

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

Departamento de Derecho Privado

Doctorado en Derecho Privado

TESIS DOCTORAL

*RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN CHILE,
COLOMBIA Y ARGENTINA*

(Antecedentes, Codificación y Desarrollo legislativo)

Carlos Andrés Contreras López

Directora:

Prof. Dra. Teresa Giménez-Candela

Catedrática de Derecho Romano

Año 2014

A mis padres

El presente trabajo, ha podido llevarse a cabo gracias a la financiación del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2010-21031) bajo el título: "Animales, Derecho y Sociedad: desde el Derecho Romano a la Sociedad Global".

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de esta tesis no hubiera sido posible sin el apoyo de muchas personas. En primer lugar, quiero expresar mi profunda gratitud a mi Maestra, la Prof. Dra. Teresa Giménez-Candela, a quien no solo admiro por sus capacidades intelectuales y de trabajo, sino también por su infinita generosidad para con sus estudiantes. Doctora: Gracias por la sensatez y profesionalidad con la que ha abordado y dirigido las distintas etapas de la investigación. Gracias por el tiempo invertido, por la paciencia, y por la confianza depositada en mí.

También quiero expresar mi agradecimiento al Prof. José Antonio Jiménez-Buendía, con quien inicié el Doctorado, y que siempre me ha brindado su apoyo incondicional, así como a todos los compañeros del Grupo de Investigación: Animales Derecho y Sociedad. En ésta misma línea, agradezco a los alumnos de las 3 primeras Ediciones del Máster en Derecho Animal y Sociedad, por compartir conmigo sus conocimientos y experiencias sobre la materia. En especial, gracias a Núria Murlà Ribot, a Ioana Trana y a Cristina Bécares Mendiola.

También quiero expresar mi agradecimiento, al Departamento de Derecho Privado y al Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico Jurídicas, en particular a su personal administrativo, por su colaboración y excelente trato.

Expreso mi más profundo agradecimiento a Ana Lucía, por el apoyo incondicional y permanente, por su lealtad, paciencia y sabiduría. Por último, agradezco a toda mi familia, por el amor que me han brindado siempre.

RESUMEN

La presente tesis doctoral, presenta un estudio diacrónico sobre la consideración de los animales como cosas, desde el ordenamiento jurídico Romano, hasta los códigos civiles Latinoamericanos. Se analiza el concepto jurídico tradicional de “cosa”, haciéndose mención expresa a la clasificación *gayano-justiniana*. Inmediatamente después, se realiza un estudio específico sobre las fuentes e ideas que influenciaron el proceso de codificación en Latinoamérica y que llevó a la expedición de los Códigos Civiles a finales del siglo XIX, con el fin de analizar el estatuto jurídico de los animales dentro de los mismos. En concreto, se analizan el Código Civil Colombiano de 1887 y los dos códigos civiles considerados, más importantes de Latinoamérica: el Código Civil de Chile de Andrés Bello de 1855 y el Código Civil de Argentina de Dalmacio Vélez Sársfield de 1871. Una vez realizado el estudio anterior, se profundiza sobre las leyes de bienestar y de protección animal que se han expedido en éstos tres países, así como en la jurisprudencia existente al respecto. Lo anterior, con el fin de examinar si los ordenamientos jurídicos colombiano, chileno y argentino, se han ido apartando de la inclusión de los animales dentro del concepto y clasificación de las cosas, contenida en sus Códigos Civiles.

ABSTRACT

This doctoral thesis presents a diachronic analysis regarding the categorization of animals as things, from the Roman legal system to the Latin-American civil codes. It examines the traditional legal concept of “thing”, with explicit reference to the classification of Gaius and Justinian. Furthermore, it specifically analyses the sources and ideas, which influenced the codification process in Latin-America and led to the diffusion of the Civil Codes at the end of the 19th century, with the objective to study the legal position of animals in within these codes. For this purpose the Colombian Civil Code 1887 and the two most important civil codes of Latin-America, the Chilean Civil Code 1885 of Andres Bello and the Argentinean civil Code 1871 of Dalmacio Velez Sarsfield, are taken under exam. Completed the aforesaid study, the thesis investigates into depth the animal protection laws, which have been promulgated in these three countries, as well as the existing jurisprudence concerning this topic. This investigation was undergone with the objective to examine whether the Colombian, Chilean, and Argentinean legal systems, have distanced themselves from the long-lasting concept of animals being classified as things, as stated in their respective civil codes.

Contenido

INDICE DE ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN:.....	15
RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN CHILE, COLOMBIA Y ARGENTINA. (Antecedentes históricos, Codificación y Desarrollo legislativo)	17
I. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN	17
A. COSA, BIEN, OBJETO	17
1. Cosa	17
2. Noción de cosa en Roma	21
3. Cosa - Bien	24
4. Cosa - Objeto.....	37
B. LA CLASIFICACIÓN ROMANA DE LAS COSAS	40
1. Cosas in nostro patrimonio sunt, cosas extra nostrum patrimonium habentur.....	41
2. Cosas Corporales e Incorporales	42
3. Cosas mancipables e inmancipables	46
4. Cosas muebles e inmuebles.....	47
5. Algunas disposiciones especiales sobre los animales en Roma.....	49
II. CÓDIGOS CIVILES LATINOAMERICANOS.....	54
A. El Proceso de Codificación en Latinoamérica.....	57
B. Influencia del Código de Napoleón	63
C. Los primeros Códigos expedidos	67
D. Códigos Civiles tipo Latinoamericanos.....	68
E. Código Civil chileno.....	70
1. Las fuentes romanas del Código Civil Chileno	75
2. Proceso de Adopción.....	77
3. Código Civil Chileno y los animales.....	87
a. La clasificación de las cosas	88
i. Corporales e incorporales.....	88

ii. Cosas muebles por naturaleza	93
iii. Muebles por anticipación.....	96
iv. Inmuebles por destinación.....	97
v. Importancia de la clasificación	97
vi. <i>Res quarum commercium non est</i>	101
vii. Animales como Inmuebles por destinación	103
Animales.....	106
- Animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca (Inciso 4 Art. 570)	106
- Animales de los vivares (inciso 7 Art. 570).....	108
- Reforma del <i>Code Civil</i> francés al artículo referente a los inmuebles por destinación.	108
b. Formas de adquirir la propiedad de los animales.....	109
i. Clasificación de los animales:.....	109
- Animales Bravíos o Salvajes	110
- Animales Domésticos	111
- Animales Domesticados	113
ii. De la Tradición	113
iii. De la Ocupación.....	120
c. Responsabilidad civil por daños causados por animales	124
F. Código Civil Colombiano	125
1. Proceso de adopción	125
2. Código civil colombiano y los animales	131
a. Clasificación de las cosas.....	131
d. El cuerpo humano.....	132
e. Cosas muebles e inmuebles.....	139
f. Animales como Inmuebles por destinación	142
b. Formas de adquirir la propiedad de los animales.....	142
c. Responsabilidad civil por daños causados por animales	143

G. Código Civil Argentino	147
1. Debates alrededor del Código de Vélez	152
a. Las cosas en el Código Civil Argentino	153
b. Formas de adquirir la propiedad de los animales en el ARGCC	166
c. Responsabilidad civil por daños causados por animales	169
III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN CHILE	173
A. Derecho Ambiental Chileno.....	174
1. Ley 18892 o Ley General de Pesca y Acuicultura.....	176
2. Leyes Sanitarias	177
B. Código Penal Chileno.....	178
C. Leyes de protección Animal en Chile.	180
1. Sacrificio: Ley 19.162 de 1992	181
2. Transporte	182
3. Producción.....	183
D. Ley 20380 de 2009 sobre protección de animales.....	183
IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN COLOMBIA.....	187
A. Derecho Ambiental Colombiano.....	187
1. Normas ambientales del Código Civil Colombiano.....	187
2. Conferencia de Estocolmo.....	190
3. Ley 23 de 1973	195
4. Código de Recursos Naturales Renovables.....	196
5. La propiedad sobre el medio ambiente	198
6. Función social de la propiedad. CRNR.....	203
7. Acciones populares	204
8. Definición del medio ambiente.....	208
9. Medio ambiente como derecho de la persona.....	213
10. Jurisprudencia constitucional sobre el CRNR. Importancia	215
11. Los animales dentro del concepto de ambiente	217

12. Fauna silvestre en el CRNR	218
B. Ley 5 de 1972 y Decreto Reglamentario 497 de 1973: Juntas Defensoras de Animales.....	221
C. Estatuto Nacional de Protección de los Animales	226
1. Origen	227
2. Régimen Sancionatorio	244
3. Procedimiento y autoridades competentes.....	245
4. Proyectos de reforma al ENPA.....	247
D. Constitución Política de 1991	250
1. Obligación de proteger las riquezas naturales de la Nación:	252
2. El medio ambiente como Derecho y deber colectivo.....	253
3. Función social y ecológica de la propiedad	259
g. Función Social	260
h. Función ecológica.....	266
4. Desarrollo sostenible, crecimiento económico, uso de los recursos naturales ...	269
E. Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano.....	272
F. Acuerdo 79 de 2003: El Código de Policía de Bogotá	273
G. Jurisprudencia relativa a la protección Animal en el sistema legal Colombiano .	275
1. Sentencia C-439/2011 de la Corte Constitucional colombiana	275
2. Sentencia del Consejo de Estado Colombiano de 26 de noviembre de 2013.....	296
a. Hechos.....	296
b. Cites.....	297
c. Acción Popular.....	301
d. Moral Administrativa	302
e. La seguridad y salubridad públicas	303
f. Medio Ambiente: la existencia del equilibrio ecológico; la preservación y restauración del medio ambiente; la protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas; el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales-renovables o no renovables- con	

el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución: y la conservación y protección de las especies animales y vegetales.....	304
g. El derecho de los animales y de las especies vegetales en Colombia	309
h. Solución del caso en concreto por el Consejo de Estado	315
i. Conclusiones a esta Sentencia.....	319
V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN ARGENTINA	322
A. Constitución Argentina de 1994. La protección del medio ambiente.	323
B. Ley 2786 (25 de julio de 1891).....	327
- Desarrollo posterior a la Ley 2786 de 1891.....	331
C. Ley 14346 - Malos tratos y actos de crueldad a los animales, (Código Penal argentino)	332
D. Algunas leyes provinciales de protección animal en Argentina.....	338
1. La Ley 1194 de Conservación de Fauna Silvestre. (Provincia de la Pampa).....	338
2. La Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	339
3. Ley 13879/08 (Provincia de Buenos Aires)	341
4. Ley 1446/04 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)013	342
5. Ley 2148/08 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)	343
E. Jurisprudencia relativa a la protección Animal en el sistema legal Argentino.....	343
1. Sentencia número 86 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial y en lo Contencioso Administrativo, de la ciudad de Rio Cuarto de 26 de octubre de 2012 .	343
2. Sentencia 1/2012 del Juez de Instrucción y Correccional de Santa Rosa, de 24 de abril.....	345
CONCLUSIONES	347
INDICE DE FUENTES.....	349
BIBLIOGRAFÍA.....	357

INDICE DE ABREVIATURAS

ABGB.....	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) von 1811</i>
ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., <i>TDC</i>	ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., <i>Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo (Santiago 2011)</i>
ANZOÁTEGUI, LCA	ANZOÁTEGUI, T., <i>La codificación en la Argentina (1810-1870) (Buenos Aires 1977)</i>
ARGCC.....	Código Civil Argentino, 1869
BELLO, A, CDC	BELLO, A, <i>Codificación del Derecho Civil, en, Obras Completas (Santiago 1932) 137-140</i>
BELLO A., PCC	BELLO A., <i>Proyecto de Código Civil, en, Obras Completas XII (Santiago 1888)</i>
BELLO A., PICC	BELLO A., <i>Proyecto inédito de Código Civil, en, Obras Completas XIII (Santiago 1890)</i>
BENTHAM, PML.I.....	BENTHAM, J., <i>An introduction to the Principles of Morals and Legislation I (London 1823)</i>
BENTHAM, PML.II.....	BENTHAM, J., <i>An introduction to the Principles of Morals and Legislation II (London 1823)</i>
BGB	<i>(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch. Von 1896.</i>
BIONDO, LB	BIONDO, B., <i>Los bienes. Trad. MARTÍNEZ-RADÍO, A. (Barcelona 2003)</i>
CATCC	Código Civil Catalán
CABRERA CAICEDO, 1987	CABRERA CAICEDO, J.E., <i>“Proyecto de ley 231 de 1987: Estatuto Nacional de Protección de los Animales. Exposición de Motivos”, en, Anales del Congreso 142 (Bogotá 1987) 9-11</i>
CBA	Constitución de la Ciudad de Buenos Aires
CODE	<i>Code Civil Française, 1804</i>
CCOC	Corte Constitucional Colombiana
CEC	Consejo de Estado Colombiano

CHILCC Chileno, 1855	Código Civil
CHÁNETON, HVS. I <i>Historia de Vélez Sársfield I</i> (Buenos Aires 1938)	CHÁNETON A.,
CNA la Nación Argentina	Constitución de
COLCC Colombiano, 1887	Código Civil
CPBDC Policía de Bogotá D.C.	Código de
CPC, 91 Política de la República de Colombia de 1991	Constitución
CPC Colombiano	Código Penal
CPCh Chileno	Código Penal
CPNA..... la Nación Argentina	Código Penal de
CPRCh..... Política de la República De Chile de 1980	Constitución
CRNR Recursos Naturales Renovables de Colombia, Decreto 2811 de 1974	Código de
CSJ de Justicia Colombiana	Corte Suprema
d'ORS, A., DPR <i>Derecho Privado Romano</i> (Barañáin 1997)	D'ORS, A.,
d'ORS, A., D.:DIG..... <i>Digesto de Justiniano, versión castellana</i> (Pamplona 1968-1975)	D'ORS, A., <i>El</i>
d'ORS, A., GAI..... <i>Gayo, Instituciones, Texto latino.</i> (Madrid 1943)	D'ORS, A.,
ENPA..... Nacional de Protección Animal	Estatuto
ESTOCOLMO, DP principios aprobada por la Conferencia Mundial, Estocolmo 1972	Declaración de
FAJARDO, CARDENAS, DA CARDENAS A., <i>El Derecho de los Animales</i> (Bogotá 2007)	FAJARDO R,

- GARCÍA, TEXO, JUICIOSGARCÍA, R.,
 TEXO, C., *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino* (Buenos Aires 1920) 166-167SP, LA: SINGER, P., *Liberación animal* (Madrid 1999)
- GARCÍA VALDECASAS, ABD.....GARCÍA
 VALDECASAS, A., *Andrés Bello y el Derecho, en Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario.* (Caracas 1982)
- GIMÉNEZ-CANDELA, DPR.....*Derecho Privado Romano* (Valencia 1999)
- GONZALEZ VILLA, DACGONZALEZ
 VILLA, J., *Derecho Ambiental Colombiano* (Bogotá 2006)
- GUZMAN BRITO, ABC.....GUZMAN
 BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago 1982)
- GUZMAN BRITO, CHILCC GUZMÁN
 BRITO, A., *Código Civil Chileno. Estudio preliminar y notas* (Cizur Menor 2006)
- GUZMÁN BRITO, DPR.....GUZMÁN
 BRITO, A., *Derecho Privado Romano* (Santiago 1996)
- GUZMÁN BRITO, HCCIGUZMÁN
 BRITO, A., *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, (Navarra 2006)
- HERNÁNDEZ, TEJERO, INSTHERNÁNDEZ,
 F., TEJERO, J., *Las Instituciones de Justiniano, versión española* (Madrid 1961)
- HINESTROSA, CCBCHINESTROSA,
 F., *El Código Civil de Bello en Colombia, en, Revista de Derecho Privado* 9 (2005)
- ITCC*Codice civile, 1942*
- JAKSIC, Andrés Bello.....JAKSIC, I.,
Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America, en, Cambridge Latin American Studies, 87
- LLAMBIAS, DCOLLAMBIAS, J.J.,
Manual de Derecho Civil. Obligaciones (Buenos Aires 1997)
- LPACHLey 20380/2009
 de protección de animales en Chile. Diario Oficial del 3 de Octubre de 2009
- MIROW, LATIN AMERICAN LAWMIROW, M.C.,
Latin American Law, A History of private law and institutions in Spanish America (Austin 2004)
- MIROW, BORROWING PRIVATE LAWMIRROW, M.C.,
Borrowing private law in latin america: Andrés Bello's use of the Code Napoleón in Drafting the Chilean Civil Code, en, Louisiana Law review 61-2 (2001)

MIROW, CNYCBVS.....MIROW, M.C., *El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sársfield. En: Revista de Derecho Privado* 33 (2004)

PCCCódigo Civil
Peruano, 1852

PLANIOL, RIPERT, DCPLANIOL, M.,
RIPERT, G., *Derecho Civil* (México 1997)

RAMIREZ, EHVA.....RAMIREZ, S.J.,
El Hombre y el animal. Su relación en una concepción legal y filosófica (Bogotá 2001)

SANTAELLA QUINTERO, NCYGPCC.....SANTAELLA
QUINTERO, H., *Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana, en, Revista de Derecho Privado* 21 (2011)

TOPASIO FERRETTI, A., LBDRTOPASIO
FERRETTI, A., *Los Bienes en el Derecho Romano* (Valparaíso 1981)

URICH, S., *Los perritos bandidos*.....URICH, S., *Los perritos bandidos: La protección de animales de la Ley Sarmiento a la Ley Perón* (Buenos Aires 2013)

VALENCIA ZEA, ORTIZ MONSALVE, DC.IIVALENCIA ZEA,
A., ORTIZ MONSALVE, Á., *Derecho Civil II. Derechos Reales* (Bogotá 2012)

VELASCO, PAREDES, PL289/03VELASCO, L.,
PAREDES, M., *Proyecto de Ley 289/03, en, Historia de las Leyes* (Bogotá 2004)

VELÁSQUEZ JARAMILLO, B.....VELÁSQUEZ
JARAMILLO, L.G., *Bienes* (Bogotá 2012)

VÉLEZ SARSFIELD, NotasVÉLEZ
SARSFIELD, D., *Notas del Código Civil de la República Argentina*, (Buenos Aires 1872)

VERMEER-KÜNZ, AI.....VERMEER-
KÜNZ, A., *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, en The European Journal of International Law* 18, 1 (2007) 37- 68

ZAVALIA, ARGCCZAVALIA, R,
Código Civil: República Argentina (Buenos Aires 2000)

INTRODUCCIÓN:

Tradicionalmente, los animales han sido considerados por el Derecho, como cosas, con la finalidad de que las personas puedan ejercer sobre los mismos, derechos patrimoniales. Es así, como los animales, fueron incluidos dentro de la clasificación *gayano-justiniana* de las cosas, que más adelante influenciaría el proceso de Codificación europea y latinoamericana. Así las cosas, para estudiar el régimen jurídico de los animales, en la actualidad, en Latinoamérica, hemos de acudir al ordenamiento civil, y más particularmente a la clasificación de las cosas. La literatura acerca la clasificación de las cosas, es abundante. No obstante, nuestra investigación, incide en un aspecto no suficientemente tratado hasta el momento, y es en el de la inclusión de los animales dentro de dicha clasificación. Se trata, en efecto, de realizar un estudio diacrónico sobre la consideración de los animales como cosas, desde el ordenamiento jurídico Romano, hasta los códigos civiles Latinoamericanos, para pasar en última instancia a estudiar el desarrollo legislativo posterior, en lo que respecta a la protección animal, en tres países latinoamericanos: Chile, Colombia y Argentina.

En el primer capítulo nos referiremos al concepto jurídico tradicional de “cosa”, y mencionaremos algunas consideraciones que se han hecho, respecto a su relación con los conceptos de “bien” y “objeto”. Lo anterior, ya que después del proceso de codificación, en algunos ordenamientos jurídicos ha resultado necesario hacer mención a los alcances de cada uno de los conceptos mencionados. Asimismo, estudiaremos, la clasificación *gayano-justiniana* de las cosas. Aunque sin entrar en un estudio específico sobre la raíz romana de ésta clasificación, sí resulta muy importante hacer mención a la misma, en particular en lo que afecta a los animales, pues es la fuente clásica que ha inspirado a los Codificadores, para incluir a los mismos, dentro de la división de las cosas.

En el segundo capítulo, analizaremos el proceso jurídico más importante producido una vez las nuevas Repúblicas Latinoamericanas adquieren su independencia: el de la codificación. Proceso que como veremos, fue influenciado en gran parte por la cultura jurídica europea del momento. Se profundiza sobre la codificación en Latinoamérica, con el fin de entender su naturaleza y el movimiento de

ideas que lo produjo, localizando las fuentes jurídicas que lo influenciaron. Para analizar la clasificación de las cosas, hemos tomamos como ejemplo, el Código Civil Colombiano de 1887 y los dos códigos civiles considerados, más importantes de Latinoamérica¹: el Código Civil de Chile de Andrés Bello de 1855 y el Código Civil de Argentina de Dalmacio Vélez Sársfield de 1871.

En los capítulos III, IV y V, analizaremos el desarrollo normativo posterior a la expedición de los Códigos Civiles, en Chile, Colombia y Argentina, respectivamente. Concretamente, estudiaremos, las leyes de protección y de bienestar animal que se han expedido en cada uno de éstos países, así como su proceso de adopción. Haremos referencia a algunos aspectos importantes del derecho medioambiental en cada uno de los mencionados países, ya que como veremos, dicha rama del Derecho, además de servir como impulso para el desarrollo del Derecho Animal en los países estudiados, en algunos casos concretos, sigue siendo la única vía de protección de los animales.

A lo largo del capítulo IV, iremos estudiando los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana y del Consejo de Estado colombiano acerca de la protección animal. Pronunciamientos que como veremos, plasman una doctrina que se aleja de la consideración tradicional de los animales como cosas, pues los citados Tribunales, reconocen a los animales como seres sentientes al tiempo que destacan la necesidad de superar los artículos del Código Civil Colombiano. También, analizaremos dos pronunciamientos del poder Judicial Argentino, sobre los animales.

Los cambios tanto sociales, como jurídicos en relación con los animales, justifica hoy una investigación como la que presentamos.

¹ MIROW, M.C., *El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sársfield*, en, *Revista de Derecho Privado* 33 (Bogotá 2004) 2

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN CHILE, COLOMBIA Y ARGENTINA. **(Antecedentes históricos, Codificación y Desarrollo legislativo)**

I. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

A. COSA, BIEN, OBJETO

En primera instancia nos referiremos al concepto jurídico tradicional de “cosa”, y mencionaremos algunas consideraciones que se han hecho respecto a su relación con el concepto de “bien”. Lo anterior, puesto que en algunos ordenamientos jurídicos, ambos conceptos pueden tener significados diferentes, aunque en otros, como en el español, sean utilizados y entendidos como sinónimos. En éste punto, consideramos importante también, hacer mención a la diferencia entre los conceptos jurídicos de cosa y objeto.

1. Cosa

Precisar cuál es el concepto de cosa siempre ha presentado dificultades, en especial al mencionar sus alcances, pues ha estado ligado al desarrollo social y económico de los pueblos así como determinado por un proceso de carácter histórico. Es así, como el término “cosa” en sentido jurídico, está definido por las necesidades de carácter práctico que ha tenido cada civilización. GIMÉNEZ CANDELA explica al respecto: “El concepto jurídico de cosa, pues, que es convencional, aunque no puramente abstracto, varía de época a época y de civilización a civilización.”² Las cosas son previas al derecho, y pueden llegar a ser consideradas como tal, o clasificadas por él, de una u otra manera, con la finalidad de establecer los efectos que tendrán, según la necesidad o utilidad del momento. De esta manera, se consideran cosas y se clasifican como tal, aquellas que son importantes o relevantes para el Derecho, sin que en principio le interesen, aquellas cosas que deja por fuera de regulación.

² GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano* (Valencia 1999) 171

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) cosa, en sentido gramatical y amplio (definición primera) es “todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”.³ Es una definición bastante amplia, no jurídica, en donde entra básicamente todo lo que conocemos, todo lo que existe, ya sea corpóreo o incorpóreo, perceptible o no por los sentidos. GIMÉNEZ CANDELA aborda el concepto de cosa de la siguiente manera: “En el lenguaje corriente, designa cualquier entidad material y concreta, también incorpórea, real y abstracta que el hombre en su pensamiento aísla fuera de sí mismo y considera como unidad independiente. El concepto de cosa no es invariable, sino arbitrario y depende de la abstracción que de ella haga el sujeto.”⁴

DUCCI por su parte, reduce el concepto de cosa, a aquella entidad corpórea, y dice que “el concepto vulgar de “cosa” implica cualquiera entidad perceptible por nuestros sentidos.”⁵ ALESSANDRI y SOMARRIVA van más allá, y comentan: “En el campo jurídico se entiende por *cosa*, salvo la persona, toda entidad corporal o incorporal.”⁶

Ahora bien, con el fin de resaltar, las diferentes características del concepto de cosa, LACRUZ BERDEJO comenta: “un cuerpo o agregado es cosa en sentido jurídico cuando tiene individualidad propia según la apreciación común, y mientras la conserve.”⁷ Es decir, debe ser individualizable en el mundo externo, ya sea materialmente, ya por categoría, cantidad, calidad, situación o función. Esta individualización no implica que se trata de una cosa actual, porque las cosas que no existen, pero se espera que existan, también pueden ser objeto de una relación jurídica.⁸ Entonces tenemos, que en primera instancia, una cosa, debe ser individualizable en el mundo externo.

³ Diccionario de la Academia de la Lengua Española, 22 Ed. (Madrid 2001)

⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano* (Valencia 1999) 171

⁵ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010)

⁶ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. II* (Santiago 2011) 11

⁷ LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004) 106

⁸ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 174

Ahora bien, GIMÉNEZ CANDELA nos explica, que “dada la función del derecho de regular la vida de una sociedad organizada, se conciben como cosas aquéllas que socialmente se consideran unitarias y distintas y que proporcionan una utilidad, es decir, que tienen un valor económico, o que son susceptibles de una apropiación personal. Este criterio marca ya un importante punto de diferenciación.”⁹ Es decir, que un segundo carácter del concepto de cosa, además de su individualidad, se refiere a la susceptibilidad de apropiación o sujeción. Sólo importa la posibilidad, no la apropiación o sujeción actuales. Relacionado con lo anterior está el que proporcione o pueda proporcionar una utilidad material o moral, actual o futura. En una primera instancia, podemos afirmar, que lo que interesa al Derecho, es aquella entidad que pueda ser objeto de apropiación. De ésta manera, el concepto de “cosa” en el derecho se ha ido extendiendo y continúa ampliándose para rebasar el concepto de cosa material, “para terminar abarcando todo aquello que puede ser objeto de una relación jurídica.”¹⁰

Ahora bien, la RAE establece, que en Derecho, en un sentido restringido (definición segunda del diccionario) cosa es: “Objeto inanimado, por oposición a ser viviente”. Así, lo principal es que se trata de un objeto inanimado, que en todo caso es corpóreo, y que se contrapone a ser viviente. Al hablar de ser viviente, la RAE está excluyendo expresamente a los animales, del concepto de cosa.

Así, la tercera de las características de la cosa, como noción jurídica, es precisamente ser extraña al sujeto. BIONDI, refiriéndose a los bienes, nos dice que un bien es algo extraño al sujeto: “se contrapone a persona, como objeto se contrapone a sujeto, el yo al no yo (...) el Derecho está constituido *hominum causa*, y por esto las relaciones y situaciones jurídicas tienen por titular personas, físicas o jurídicas, así cosas y relaciones no pueden ser más que entidades extrañas al sujeto.”¹¹ Esto es así, porque los derechos patrimoniales, reales y personales, siempre tienen como titular a un sujeto de derecho. En contraposición, el objeto del derecho será entonces, un bien.¹²

⁹ GIMÉNEZ-CANDELA., DPR, 171

¹⁰ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 174

¹¹ BIONDI, B., *Los bienes*. Trad. MARTÍNEZ-RADÍO, A. (Barcelona 2003) 27

¹² TERNERA BARRIOS, F., *Bienes* (Bogotá 2013) 1

Contraoponer la categoría de persona a la categoría de cosa, es algo lógico en el ordenamiento jurídico. El Código Civil austríaco¹³ dice en su Art. 285 que todo aquello que no es persona y sirve para el uso del hombre, en sentido jurídico se llama cosa. Pero el ABGB., va más allá y gracias a la Ley 179 del 10 de marzo de 1988, se agregó al artículo citado anteriormente, un apartado en el literal a. que nos dice que los animales no son cosas y que están protegidos por leyes especiales. De ésta manera, las normas de los bienes muebles, se aplicarán a los animales, sólo en la medida en que no existan otras regulaciones. Al respecto comenta BALLUCH y THEUER:

“(...) the Austrian Parliament added a new paragraph to the Austrian civil law code dealing with the property status of animals. Article 285 of the civil law code states that any entity that is not a person is a thing, implicitly declaring all non-human animals as being things. To this Article, a new section, Article 285a, was added that explicitly states that animals are not things, but that they shall be treated as things unless specific laws exist ruling otherwise.”¹⁴

En consecuencia, para el ABGB, cosa se contraopone a persona pero también a animal. Según ésta disposición, los animales, a pesar de no ser personas, han sido diferenciados de las cosas. El legislador austríaco, ha sido el primer legislador en el mundo, que diferencia a los animales de las cosas en el derecho civil.

Tal y como comentamos inicialmente, el concepto de cosa, varía, dependiendo de la época y del ordenamiento jurídico al cual nos estemos refiriendo. Es por ésta razón, por la que pasaremos en primer lugar, a estudiar el concepto de cosa en el Derecho Romano. En el apartado siguiente (B) haremos mención al Derecho Francés, cuando estudiemos las diferencias entre los conceptos de cosa y bien. También, veremos el uso que se hace de los términos cosa y bien, en el Código Civil Colombiano (que exporta del Código Civil Chileno) y el uso de los términos cosa y bien en el Código Civil Argentino.

¹³ 179 Bundesgesetz vom 10. März 1988 über die Rechtsstellung von Tieren. Disponible en: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1988_179_0/1988_179_0.pdf

¹⁴ BALLUCH, M., THEUER, E., *Trial on personhood for chimp “Hiasl”*, En: ALTEX 24,4 (2007)

2. Noción de cosa en Roma

En Roma, las primeras nociones de cosa son muy amplias y están determinadas tanto por lo corporal como lo incorporeal; por lo material y los derechos; así como por aquellas entidades que pueden ser percibidas por nuestros sentidos, y por aquellas otras que pueden estar en el patrimonio de las personas, es decir, aquellas susceptibles de aprovechamiento por el sujeto de derechos.

A pesar de que Gayo no hace una definición de *res*, dedica los 22 primeros párrafos del comentario segundo de sus Instituciones, a clasificarlas. Lo hace de una manera práctica, estableciendo rasgos comunes y elementos diferenciadores en cada clasificación. Lo hace, en unos casos atendiendo a criterios físicos y exteriores, y en otros por su consideración jurídica y la función a la que están destinadas. Atendiendo a sus clasificaciones, y poniendo atención a las cosas que componen cada división, y que abarca cada categoría, podemos darnos cuenta, que el concepto de cosa es muy amplio.

En primer lugar, al estudiar las Intuiciones de Gayo nos damos cuenta, que para Gayo, la *res* está ligada a características pecuniarias o económicas. Indica SCHIPANI, que la intención de Gayo (y también la de Justiniano) “fue la de remitir a la clasificación de cosa todos los elementos del propio patrimonio, unificándolos conceptualmente y analizando, también, las diferencias de régimen técnico-jurídico entre ellos, con atención especial a los modos de adquisición.”¹⁵

Y es a través de su clasificación de cosas corporales e incorporeales en donde logra incluir todos los elementos propios del patrimonio, dentro del concepto de cosa. Más adelante estudiaremos detenidamente la mencionada clasificación, pero por ahora, podemos decir, que se centraba en distinguir las cosas que se pueden tocar, de aquellas que no se pueden tocar. Sin embargo, toda entidad que fuera susceptible de aprovechamiento por parte de las personas, es decir, aquella entidad apta de apropiación, o de entrar en el patrimonio privado, era considerada cosa.

¹⁵ SCHIPANI, S., *Derecho Romano. Codificación y Unificación del Derecho – Instituciones -*. Trad. HINESTROSA, F. (Bogotá 1983) 74

Pero para Gayo, *res* no es solamente la entidad material susceptible de aprovechamiento por el sujeto de derechos, sino que es también “todo objeto del derecho privado, aun cuando éste no sea una porción del mundo externo, como es el acto a que se obliga a cumplir el deudor, en el ámbito de los derechos de créditos. De allí que el “Derecho de cosas” de Gayo se extiende tanto al ámbito jurídico-real como al jurídico-personal.”¹⁶

Tenemos entonces, que el concepto de *res* abarcaba todos los objetos de los derechos patrimoniales (sean éstos un ente material, sean éstos un acto del deudor). De esta manera, se puede afirmar, que se consideraba como cosa, todo aquello que fuera parte o pudiera ser parte del patrimonio de una persona. Era éste el elemento importante.

Es por esto, que Gayo mismo, distingue entre *acciones in rem* y *acciones in personam*, que se refieren, unas, a la protección y reconocimiento de los derechos respecto de una cosa corporal y las otras a reclamar el cumplimiento de una obligación. Aclara GIMÉNEZ-CANDELA al respecto, que “Desde el punto de vista romano, se trata de una distinción procesal, dinámica, más que de una distinción teórica, estática, entre derechos de obligación y de propiedad.”¹⁷

Pero lo que realmente llama la atención, es que el concepto de *res* en Gayo, es tan amplio, que incluye al derecho patrimonial en sí mismo considerado, entendido como elemento del patrimonio. Por ejemplo como pasa con la Herencia, en dónde no importa que dentro de la misma estén incluidas cosas corporales, puesto que el derecho de sucesión en sí mismo es incorporeal. Los derechos patrimoniales, fueron entonces considerados, como cosas incorporeales, como las servidumbres, el derecho de usar y disfrutar, el derecho de crédito, el derecho de sucesión, etc. Recapitulando lo dicho hasta ahora, tenemos que el concepto de cosa para Gayo, incluía, todos los objetos de los derechos patrimoniales y los derechos patrimoniales en sí mismos considerados.

¹⁶ TOPASIO FERRETTI, A., *Los Bienes en el Derecho Romano* (Valparaíso 1981) 11

¹⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, DPR., 171

Hemos de resaltar, que no obstante lo anterior, Gayo no mencionó al derecho de propiedad entre las *res incorporales*, por estimar confundido el derecho de dominio con el objeto sobre el que recae. La propiedad, a pesar de ser un derecho patrimonial, que se ejerce sobre un ente corporal, queda encuadrada dentro de las *res corporales*, creándose una correspondencia unívoca entre cosa y dominio.

Se incluye al derecho de propiedad entre las cosas corporales, porque se entiende que este derecho absorbe todas las facultades jurídicas que se tienen sobre la cosa, identificándose el derecho con el objeto mismo, lo que no ocurriría en los demás derechos. D'ORS apunta al respecto que en Roma "La propiedad es la más plena pertenencia personal de las cosas (res); se identifica con las cosas mismas y se presenta como diversa según sea la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae."¹⁸

En otras palabras, la propiedad no se concibe como un derecho sobre una cosa, la propiedad es la cosa misma. Al respecto dice GIMÉNEZ-CANDELA: "En Derecho Romano importa la materialidad de la *res*, para que, efectivamente, pueda haber un derecho de propiedad sobre ella y un medio procesal adecuado para reclamarla. En este sentido, no es exacto decir que la propiedad sea un *ius in re*, sino la misma *res*"¹⁹.

La exclusión del dominio de la clasificación de las cosas incorporales evitaba que se produjera la reiteración de propiedad, en el sentido que se tendría la propiedad sobre el derecho de propiedad. Pero tratándose de los demás derechos reales que no abarcan toda la cosa, que no son absolutos, los romanos sí hacían una distinción entre el derecho y la cosa. Es entonces posible decir, mi derecho de usufructo sobre tal inmueble. En consecuencia, cosa abarcaría los derechos reales, las obligaciones y las sucesiones.

¹⁸ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano* (Barañáin 1997) 179

¹⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, DPR., 171

3. Cosa - Bien

Determinar una distinción clara entre los términos cosa y bien, depende de lo que se pretenda decir respecto a cada una de ellas, o cómo se quieran ver las distintas entidades que se procura abarcar; por eso, lo que hemos de determinar es si ambos términos son sinónimos o por el contrario existe una justificación práctica y jurídica que haga necesario su estudio.

Al analizar el concepto de bien jurídico pensamos, en primer término en las cosas, y entendemos claramente que casi todas ellas pueden ser objeto de una relación jurídica y constituir, por lo tanto un bien jurídico. Al mismo tiempo pensamos que una prestación, que no es una cosa material, puede ser igualmente objeto de una relación y que, en consecuencia, debemos considerarla un bien. Es por esto que resulta indispensable, analizar en el ordenamiento jurídico los conceptos de cosas y bienes²⁰

La etimología de la palabra bienes delata el carácter útil de las cosas que el Derecho considera. Proviene ella del adjetivo latino *bonus*, que, a su vez, deriva del verbo *beare*, el cual significa *hacer feliz*. Al respecto comenta ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Realmente, aunque las cosas que se tienen por propias no dan la felicidad, contribuyen al bienestar del hombre por la utilidad moral o material que de ellas puede obtener”²¹.

Gayo hace en las Instituciones, una distinción básica entre las cosas que pueden formar parte del patrimonio (*in nostro patrimonio sunt*) de aquellas que no pueden ser objeto de una apropiación (*extra patrimonium habentur*). Para los romanos la expresión *bona* estaba referida a las entidades que determinaban ventaja o bienestar al hombre y eran una categoría de res, por lo tanto, y desde este punto de vista, tendría que deducirse que los bienes estaban reservados para la parte del patrimonio comprendida en el activo, ya que no representaban una carga u obligación. Así, el concepto de bien comprende a todos los objetos valiosos, materiales e inmateriales.²²

²⁰ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 173

²¹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,12

²² LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004)

Para el Derecho Latinoamericano, un punto de partida fundamental es lo recogido por el Código Civil francés, criterio que queda condensado en el siguiente texto de PLANIOL Y RIPERT:

“Condiciones requeridas para que las cosas sean bienes: Las cosas se consideran como bienes, jurídicamente, no solo cuando son útiles al hombre, sino cuando son susceptibles de apropiación: el mar, el aire atmosférico, el sol, son cosas indispensables para la vida terrestre; sin embargo, no son bienes porque no pueden ser objeto de apropiación en provecho de un particular, de un ciudadano o de una nación. Por el contrario, los campos cultivados, las casas, un estanque, las máquinas o los muebles usuales sí son bienes. Las cosas apropiables son consideradas como bienes, no solamente cuando tienen dueño, sino también cuando no lo tienen. Entonces se dice que son bienes vacantes o sin dueño. La palabra bienes no debió designar, primitivamente, más que a las cosas, es decir a los objetos corpóreos, muebles o inmuebles. Los progresos de la vida jurídica la han hecho salir de este sentido estrecho y primitivo. Actualmente esta palabra tiene un significado mucho más amplio, y por bien se comprende todo lo que es un elemento de fortuna o de riqueza, susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares, los bienes así entendidos representarán el activo de sus patrimonios.”²³

Entonces tenemos que, para el Derecho Civil Francés, una cosa es considerada como bien, si es susceptible de apropiación y representa un elemento de fortuna o de riqueza. Por su parte, comenta STEINAUER: « *Une chose, au sens juridique du terme, ne peut être objet de droits réels que si elle n'est pas soustraite à la maîtrise privée. En droit privé, une chose est une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible d'une maîtrise humaine.* »²⁴

Entonces tenemos, que para entrar en la categoría de bienes las cosas deben ser, además de útiles, apropiables, o sea, susceptibles de caer bajo el dominio o poder del hombre, sea por la aprehensión material o de cualquiera otra manera. Pues como

²³ PLANIOL, M., RIPERT, G., *Derecho Civil* (México 1997) 361

²⁴ STEINAUER, P., *Les droits réels* (Berne 1990)

apunta ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Si la apropiación sólo pudiera realizarse mediante la aprehensión física, las cosas inmateriales –que no se miran ni se tocan– no podrían ser objeto de los derechos. Hay cosas muy útiles que, por su naturaleza misma o estar destinadas al uso de todos los hombres, no pueden ser el objeto del derecho exclusivo de nadie: los astros que nos alumbran, el aire que respiramos, la alta mar por la cual navegamos”²⁵ Lo anterior, en consonancia con el Código Civil italiano de 1942 (ITCC) que dice: “*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”²⁶

Por su parte, el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) (BGB), en su artículo 90, reserva la palabra cosas sólo para las corporales; las incorporales reciben el nombre de objetos incorporales:

“Section 90 Concept of the thing *Only corporeal objects are things as defined by law*”²⁷

Esta categórica declaración evitar cualquiera duda, respecto al concepto de cosa. Pero los artículos referente a las cosas en el BGB, tomando el ejemplo del legislador austriaco, y el modelo del ABGB²⁸, fueron modificados por el legislador alemán, y a través de la Ley proferida el 20 de agosto de 1990, en su artículo 1, No. 2, se estipuló que los animales no son cosas, agregando al art. 90 del BGB, citado anteriormente, el literal a, así:

“Section 90a Animals *Animals are not things. They are protected by special statutes. They are governed by the provisions that apply to things, with the necessary modifications, except insofar as otherwise provided.*”²⁹

²⁵ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,12

²⁶ *Codice civile : aggiornato alla Gazzetta ufficiale 31 marzo 2010* (Roma 2010) Art. 810

²⁷ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres Im bürgerlichen Recht vom 20/08/1990, BGBl I, 1762. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0265

²⁸ HAGE, J., VON DER PFORDTEN, D., *Concepts in Law* (London 2009) 87

²⁹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres Im bürgerlichen Recht vom 20/08/1990, BGBl I, 1762. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0265

Pero el legislador Alemán, va incluso un paso más allá, y en el artículo 903 BGB, al definir los poderes que tiene el propietario de una cosa, establece que el propietario de un animal, está obligado a observar las previsiones especiales para la protección de los animales en el ejercicio de sus poderes:

“Section 903 Powers of the owner The owner of a thing may, to the extent that a statute or third-party rights do not conflict with this, deal with the thing at his discretion and exclude others from every influence. The owner of an animal must, when exercising his powers, take into account the special provisions for the protection of animals.”³⁰

El Legislador Suizo, hizo lo propio a través de la Ley del 4 de octubre de 2002³¹ diferenciando a los animales de las cosas, modificando así el artículo 641 del Código Civil Suizo. También se han incluido diferentes disposiciones con el fin de mejorar el estatus legal de los animales en el ordenamiento civil suizo. Tanto Austria, como Alemania, como Suiza, conciben a la protección animal, como un objetivo nacional en sus respectivas constituciones. El objetivo de éstas disposiciones, es el reconocimiento del animal como un ser sentiente.

Por su parte, el libro quinto del Código Civil Catalán (CATCC), expedido en 2006, usa la misma metodología que el BGB, considerando a las cosas, como aquellas que son corporales, para consagrar inmediatamente, que los animales, no son cosas:

“Artículo 511-1 Bienes

- 1.** Se consideran bienes las cosas y los derechos patrimoniales.
- 2.** Se consideran cosas los objetos corporales susceptibles de apropiación, así como las energías, en la medida en que lo permita su naturaleza.

³⁰ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres Im bürgerlichen Recht vom 20/08/1990, BGBL I, 1762

³¹ Inserted by No I of the Federal Act of 4 Oct. 2002 (Article of Basic Principles: Animals), in force since 1 April 2003 ([AS 2003 463](#) 466; [BBl 2002 4164](#) 5806).

Disponible en: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a641a.html>

3. Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza.”³²

En el Código civil español, el derecho de cosas está contenido en su Libro Segundo, bajo el siguiente epígrafe general: “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.” En el artículo 333 se exige expresamente, que para que una cosa sea considerada como un “bien”, ésta debe ser susceptible de apropiación. El mismo artículo, clasifica a los bienes en muebles e inmuebles:

*“Artículo 333. Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.”*³³

BALLESTER GINER, comenta así, que en el ordenamiento jurídico español, las cosas, para que jurídicamente sean consideradas como bienes, es completamente necesario que reúnan tres requisitos concurrentes: “a) Utilidad, esto es, que reporte a su propietario un interés, tanto moral como económico; b) apropiabilidad o susceptible de serlo, como reza el artículo 333 antes expuesto; y c) sustantividad, que significa que la cosa tenga una existencia autónoma y separada.(...) En este sentido definimos las cosas como “Toda entidad material o inmaterial, apropiable o susceptible de serlo, que proporcione a la persona una determinada utilidad”³⁴. VAZQUEZ, en la misma línea comenta: “Se ha dicho que para el Derecho, cosa es toda entidad material o no (sólido, líquido o gaseoso, objeto inmaterial) de naturaleza impersonal (excluyente del cuerpo humano total o parcial) con propia individualidad (existencia unitaria en el tráfico jurídico) susceptible como un todo de dominación patrimonial (apta para ser objeto de apropiación conforme el art. 333 ESPCC) y que tal dominación constituye un derecho independiente (que no haya perdido su propia individualidad)”³⁵

Al respecto comenta LACRUZ BERDEJO: “Un bien sólo tiene tal condición cuando, de algún modo, puede ser influido, dominado y apropiado por el hombre. Así,

³² Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. DOGC 4640 de 24 de Mayo de 2006. Art. 511-1.

³³ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., *Código Civil Español. Concordancias y notas* (Cizur Menor 2012)

³⁴ BALLESTER GINER, E., *Derechos Reales* (Valencia 1986) 21

³⁵ VAZQUEZ C., *Derechos reales. Bienes, dominio, posesión, servidumbres, usufructo, uso y habitación* (2008) Disponible en: <http://vlex.com/source/2297>

no son bienes aquellos entes que, según la realidad física, están fuera de nuestro alcance (el sol; las nubes, por ahora); ni los que no son apropiables en sí, por constituir un a modo de bien común de la humanidad (espacio aéreo, sonidos, ideas vulgares, luz); entes que nadie, ni siquiera el Estado, puede monopolizar”³⁶

Una cosa es considerada como bien (sea corporal o incorporal) cuando interesa al derecho. La palabra bien, es en este sentido, utilizada desde un punto de vista jurídico, para referirse a la entidad que importa al Derecho y que éste pasa a regular.

El concepto de cosa, entonces, es un concepto amplio, y el de bien uno restringido. Se entiende, que se diferencia entre lo jurídico y lo no jurídico, entre lo que no interesa y de lo que sí interesa al derecho. Y entonces nos preguntamos ¿qué es lo que le interesa al derecho? Precisamente, el Derecho Privado solamente se ocupa de las cosas que puedan ser sometidas al control de un sujeto de derechos. En otras palabras, un bien, tiene relevancia jurídica, cuando tiene la potencialidad de ser objeto de relaciones jurídicas. Al Derecho Privado, solo le interesan aquellas cosas susceptibles de apropiación. Es decir, que lo que hace que una cosa sea un bien, o que sea relevante, es que sobre ella puedan ejercerse derechos, particularmente, el de la propiedad. Como explica ALESSANDRI y SOMARRIVA: “No todas las cosas pueden ser objeto de los derechos; sólo pueden serlo las útiles y las apropiables. Las que reúnen estos caracteres se llaman específicamente *bienes*. *Útiles* son las cosas capaces de proporcionar un beneficio moral o económico. Las cosas inútiles, como las pelusas que flotan en el aire, no son dignas de la tutela jurídica.”³⁷

En éste sentido VAZQUEZ indica: “Son variadas las clasificaciones que se han dado de las cosas, aunque no todas estén incluidas en el articulado del Código, siendo de interés el señalar que al concepto dado en líneas anteriores se debe agregar el de tener un valor económico en la vida de relación, pues de lo contrario una cosa definida como ha quedado antes, sería, sin ese valor económico, irrelevante de un punto de vista jurídico.(..) Existe además, una categoría intermedia que son los semovientes, que generalmente integran los inmuebles pues se trata de animales necesarios para

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004) 105

³⁷ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,11

las tareas agrícolas.”³⁸ Es interesante que el referido autor, considere a los semovientes, como una categoría intermedia. Como veremos más adelante, los semovientes, es el término que se usa en algunas codificaciones, para referirse a los animales como cosas muebles. Debido a su importancia económica dentro de un inmueble, y en especial a su tarea agrícola, el autor considera que el derecho, al establecer la categoría de semovientes, hace referencia concretamente a animales de producción, que prestan una labor a determinado inmueble.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir respecto de la consideración de una cosa como bien, es que lo que no es útil ni susceptible de apropiación, no es bien y se encuentra por fuera de la noción de bien. Todas las cosas, además, tendrán individualidad, o sustantividad, que quiere decir una existencia autónoma, pero lo que hace a una cosa, bien, es su utilidad y susceptibilidad de apropiación. Al respecto comenta ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Las cosas útiles y apropiables, o sea, las que pueden ser objeto de derechos, se denominan específicamente bienes. Las cosas, pues, difieren de los bienes, se dice, como el género de la especie: las cosas son el género; los bienes, la especie. Síguese de esto que todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. Sólo tienen este carácter las que pueden ser objeto de los derechos.”³⁹

El libro segundo del Código Civil Colombiano (COLCC.), se denomina “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”. El Título I de este Libro segundo, (artículos 653 a 663) se ocupa de definir los bienes y de clasificarlos siguiendo la división de las cosas en Roma, como se estudiará más adelante en el presente capítulo. La redacción del artículo 653, que como veremos más adelante, es tomada del art. 565 del Código Civil Chileno (CHILCC.) nos servirá para apreciar mejor la diferenciación entre los conceptos de cosa y bien.

El artículo 653 COLCC. establece:

³⁸ VAZQUEZ C., *Derechos reales. Bienes, dominio, posesión, servidumbres, usufructo, uso y habitación* (2008) Disponible en: <http://vlex.com/source/2297>

³⁹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,12

“Artículo 653. *Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.*”⁴⁰

Aquí, los bienes son descritos como cosas corporales e incorporeales. Con esto queda claro que lo importante para el mundo jurídico son los bienes, pero que a su vez, éstos siempre han de ser cosas. Al determinar que los bienes son cosas, podemos decir que no todas las cosas son bienes y mucho menos que la naturaleza, considerada como un todo, sea ella misma una cosa. Con lo cual queda claro que no todo es jurídico y que de esta misma manera no todas las cosas deben también serlo. Así, llegamos a la conclusión de que los dos términos no son iguales, no son sinónimos, por lo cual no es indiferente hablar de uno o de otro, ya que “cuando hablamos de bienes, estamos dentro de un campo jurídico, en cambio cuando nos referimos a cosas, nos encontramos en un campo pre-jurídico o simplemente ajeno al derecho, pero del cual este último se alimenta de acuerdo a las circunstancias que determinan su comportamiento.”⁴¹

Ni el CHILCC, ni el COLCC hacen una diferencia expresa entre los términos cosa y bien, y algunas veces los usan indistintamente, al igual que hace el *Code*⁴². Sobre el CHILCC, comenta ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Nuestro Código Civil no define el concepto de *cosas* en general; lo supone conocido. Tampoco precisa qué son

⁴⁰ Código Civil Colombiano, en Ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887. Art. 653

⁴¹ ARÉVALO GUERRERO, I., *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil* (Bogotá 2012) 107

⁴² El CHILCC habla indistintamente de cosas (arts. 566, 576, 582, 583, 606, 889, 1113, 1810, 2510, entre muchos otros), y de bienes (arts. 589, 590, 85, 580, 1811, 2056). Esto resulta aún más evidente si consideramos, por ejemplo, que los arts. 566 y 567 definen los “muebles” como las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, y, un poco más adelante, el art. 574 se refiere a los bienes muebles para volver a referirse en el artículo siguiente a las cosas muebles. Por su parte, el Código Civil Colombiano, en los artículos 654, 656, 658, 659, 660 y 664, entre otros, emplea el término cosa. En cambio, en los artículos 677 y 678 utiliza la palabra bien. En el inciso 1 del artículo 662 utiliza indistintamente las expresiones bienes muebles y cosas muebles, y en el inciso 1 del artículo 663 vuelve a referirse a cosas muebles.

los bienes; se limita a decir que “consisten en cosas corporales o incorpóreas”⁴³ Lo anterior, puede llevar a afirmar, que para esos Códigos bienes y cosas representan conceptos sinónimos. Al respecto, expresaba un tratadista, francés: “*La loi, au reste, se sert indistinctement des deux mots; mais, quand elle parle des choses, elle entend toujours désigner les biens, c est à dire les choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine de quel qu'un.*” Es decir, que cuando el Código habla de cosas, debemos entender que se está refiriendo siempre a los bienes, es decir, las cosas susceptibles de entrar en el patrimonio de un sujeto.

No obstante, y en la vía de lo que expusimos anteriormente, BARCIA LEHMAN comenta, que “se puede señalar que las cosas son el género y los bienes la especie. En este sentido, cosa es todo aquello que existe a excepción del hombre; en cambio, el concepto de bien se centra en las cosas que prestan una utilidad económica al hombre (...) algunos autores creen que BELLO utilizó la expresión *cosa* en sentido objetivo y *bien* en sentido subjetivo. Así, el Código Civil se refiere por una parte a las “cosas muebles” en el artículo 575 o a las “cosas de comodidad u ornato” en el artículo 572, resaltando una concepción objetiva, y por la otra a “los bienes que esté administrando”, para referirse al curador en el artículo 124.1º, haciendo alusión a una concepción subjetiva.”⁴⁴. Al respecto, para DUCCI, la distinción entre cosa y bien puede tener utilidad, precisamente “si consideramos la cosa una entidad objetiva y el bien como el derecho subjetivo que se ejerce sobre la cosa. Sobre una misma cosa pueden ejercerse simultáneamente una pluralidad de derechos: dominio y usufructo, por ejemplo, sobre un mismo fundo. Tendríamos en este caso un mismo objeto, el fundo, pero dos bienes, la utilidad de los respectivos derechos.”⁴⁵

Sin embargo, el Art. 1460 del Código Civil Chileno (CHILCC) dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”⁴⁶. El que el concepto de cosa desborde en derecho el significado corriente o material de la palabra es evidente. El artículo 1460, citado, al hablar de “una o más

⁴³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,12

⁴⁴ BARCIA LEHMAN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno, IV. De los Bienes* (Santiago 2010) 11

⁴⁵ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 175

⁴⁶ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 1460

cosas que se trata de dar, hacer o no hacer” es definitivo al respecto; la acción o la omisión pueden ser cosas en el derecho. Si se trata de una obligación de dar, es evidente que ella se refiere a una cosa material, pero al hablar también de las obligaciones de hacer o de no haber, señala que la cosa objeto de la declaración de voluntad puede ser una prestación. Por lo tanto, las prestaciones son también, consideradas en el derecho civil chileno, (y en el colombiano) cosas.

Los términos cosa y bien, también se tratan como parte de un todo, es decir, por un lado se toma la expresión cosa para determinar toda entidad diferente del hombre, separada de él, con lo cual asume un aspecto objetivo; por otro lado la expresión bien es tenida como un interés, una utilidad para el hombre, con lo cual se está frente a su aspecto subjetivo. Al respecto, BIONDI, comenta que “La distinción entre cosa y bien, considerada la primera como entidad objetiva sobre la que se ejercita el derecho subjetivo, y el segundo como interés que constituye el contenido del derecho subjetivo, puede ser útil para explicar la coexistencia de una pluralidad de derechos subjetivos respecto de la misma cosa. Es muy posible, en efecto, que sobre el mismo fundo sea constituida una pluralidad de servidumbres, un usufructo, una hipoteca, etc.; son todos derechos que coexisten, no solo entre ellos, sino respecto al derecho de propiedad. Tales derechos tienen el mismo objeto, es decir, la misma cosa (el fundo) pero se refieren a bienes diversos, o sea diversas utilidades que la misma cosa puede dar, referibles a aquella pluralidad de derechos subjetivos. No se trata de desmembramiento de la propiedad, como en un tiempo se decía, ni tampoco de comunión jurídica, puesto que son derechos diversos, sino de diversas utilidades, o sea bienes, que puede dar la misma cosa”.⁴⁷

De esta distinción surge la posibilidad de entrar a considerar que sobre una cosa, puedan ejercerse varios derechos subjetivos, es decir, que existirían varios bienes sobre la misma cosa. Esto no parece armónico con lo expresado por el COLCC., ya que entonces no diríamos el derecho de propiedad, sino el bien de propiedad, o el derecho de usufructo, sino el bien de usufructo. No es necesario recurrir a esta diferenciación para considerar que sobre un mismo bien pueden ejercerse varios derechos.

⁴⁷ BIONDI, LB., 35

Concluimos, que sobre la entidad que consideramos cosa, no cambia desde su punto de vista natural por entrar a ser considerada bien, es más sigue siendo la misma entidad, que en el plano natural conserva todas sus características y en el campo jurídico interesa por los derechos subjetivos que sobre ella puedan recaer.

Esa entidad objetiva sigue siendo la misma y para unos efectos no jurídicos se denomina cosa, y para otros se denominará bien, pero lo realmente importante es determinar en qué momento o mediante qué mecanismos podemos llegar a determinar esta diferencia, es decir cuándo esa entidad que no es estrictamente objetiva, desde el punto de vista material, puede llegar a interesar al derecho, que establecerá unas consecuencias jurídicas.

En todo caso, la definición de cosa como objeto de relaciones reales tiene que concretarse, a no ser que tratemos de darle un significado tan amplio que acabe en una pura indefinición: en este sentido sería cosa un bien material o inmaterial, las energías, las universalidades e incluso otro derecho (por ejemplo, en los casos de subhipoteca, prenda de créditos, usufructo de créditos, etc.).⁴⁸

De ésta manera, en el lenguaje jurídico moderno, la palabra cosa, suele referirse siempre a las corporales, es decir a aquellos que tienen existencia corpórea o espacial. Como apunta VALENCIA ZEA, A., las cosas incorpóreas, de las que habla el artículo 653 COLCC., “se entiende que se refiere, a los objetos de los derechos, como las obras del ingenio o las invenciones industriales”.⁴⁹

En la misma línea, LACRUZ BERDEJO comenta, que el concepto de bien es más amplio que el de cosa: puesto que un invento, por ejemplo es un bien, pero no es una cosa. Nos dice que las cosas suelen referirse a bienes tangibles y corporales, mientras que otros bienes no tienen cuerpo, como las energías, las ideas (creaciones literarias o artísticas, inventos, etc.), y los atributos o bienes de la personalidad. Aunque para él, en realidad, en el tráfico, “lo que vale no son las cosas, las ideas o las

⁴⁸ PENADÉS, M., *Derechos reales. Derecho inmobiliario registral* (Valencia 2001)

⁴⁹ VALENCIA ZEA, A., ORTIZ MONSALVE, Á., *Derecho Civil II. Derechos Reales* (Bogotá 2012) 11

energías, sino los derechos sobre ellas, si bien en el lenguaje vulgar hablamos de la cosa cuando queremos referirnos al derecho.”⁵⁰

Para VAZQUEZ, la diferencia entre cosa y bien, responde a una necesidad de separación entre “lo que tiene un valor económico por sí mismo (una cosa), de lo que tiene ese valor en razón de objetos meramente representativos de valores (bienes), como son las acciones, los efectos mercantiles, los derechos de autor de obras intelectuales excluyendo las artísticas como cuadros de pintura y escultura que valen por sí mismo, aunque tengan un valor añadido por la cualidad de su autor o el precio del mercado del arte, que no siempre responde a las cualidades de la obra, sino del llamado marketing. Así, se denomina bienes a todo lo que no siendo cosa corporal en el sentido de física, vale por ser un bien de carácter cultural en el sentido de creación humana, independientemente del soporte en el que se manifiesta; así una letra de cambio de un millón de euros vale por lo que dice ese trozo de papel que vale, y no por el valor del papel en sí.”⁵¹

AFTALIÓN, al respecto y haciendo referencia al Código Civil argentino (ARGCC.) comenta lo siguiente:

“En el lenguaje vulgar, la palabra cosa se emplea para designar todo aquello que existe, tenga o no valor económico. Así, por ejemplo, el sol, el aire, el océano, etc. En el lenguaje jurídico, la misma palabra tiene un significado técnico más restringido: para que un objeto pueda ser considerado como cosa son necesarias dos condiciones (art.2311): a) que se trate de objetos corporales, que caen bajo la acción de los sentidos; b) que sean susceptibles de tener un valor económico. En materia jurídica se emplea también la palabra bienes, que el artículo 2312 define como los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente cosas. Así pues la palabra bienes tiene un doble significado: 1. En su sentido restringido designa los bienes propiamente dichos, caracterizados por: a) ser objetos inmateriales (por ejemplo todos los derechos considerados en sí mismos: el derecho de propiedad, un crédito, etc.); b) ser objetos susceptibles de

⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004) 105

⁵¹ VAZQUEZ C., *Derechos reales. Bienes, dominio, posesión, servidumbres, usufructo, uso y habitación* (2008) Disponible en: <http://vlex.com/source/2297>

tener un valor. En ese sentido, los bienes propiamente dichos o derechos se oponen a la cosa. 2. En su sentido genérico, la palabra bienes comprende los bienes o derechos y las cosas. En una palabra, todos los objetos, corporales o incorporeales, susceptibles de tener un valor económico. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio.”⁵²

En el ARGCC. el término bien, se asimilaría, en primera instancia, al término de *res incorporales*, del Derecho Romano. Pues en él se incluyen, los derechos patrimoniales. Pero al mismo tiempo, las cosas (corporales o incorporeales) también entran dentro del concepto de bien. Creándose con éste término, una confusión entre el objeto y el derecho patrimonial.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, y en el apartado A., consideramos acertado citar las características que enumera STEINAUER, respecto de las cosas: objeto material, delimitado, susceptible de apropiación, e impersonal:

« *Une chose doit ainsi présenter les quatre caractéristiques suivantes:*

- a. *Il doit s’agir d’un objet matériel; les droids, les énergies, un patrimoine en tant que tel ne sont pas des choses.*
- b. *Cet objet doit être délimité: il doit exister pour lui-même, présenter une certaine cohésion. Pour les solides, cette caractéristique résulte de la nature (une Pierre, un animal), parfois après intervention de l’homme (une table, une feuille de papier); pour les liquides et les gaz, la cohésion est créée par le récipient qui les renferme. Exceptionnellement, l’unité juridique d’une chose peut découler de raisons économiques: un essaim d’abeilles ou un tas de sable constituent une chose unique (“chose multiple”, “Mengensache”, cosa multipla), alors que d’un point de vue physique il y a plusieurs objets (sur la distinction entre chose multiple et universalité de fait)*
- c. *L’objet doit être susceptible d’appropriation, en ce sens qu’une maîtrise humaine de cet objet doit être possible. Le soleil et les étoiles ne sont pas des choses, au contraire de la lune (don’t la condition juridique en droit international demeure pourtant incertaine; voir notamment*

⁵² AFTALIÓN R.E., *Introducción al derecho* (Buenos Aires 1972) 678

d. *L'objet doit enfin être impersonnel. Le corps d'une personne vivante n'est pas une chose; l'intégrité corporelle est d'ailleurs un droit de la personnalité. Les parties du corps ne sont pas non plus des choses aussi longtemps qu'elles sont rattachées à ce dernier; en revanche, une fois séparées, ce sont des choses*⁵³

4. Cosa - Objeto

En primer lugar, tenemos que todo derecho tiene un objeto. Así, en toda relación jurídica se utilizan los términos sujeto y objeto, pues todo derecho debe tener un sujeto y un objeto.⁵⁴

Cuando hablamos de objeto, siempre lo estamos haciendo en relación a un concepto jurídico. Recordemos que la cosa, según hemos dicho, es anterior al derecho. Que la integrará al sistema jurídico, únicamente si el derecho entiende que dicha cosa, tiene relevancia.

Partiendo de ésta premisa, el concepto de cosa, es mucho más amplio que el concepto de objeto. El COLCC. en su artículo 1517 establece:

*“Artículo 1517. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trate dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.*⁵⁵

Por su parte el 1502 COLCC. había indicado que para una persona obligarse con otra se necesita un acto o declaración de voluntad “que recaiga sobre un objeto lícito”. Por ejemplo, no pueden tener circulación jurídica libre, los bienes de uso público, las armas de guerra, los estupefacientes o animales pertenecientes a especies que se prohíba su comercio. Lo anterior ocurriría también con la persona humana si llegara a ser utilizada como objeto de tráfico.

⁵³ STEINAUER, P., *Les droits réels* (Berne 1990) 26-27

⁵⁴ ARÉVALO GUERRERO, I., *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil* (Bogotá 2012)

⁵⁵ COLCC., Art. 1517

Las dudas que sobre el significado de la expresión objeto surgen, son inherentes a la propia terminología legal, ya que se asumen significados distintos según la materia a que esté referida o los diferentes contextos en que se utiliza. En los derechos reales, que son aquellos que tienen relación directa con una cosa, se identifica fácilmente el objeto, ya que en este caso es posible decir que se trata de la misma cosa, aunque existe la posibilidad, que sea más amplio, como en el caso de la hipoteca, en donde un objeto sería el garantizar un crédito, y otro, la cosa sobre la que se constituye.

En los casos en donde no se presenta una cosa, como son las relaciones de obligación, en donde el objeto sería la prestación, que si es de hacer o no hacer, presenta dificultad para determinar si esa actividad o esa inactividad tiene relación con una cosa. Esa conducta humana no puede ser calificada de cosa, más en el caso de las obligaciones de no hacer, en las cuales propiamente no se trata de una conducta sino de una abstención, un comportamiento pasivo, con lo cual no se genera nada al mundo jurídico desde el punto de vista corporal o inmaterial, intelectual; lo anterior sería considerar al hombre en su no conducta, al sujeto de la relación como una cosa que puede adquirirse, alquilarse o cederse mediante un contrato.

SERRANO ALONSO, nos dice que el objeto del derecho real ha de reunir tres requisitos: “existente; ha de tratarse de una realidad del mundo exterior actual, por ello no parece que pueda admitirse la existencia de un derecho real de existencia futura o posible. El objeto, en segundo lugar, ha de ser lícito; la licitud del objeto equivale a que ha de tratarse de un bien sobre el cual sea posible el tráfico jurídico patrimonial. Por ello no pueden ser objeto del derecho real las cosas o bienes que la ley excluye de ese tráfico como ocurre con los bienes de dominio o uso público, o con las armas y explosivos o con las drogas y estupefacientes. Por último el objeto del derecho real debe ser una cosa o un bien determinado; la determinación hace referencia a la individualización o delimitación de sus caracteres propios para evitar su mezcla o confusión con otros.”⁵⁶

En el mismo sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ comenta: “Desde el punto de vista del objeto, la relación jurídico-real exige que se den las notas de existencia, licitud y

⁵⁶ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derechos reales* (Madrid 2005) 39

determinación. (...) El objeto del derecho real ha de ser una cosa existente, una realidad del mundo exterior. No cabe sobre ello duda alguna: sobre lo que no existe no caben derechos. (...) Cuando decimos que la cosa ha de ser lícita nos estamos refiriendo a que sea susceptible de tráfico patrimonial. Ha de tratarse de una cosa que esté dentro del comercio, y cuyo tráfico patrimonial no se halle prohibido o impedido por el ordenamiento. En verdad una cosa está fuera del comercio cuando cualquier disposición negocial que pueda realizarse sobre ella sea irrelevante o ineficaz. (...) La determinación del objeto en la relación jurídico-real se traduce en la necesidad de una absoluta individualización objetiva y hasta que tal se produzca no habrá, en rigor, un derecho real, si bien puede haber una relación obligatoria instrumental o preparatoria.⁵⁷

Entonces tenemos que respecto del objeto de los derechos reales, para que sean tal, existen tres requisitos que reconoce la Doctrina: existencia, licitud, y determinación. Sin embargo, y respecto del requisito de la existencia, el Art. 1518 COLCC., permite que no solo las cosas que existen puedan ser objeto de una declaración de voluntad, sino también las que se espera que existan, pero haciendo la aclaración de que las unas y las otras deben ser comerciales y estar determinadas por lo menos en cuanto a su género:

“Artículo 1518. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”⁵⁸

⁵⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V., *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (Valencia 1994) 65-67

⁵⁸ COLCC., Art. 1518

B. LA CLASIFICACIÓN ROMANA DE LAS COSAS

En las *Institutiones* se estableció, que tres materias son el objeto del Derecho: “Todo el Derecho que observamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones.”⁵⁹ Se trata de una primera ordenación y sistematización del Derecho en *personae*, *res*, y *actiones*. Las *Institutiones*, bajo los conceptos de *personae* y *res*, subdivididas las *res* en corporales e incorporales, contiene diversas materias, cuyo orden de libros es el siguiente:

1. Personas y familia (Inst. libro I, títs. 3º - 26º)
2. Cosas corporales y su división, adquisición del dominio y de las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación (Inst. libro II, títs. 1º - 6º)
3. Herencias (Inst. libro II, títulos 7º - 25º, lib. III, títs. 1º - 10º)
4. Contratos, cuasicontratos y delitos privados (Inst. libro III, títs. 11º - 29º, lib. IV, títs. 1º - 5º)⁶⁰

Como se verá más adelante, en los Códigos Latinoamericanos, hay una gran influencia directa de las *Institutiones*, tanto en sus conceptos, como en la misma ordenación de las materias y desde éste momento, la ordenación y clasificación de las cosas, cumplen un papel fundamental en el Derecho Privado. De esta manera, los ordenamientos jurídicos de los países que vamos a estudiar, parten todos de la clasificación *gayana-justiniana* de las cosas. No se entrará en el estudio de las fuentes que llevó a Gayo a realizar la clasificación. Sin embargo, no podemos eludir, hacer referencia a la misma. Asimismo, y como es lógico, nos referiremos a aquellas divisiones de las cosas, que serán relevantes en el tema que estamos abordando: el régimen jurídico de los animales. En este sentido, estudiaremos, lo que los

⁵⁹ J. 1, 2,12. En: HERNÁNDEZ, F., TEJERO, J., *Las Institutiones de Justiniano, versión española* (Madrid 1961)

⁶⁰ GUZMÁN BRITO, A., *La sistemática de los Códigos Civiles, en, Roma e America. Diritto Romano Comune 19 – 20* (Roma 2005) 283 - 355

codificadores utilizaron más adelante como fuente directa, en su labor de hacer los Códigos.

1. Cosas in nostro patrimonio sunt, cosas extra nostrum patrimonium habentur.

En sus Instituciones, Gayo inicia su comentario segundo (Gai. 2, 1) distinguiendo entre las cosas que son de patrimonio privado, y las que se encuentran fuera de él:

“En el comentario anterior hemos hablado del derecho de las personas; trataremos ahora de las cosas. Las cosas, o son de patrimonio privado o se hallan fuera de él.”⁶¹

Gayo hace aquí una distinción entre las cosas in *nostro patrimonio sunt*, dentro de las que se cuentan también las cosas que aún no tienen dueño (*res nullius*) y las que temporalmente no pertenecen a nadie (*res sine dominio*); de las *extra nostrum patrimonium habentur*. Dentro de éstas últimas, Gayo establece como subdivisión la de: cosas de derecho divino y de derecho humano. Son cosas que no podían entrar en el tráfico jurídico privado por causa divina o por razones humanas. Las *divini iuris* se encuentran sustraídas del comercio de los particulares (*extra commercium*) y las distingue, entre las sagradas (*sacrae*), religiosas (*religiosae*) y santas (*sanctae*).

Las *extra commercium humani iuris*, pueden ser *comunes omnium*. En las Instituciones de Justiniano, son: el aire, el agua corriente, el mar y, accesoriamente la costa del mar. Son cosas ofrecidas por la naturaleza para el disfrute de todos, y por lo mismo sustraídas del tráfico comercial:

“ (...) Son en verdad comunes a todas estas cosas: el aire, el agua corriente y el mar, y por lo mismo las cosas del mar. A ninguno, pues, (privado, particular, ciudadano) se prohíbe acercarse a las cosas del mar, con tal que, sin embargo,

⁶¹ D'ORS, A., *Gayo, Instituciones, Texto latino*. (Madrid 1943) 47

se aparte de las granjas, de los monumentos z de los edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes.”⁶²

Ulpiano en Digesto, 47, 10, 13, 7: Si alguno me prohibiera pescar en el mar o llevar la red, ¿podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puedo ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio;... “y ciertamente que el mar es cosa de todos, y también sus orillas, como el aire, y muchísimas veces se resolvió por rescripto, (del príncipe) que no se le podía prohibir a uno que pesque”⁶³

Asimismo, dentro de las *humani iuris*, Gayo distingue entre las públicas (*publicae*) que no pertenecen a nadie y las privadas (*privatae*). Las *res publicae*, son aquellas públicas que están consideradas como no pertenecientes a nadie en particular, sino que las mismas son reputadas como pertenecientes a la comunidad. Lo anterior, significa, que existían cosas no susceptibles de ser adquiridas en dominio y, en consecuencia, respecto de ellas era imposible la realización de negocios jurídicos.

A continuación, Gayo contempla otras clasificaciones, teniendo presente los criterios que constituyen el fundamento de la distinción: por un lado, corporales e incorpóreas; por otro, mancipables (*mancipi*) e inmancipables (*nec mancipi*) que aún en su época, constituye una división realmente importante en el ámbito de las relaciones privadas, fundamentalmente lo que se refiere a su adquisición. En el párrafo 42 de este comentario, se hace referencia a los bienes muebles e inmuebles.

2. Cosas Corporales e Incorpóreas

En cuanto a la división de las cosas en corporales e incorpóreas que fue acogida por el *Corpus Iuris Civile* de JUSTINIANO Gayo estableció en el párrafo 12 de su comentario segundo:

⁶² J. 2, 1,1. En: HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

⁶³ D'ORS, A., *El Digesto de Justiniano, versión castellana* (Pamplona 1968-1975)

“Por lo demás, unas cosas son corporales y otras incorpales.”⁶⁴

Divide así Gayo, a lo material de lo inmaterial, lo concreto de lo abstracto. Ambos tipos de cosas, constituyen el patrimonio, pero la posesión y el modo de adquirir unas y otras, son diferentes. Gayo nos dice cuáles son las cosas corporales y cuáles las incorpales en los siguientes párrafos:

“Gai.2,13. Son corporales las cosas tangibles. Como un fundo, un esclavo, un vestido, una cantidad de oro o de plata y, en fin, otras muchas. Gai.2,14. Son incorpales las no tangibles, como son las que consisten en un derecho; por ejemplo, una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier clase. Y no hace al caso que la herencia contenga cosas corporales o que los frutos que se perciben de un fundo sean corporales o que lo que se nos debe en virtud de una obligación sea generalmente un objeto corporal, como un fundo, un esclavo o una suma de dinero, pues el mismo derecho de sucesión, y el mismo derecho de usufructo, y el mismo derecho de obligación son, en sí, incorpales. De la misma clase son las servidumbres urbanas y rústicas <Servidumbres urbanas son, por ejemplo, el derecho de edificar más alto o de tapar las luces de la casa del vecino o> la servidumbre de no construir más alto para no tapar las luces del vecino; igualmente, el derecho de derivar el agua de lluvia, a chorro o gota a gota, sobre la propiedad del vecino”⁶⁵

En primer lugar tenemos, que corporales serían las cosas tangibles, que pueden tocarse (*quae tangi posunt*) esto es, las que tienen una existencia material y física, poniendo algunas cosas como ejemplo; a *contrario sensu* incorpales serían aquellas que no pueden tocarse, por carecer de corporeidad, como la herencia o las servidumbres. SERRANO ALONSO comenta que las cosas corporales “son las cosas materiales que existen en el mundo exterior y que son susceptibles de ser apreciadas por los sentidos, tocadas, pesadas o medidas: un edificio, un perro, una finca, un automóvil, un libro, etc. Estas cosas corporales pueden ser objeto de un derecho real en forma individualizada, por ejemplo el derecho de propiedad que tengo sobre una casa o integradas dentro de una unidad que engloba o se integra por un conjunto de

⁶⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorpales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago 1995) 31.

⁶⁵ d'ORS, GAI., 48

cosas corporales, como ocurre con la propiedad sobre un rebaño de ovejas o sobre una biblioteca, supuesto en el que el objeto del derecho de propiedad recae sobre la universalidad resultantes de las diversas partes integrantes de un conjunto: el rebaño o la biblioteca.”⁶⁶ Por su parte, VIDE comenta: “Objeto del derecho real por excelencia son las cosas corporales, realidades del mundo exterior que ocupan un lugar en el espacio y son perceptibles por los sentidos, siendo denominadas bienes –muebles o inmuebles- en cuanto sean o puedan ser objeto de apropiación.”⁶⁷

Cabe precisar que la división de las cosas en corporales e incorpóreas, si bien trasciende en la ciencia jurídica romanística, no tiene un contenido estrictamente jurídico sino filosófico y “ha servido ulteriormente para plantear la existencia de derechos sobre cosas inmateriales: la propiedad artística, intelectual o industrial.”⁶⁸

Es en la época clásica cuando los filósofos de la escuela de Aristóteles diferencian dos categorías de cosas: las que los sentidos perciben corporalmente y las que el espíritu percibe por abstracción. Apunta al respecto GUZMÁN BRITO: “Los filósofos antiguos, en efecto, reducen todos los sentidos al tacto, en cuanto las diversas sensaciones estriban en el tocamiento de un órgano humano por una materia externa: si los rayos de la luz tocan el ojo, tenemos la vista; si el aire en movimiento toca los tímpanos, tenemos el oído, etc. Todo lo que puede tocar y ser tocado, pues pertenece al género de los “cuerpos”. Por el contrario, lo que no puede impresionar el tacto es incorpóreo, como ocurre con las ideas, que sólo son inteligibles.”⁶⁹ La difusión en Roma de los conceptos griegos servirá a la construcción de las teorías jurídicas clásicas: “Lo que son ideas abstractas en manos de los filósofos obtienen un contenido concreto cuando pasan a manos de los juristas. Este contenido deriva por lo común de la manera de pensar, de las reglas prácticas y normas de derecho en las que el jurista ha sido educado. Es lo que sucedió en el Derecho Romano Clásico, cuando el *ius naturale* se llenó de contenido mediante la idealización y generalización de los modos de pensamiento tradicionales, de las reglas prácticas de los jurisconsultos y de los

⁶⁶ SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derechos reales* (Madrid 2005) 39

⁶⁷ VIDE, C., *Derecho de Cosas* (Barcelona 2002) 15

⁶⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, T., DPR., 173

⁶⁹ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano I* (Santiago 1996) 430.

preceptos jurídicos que los mismos habían aprendido de sus maestros⁷⁰ Tal y como se dijo anteriormente, Gayo añadió dentro de las cosas incorporales, a los derechos, salvo a la propiedad.

Por su parte, ALESSANDRI y SOMARRIVA, afirma que la distinción romana entre cosas y derechos nació de una errónea interpretación de la filosofía estoica de los griegos y, como clasificación, no tiene fundamento alguno o razón de ser, porque “toda clasificación importa distinguir partes de un mismo todo, y en este caso los miembros de la clasificación son de naturaleza muy diferente, pues, por un lado, aparecen las cosas corporales y, por otro, los derechos. O sea, se contraponen de una manera incoherente los derechos a su objeto.”⁷¹

Sin embargo, la explicación acerca de la clasificación de las cosas en corporales e incorporales, es la que desarrollamos al inicio del presente capítulo, cuando explicamos el concepto de cosa en roma. Tal y como vimos, en Roma, por la amplitud de facultades que sobre la cosa da el derecho de propiedad, llegaron a identificar la cosa con el derecho mismo. De ahí que se usara –y se sigue usando– un lenguaje elíptico para expresar la propiedad que se tiene sobre una cosa, pues nadie dice “el derecho de propiedad que tengo sobre tal cosa”, sino simplemente “mi cosa”, subentendiéndose que la cosa es de propiedad del que habla. Ningún otro derecho admite su silenciamento si se quiere manifestarlo.

Siempre es preciso indicarlo con su nombre específico junto con la cosa que es su objeto. Por ejemplo, hay que decir “el usufructo o la servidumbre que tengo sobre tal predio”. Expresando apartadamente la cosa y el derecho que sobre ella recae haciendo visible la naturaleza incorporal del último. Los romanos, pensando en el patrimonio, colocaban a un lado las cosas que les pertenecían en propiedad, considerándolas en sí mismas, como entes materiales, corporales, y al otro lado ponían los demás derechos, considerados como cosas incorporales. La clasificación resulta, pues, una antítesis entre el derecho de propiedad y todos los otros derechos. Y para ALESSANDRI y SOMARRIVA esto no tiene justificación, puesto que el de propiedad es tan derecho como los demás.

⁷⁰ POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, interpretación ética*. Trad. PUIG BRUTAU, J. (Barcelona 1950) 58.

⁷¹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,25

3. Cosas mancipables e inmancipables

Importante en el Derecho Romano es la distinción de las cosas en *mancipi* y *nec-mancipi*. Tal y como afirma GIMÉNEZ-CANDELA, se trata de una clasificación “de remoto origen y de gran relieve para una economía rural como la romana de los primeros siglos, pues en ella se integran aquellas cosas destinadas a dar estabilidad al patrimonio familiar (*mancipium*), lo que hoy llamaríamos bienes raíces, que son las cosas mancipables.”⁷² Y para la economía rural romana las cosas que tenían una particular importancia eran: los fundos en suelo itálico, los esclavos, los animales de tiro y carga y las más antiguas servidumbres: de pasaje y acueducto. Todas las otras cosas eran no mancipables (*nec-mancipi*). La distinción tenía importancia fundamental especialmente en relación a los modos de enajenación. Así, mientras para las cosas *nec-mancipi* era suficiente el simple acto de la *traditio*, para las cosas *mancipi* se requería un acto solemne como la *mancipatio* que requiere entre otras formas, la presencia de testigos; o la *in iure cessio*. Dichas formas solemnes de tradición, cumplían así una función de publicidad.

La distinción es muy arcaica. Parece obedecer a una notabilidad dada a las cosas permanentes e identificables (*res mancipi*) no reservadas al consumo sino al “uso productivo en el seno de una sociedad agraria, que en consecuencia constituyen la base de la riqueza del grupo familiar, se transmiten de generación en generación y en el conocimiento de cuya titularidad dominical hay un cierto interés colectivo”⁷³. Frente a aquéllas, las *res nec mancipi* representan los bienes normalmente destinados al consumo y al cambio y en que no hay un interés colectivo concerniente a la titularidad de su dominio, debido a lo cual la simple *traditio* basta para su enajenación. Esta clasificación de las cosas decae con la etapa clásica. Las cosas mancipables fueron poco a poco equiparándose a las no mancipables, y por vía pretoriana, se sancionó la transferencia de las *res mancipi* mediante *traditio*. Esta clasificación fue gradualmente sustituida por aquella que distingue entre cosas muebles e inmuebles. Formalmente, continuó vigente dicha distinción, que sólo fue abolida por Justiniano en el 531⁷⁴.

⁷² GIMÉNEZ-CANDELA, DPR., 173.

⁷³ GUZMÁN BRITO, DPR., 437

⁷⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, DPR., 173

En Instituciones Gayo, 2, 14, se lee textualmente: “Por otro lado, las cosas pueden ser mancipables o no: <mancipables son, por ejemplo, un fundo o una casa en suelo itálico, los esclavos y los animales que suelen domarse por el cuello o el lomo, como son los bueyes, los caballos, los mulos, los asnos; también las servidumbres prediales rústicas, pues> las servidumbres prediales urbanas no son mancipables. Los predios estipendiarios y los tributarios son, igualmente inmancipables.” En Inst., Gayo 2, 15, se indica: “Pero en cuanto a lo de que los animales domables son mancipables, nuestros maestros creen que estos animales son mancipables desde que nacen; en cambio, Nerva, Próculo y demás autores de la escuela contraria creen que no son mancipables si no están domados, y que si por su gran ferocidad son indomables, empiezan a considerarse mancipables desde que llegan a aquella edad en la cual suelen domarse.” Y continúa en Gayo 2. 16, “Por el contrario, los animales salvajes son inmancipables, así los osos y los leones; igualmente aquellos animales que se cuentan entre las fieras, como los elefantes y los camellos, aunque estos animales suelen domarse también por el cuello o el lomo, pues en el tiempo en que se distinguieron las cosas mancipables de las inmancipables ni siquiera se tenía noticia de tales animales”⁷⁵.

Es decir, que a pesar de establecerse, que se consideran mancipables, aquellos animales, que se doman por el cuello o el lomo, y a pesar de existir debate, acerca de a partir de qué momento son mancipables, si desde su nacimiento o desde que efectivamente, llegan a la edad de ser domados, lo importante es que son animales, que están vinculados a la actividad económica familiar. Es por esto, que los animales salvajes, son considerados por Gayo como no mancipables, pues no eran un elemento importante en la economía, ya que como el mismo anota, al momento de establecer dicha clasificación, ni siquiera se tenía noticia de tales animales.

4. Cosas muebles e inmuebles

La otra clasificación que debemos destacar, es la clasificación entre cosas muebles y cosas inmuebles. BALLESTER GINER dice que “es sin duda la más importante clasificación que puede hacerse de los bienes.”⁷⁶ El factor que rige esta

⁷⁵ d’ORS, GAI., 48

⁷⁶ BALLESTER GINER, E., *Derechos Reales* (Valencia 1986) 23

distinción es la posibilidad de desplazamiento de la *res*. Así, los muebles pueden transportarse de un lugar a otro, por sí mismos o por su propia fuerza externa, lo cual es evidente desde el punto de vista natural. No obstante, como se trata de conceptos jurídicos, no se determina esta clasificación únicamente desde un punto de vista natural, sino que juega un papel fundamental, la importancia que cada cosa llega a representar en la vida económica-social; como sucedía con las cosas mancipables y no mancipables. El concepto ha evolucionado de tal manera, que en los Códigos Civiles actuales, vemos cómo algunos bienes muebles, que físicamente pueden desplazarse de un lugar a otro, son tenidos como inmuebles por consideración de la misma Ley.

Tal y como se adelantó, la distinción de cosas *mancipi* y *nec-mancipi*, fundada en un factor socio-económico, fue perdiendo su importancia hasta decaer con JUSTINIANO, y cedió su lugar gradualmente a aquella que distingue en muebles e inmuebles. La clasificación obedecía a la importancia que pudiera tener cada una de las categorías de cosas dentro de la sociedad y, dependiendo de la misma, así sería su tratamiento jurídico.

La clasificación resulta relevante a los efectos de la adquisición de las cosas por *usucapio*. Su origen se encuentra en la Ley de las XII Tablas al distinguir la usucapción de los bienes inmuebles, en el breve plazo de dos años, frente a las *res ceteraes* que prescribían al año.⁷⁷ Así, Gayo en Inst. 2, 42 comentó: “La usucapción de los bienes muebles se cumple al año, la de un fundo o de una casa, en dos años. Así está dispuesto en la ley de las XII tablas.”⁷⁸

También resulta útil la distinción entre cosas muebles e inmuebles, a efectos de la protección pretoria por medio de interdictos (*uti possidetis*, para inmuebles y *utrubi* para muebles). GIMÉNEZ-CANDELA apunta que “Los juristas clásicos emplearon poco esta clasificación, prefiriendo identificar cada tipo de inmueble por un nombre concreto: fundus, praedium, ager, villa, aedes, insula, aérea: o de mueble: *invecta* (aperos de labranza y ajuar doméstico) e *illata* (semovientes). La distinción *res*

⁷⁷ BALLESTER GINER, E., *Derechos Reales* (Valencia 1986) 23

⁷⁸ d'ORS, GAL., 48

mobiles, inmuebles adquiere mayor importancia en época postclásica, a ella se añade la de semovientes (animales y esclavos) que parece deberse a un influjo filosófico.”⁷⁹

En el derecho postclásico ya se consagró la distinción entre *res mobiles* y *res immobiles*. Así en el Código de Justiniano, 3, 19, 2: “Si poseyendo uno de cualquier modo una cosa inmueble (*immobilem rem*) a nombre de otro sostuviera litigio promovido por un tercero con la acción real (*rem actionem*) debe desde luego declarar en juicio el nombre del dueño.”⁸⁰

Poco a poco se va favoreciendo un sistema de formas públicas y solemnes para la enajenación de los inmuebles, es decir, de las cosas tenidas por más importantes en el nuevo ambiente social y económico.

5. Algunas disposiciones especiales sobre los animales en Roma

En el Título 1º del Libro II de las Instituciones de Justiniano se expone el Derecho de cosas. Dentro de este título, encontraremos varias disposiciones sobre los animales, que a continuación veremos. En el comentario 12, se lee:

“Los animales salvajes, las aves y los peces, es decir, todos los animales, nazcan en la tierra, en el aire o en el mar, se hacen en el acto del que los captura y ello con arreglo al Derecho de gentes, ya que según el dictado de la razón lo que no tiene dueño se hace propiedad del primer ocupante. No hace al caso el que los animales salvajes o las aves hayan sido cogidos en el fundo propio o en el ajeno. Si bien el dueño de un fundo, que prevé que alguien va a entrar a cazar o a coger pájaros, puede prohibirle el paso. Es tuyo todo animal que captures mientras esté en tu poder; mas si se escapa y vuelve a su libertad natural, deja de pertenecerte y de nuevo podrá ser adquirido por el primero que se apodere de él. Se entiende que recobra su libertad natural cuando se escapa de tu vista o cuando, aun viéndolo es difícil su persecución”⁸¹

⁷⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, DPR., 174

⁸⁰ TOPASIO FERRETTI, LBDR., 19

⁸¹ HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

La norma anterior, regula lo pertinente al modo de adquirir los animales salvajes, que son considerados como *res nullius*, o cosa de nadie. Se hace referencia a los animales que se encuentran en estado de libertad. Éstos son entendidos, como todos aquellos que no están bajo el poder de nadie. La forma de adquirir la propiedad de los mencionados animales, es a través de la ocupación. Para ocupar al animal, hay que capturarlo, independientemente del lugar en donde se consuma dicho acto. Para que se perfeccione la adquisición del dominio sobre este tipo de animales, se exige que la persona que pretende apropiarse, mantenga bajo su poder, al animal, pues en el momento en el que el animal recobre su libertad, el propietario pierde su derecho de dominio sobre el animal, que recupera su condición de *res nullius*. Se estableció que el propietario pierde al animal de su ámbito de poder, cuando ya no lo ve, o cuando aún viéndolo, es difícil su persecución.

Por su parte en el comentario 13 se estableció que:

“Se ha suscitado la cuestión de si el animal salvaje herido por ti de tal modo que lo puedas coger te pertenece ya o aún no. Hay quienes opinan que sí, siempre que no desistas de capturarlo, pues en este caso se hace propiedad del primero que lo coge; pero otros estiman que no es tuyo hasta que efectivamente te apoderes de él. Nosotros confirmamos esta última opinión, porque pueden intervenir muchos factores que te impidan cobrar la pieza”.⁸²

En el comentario anterior se establece, que la adquisición de la propiedad sobre el animal, se perfecciona, a través del acto físico de cogerlo o de apoderarse de él. Es irrelevante que el pretendido propietario, lo hiera, pues solo se hace suyo, en el momento en el que se apodera físicamente del animal, y éste es el punto fundamental. Lo anterior quiere decir, que una persona, puede apropiarse de un animal en estado de libertad y que no pertenece a nadie, en el momento en el que se apodera físicamente de él, así no haya sido éste, quién lo haya herido.

El siguiente comentario, el 14, está dedicado exclusivamente a las abejas, en razón a la importancia que las mismas tenían en la economía de la época:

⁸² HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

“Las abejas se incluyen entre los animales salvajes, y de aquí que no baste con que se posen en tu árbol para ser de tu propiedad, sino que es preciso que las metas en una colmena, lo mismo que no son tuyos los pájaros que anidan en tu árbol. Por tanto, si no metes las abejas en una colmena, el que lo haga se queda con ellas y también puede cualquiera coger los panales que hicieron. Lo único que cabe, antes de que estas cosas ocurran, es prohibir que entre en la finca aquel que prevés que va a hacerlo. El enjambre que se escapa de tu colmena se entiende que sigue siendo tuyo mientras alcance a verlo y no sea difícil su persecución. De otra suerte se hará propiedad del primero que lo capture”⁸³

Se sigue el mismo criterio que el ya visto sobre los animales salvajes, pero es interesante ver, que se dispone un artículo particularmente para el caso de las abejas. Se establece que para poder apropiarse de ellas, es preciso apoderarse de las mismas, metiéndolas en una colmena. Se mantiene el criterio de área de poder del propietario: el campo de visión y que no sea difícil su persecución.

En el comentario 15, Justiniano, también considera a los pavos reales y a las palomas, salvajes por naturaleza. Es interesante observar que en dicho comentario, se hace una especie de definición de lo que se considera como animal salvaje:

“También se considera a los pavos reales y a las palomas, salvajes por naturaleza, pese a que estén acostumbrados a ir y venir, pues también tienen este hábito las abejas y es lo cierto que se consideran de índole salvaje. Hay quienes tienen ciervos tan bien enseñados que van y vienen al bosque y nadie discute que son animales salvajes. Ahora bien, tratándose de tales animales se sigue la siguiente regla: te pertenecen en tanto que conservan el hábito de volver; si lo pierden dejan de ser tuyos y se hacen del primero que los capture, entendiéndose que han perdido el hábito de volver en cuanto de hecho dejan de hacerlo.”⁸⁴

⁸³ HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

⁸⁴ HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

Entonces, para considerar a un animal salvaje, es indiferente que “vayan y vuelvan”. Entendemos, que se hace referencia, más a una condición natural de los mismos e intuitivamente, lo ha puesto de manifiesto Justiniano. Sobre los animales salvajes, que tengan la costumbre de ir y venir, se amplía el ámbito de poder del propietario sobre los mismos, pues no deja de ser propietario, si mantienen dicho hábito. Es decir, no se aplica el criterio de que se mantiene la propiedad sobre dichos animales, mientras no se pierdan de vista o mientras no sea difícil su persecución. El propietario, solo perderá su derecho, si el animal pierde el hábito de volver.

Con los animales considerados como domésticos, las reglas de apropiación de los mismos, son diferentes ya que se les aplica las reglas de las demás cosas corporales. Entonces, el propietario de un animal doméstico, conserva su derecho de dominio, así los pierda de su ámbito de poder, ya sea por que se han escapado, o por cualquier otra razón y se encuentren en dónde se encuentren.

En el comentario 16, Justiniano, expresamente establece que las gallinas, y los ánade, o patos, son animales no salvajes:

“Las gallinas y los ánade no son de índole salvaje, y esto lo vemos claro teniendo en cuenta que aquellos que no son domésticos forman una especie aparte. De aquí que si tus gallinas o tus ánades, alborotados por cualquier causa se escapan, aunque los pierdas de vista y estén donde estén siguen siendo tuyos, y el que los coja con ánimo de quedarse con ellos comete hurto.”⁸⁵

Resaltamos, que la persona que se apodera de éste tipo de animales, que están fuera del ámbito de protección o de poder de su propietario, con intención de apropiarse de ellos, comete hurto.

Cuando se regula el tema del usufructo, Justiniano establece que al propietario de un animal, también le pertenecen por Derecho natural las crías que produzca. En el comentario 1,2,37 se estableció:

⁸⁵ HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

“Se consideran frutos de los ganados, las crías, la leche, el pelo y la lana, y de aquí que los corderos, los cabritos, los terneros y los potros, se hagan inmediatamente del usufructuario, con arreglo al Derecho natural. Ahora bien, el hijo de la esclava no se considera fruto y de aquí que pertenezca al dueño de ésta, pues parecería absurdo considerar fruto al mismo ser humano, cuando la naturaleza produce todos sus frutos para él.”⁸⁶

Es interesante ver, que a los esclavos, a pesar de ser considerados como cosas, se les diferencia de los animales, pues siguen siendo considerados seres humanos. En este sentido, y como hemos visto en el comentario citado, el hijo de una esclava, no se considera como un fruto, pues, es un ser humano, y la naturaleza produce sus frutos para el aprovechamiento de los mismos por parte de los seres humanos, incluidos los esclavos.

Entonces tenemos, que los animales y los demás componentes de la naturaleza, están a completa disposición de los seres humanos, de manera ilimitada para su disfrute. De las normas que hemos visto hasta ahora, podemos observar que se regulan, temas de vital importancia socio-económica de la época, referente a los animales, que eran elemento fundamental de la economía. Las normas regulan la propiedad sobre los mismos y en especial su forma de adquisición. Los animales, son considerados como cosas que sirven de utilidad para el hombre y como tal se establece ningún tipo de protección hacia ellos.

⁸⁶ HERNÁNDEZ, TEJERO, INST.

II. CÓDIGOS CIVILES LATINOAMERICANOS

Partiendo de la base, de que la mayoría de los Códigos Latinoamericanos han sido influenciados por la clasificación romana de las cosas, en donde están incluidos de manera genérica los animales, pasaremos ahora a estudiar el proceso de codificación latinoamericana, penetrando en las fuentes doctrinales y legales, a fin de entender sus fuentes y las orientaciones ideológicas y metodológicas de sus instituciones.

Es importante, hacer referencia en primera instancia, al Derecho que se aplicaba en Latinoamérica, antes de que sus territorios lograran la independencia de la colonia Española.

Naturalmente cuando los conquistadores y colonizadores llegaron a América, siguieron aplicando entre ellos su Derecho patrio en sus relaciones, mientras los pueblos sometidos conservaron sus propios usos; pero “poco a poco el Derecho de los dominadores devino el único y el Derecho indígena, no obstante la prevención imperial, fue despreciado y en fin relegado a las comunidades indígenas; como puede observarse aún hoy en algunas regiones y pueblos de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia, y más en general en algunos elementos ceremoniales o litúrgicos que acompañan el acontecer de la vida familiar o los contratos entre campesinos”⁸⁷

Antes de que se consumara la independencia de los territorios americanos incorporados a la Corona de Castilla, el actual territorio de Norteamérica de California, Texas y otras regiones de los Estados Unidos, México, toda Centroamérica y la totalidad de Sudamérica, con excepción de Brasil y otras regiones menores, constituían una unidad política, por hacer parte de aquella Corona. A la unidad política de este espacio correspondía igualmente una muy pronunciada unidad jurídica.

⁸⁷ HINESTROSA, F., *Códigos, Universidad, Ciencia Jurídica: una estrategia para la unificación del derecho en América latina*, en, *Cuadernos del curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y unificación del derecho en América Latina. Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho* (Roma 2006) 188.

La unidad jurídica de las indias se debe básicamente a dos razones fundamentales. La primera es la incorporación de las Indias, casi inmediatamente después de su descubrimiento, a la Corona de Castilla. Esto tuvo como consecuencia la extensión del derecho de ese reino a los nuevos territorios y esa extensión se renovaba cada vez que era descubierta y conquistada una nueva región. Y la segunda, que los conquistadores y gobernantes españoles nunca fragmentaron el territorio para formar varias unidades políticas, a modo de reinos, puesto que no eran conscientes del tamaño del terreno descubierto.

Justamente, tenemos que remitirnos al derecho de Castilla vigente en la época del descubrimiento, pues era este el vigente en las indias. En dicho momento, la estructura del derecho de Castilla estaba fijada por el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348); más adelante, en 1505, ésta fue revisada por la ley I de Toro (recogida, junto a las 82 restantes, en la *Nueva Recopilación* de 1567), que rigió durante toda la época hispánica. Es así como en 1530 Carlos V dispuso expresamente la aplicación del derecho de Castilla en las Indias conforme con el orden establecido por la ley de Toro. En ella venía establecido un orden de prelación de fuentes el cual examinaremos a continuación:

La ley mandaba en primera instancia aplicar las leyes reales promulgadas en Cortes (ordenamientos) y las leyes del rey promulgadas por sí mismo (pragmáticas) actuales y futuras. En segundo término, la ley I de Toro decretaba aplicar las leyes de los fueros y en último lugar, prescribía recurrir a las leyes de las siete partidas aunque no fueran usadas ni guardadas. En el caso en que existieran dudas de interpretación acerca de alguna norma, la ley ordenaba recurrir al Rey en demanda de su aclaración.

Tenemos entonces, que el derecho de Castilla era de aplicación principal, según el orden establecido por la ley I de Toro, pero debemos recordar que tal derecho encontraba su derecho común en el derecho romano, o sea, en el *Corpus Iura Civilis*, compuesto por las Instituciones, el Digesto, el Codex y las Novellae y en el derecho canónico representado por el *Corpus Iuris Canonici*, ambos de aplicación subsidiaria. Este derecho común en palabras del GROSSI, era “*Un derecho coral, la voz de toda una comunidad de juristas que no conoce fronteras y que se nos ofrece como la voz de una clase de técnicos comprometidos en la construcción de un gran edificio, ese*

*derecho sin Estado...*⁸⁸. Situación muy relevante entonces que este derecho común a todas las gentes no fuera ajeno a los territorios latinoamericanos, aplicándose a ellos a través del reino de Castilla, casi desde su descubrimiento.

Como era de esperarse, la unidad con Castilla sufrió modificaciones, puesto que las circunstancias vividas en las Indias eran incomparables a las españolas. En 1614 se estableció apropiadamente que la nueva legislación aprobada para Castilla no regiría automáticamente en las Indias, sin que antes fuera objeto de un visto bueno especial, con la finalidad de verificar su viabilidad.

Por otro lado, en 1530, 1541 y 1555 se ratificó la validez de los derechos consuetudinarios indígenas en cuanto no se opusieran a la fe ni a la legislación real. Con ello, los derechos indígenas adquirieron el reconocimiento de derechos especiales. En este sentido, el poder político español se hace a un lado y respeta estos derechos consuetudinarios, actuando de una forma muy realista, porque a la conciencia indígena le resultaba difícil reconocer al legislador de Castilla, que actuando de una forma autoritaria, iba en contravía a la naturaleza de las comunidades. Hablamos de un acto de realismo, pues al respetarse y no tocar las costumbres de estos pueblos se actúa adecuadamente, “(...) *porque resultaba impensable que los nativos estuvieran capacitados para recibir y usar un derecho elaborado de acuerdo con los refinados cánones científicos y técnicos del derecho europeo (...)*”⁸⁹. En otras palabras, los nativos, contaban una distinta madurez jurídica que la europea.

El reconocimiento de la costumbre, la primacía de la misma como fuente de derecho y el distanciamiento del legislador, es un fenómeno que bajo el signo del particularismo, identifica el mundo jurídico de la primera edad media en Europa⁹⁰, y vemos cómo igualmente, cobra valor en las Indias. Esto no solo en los pueblos nativos, porque igualmente se aceptó la vigencia de la costumbre de los españoles europeos y americanos en Indias.

⁸⁸ GROSSI P., *Europa y el Derecho*, Trad. GUIULIANI, L. (Barcelona 2007) 52.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, (Navarra 2006) 36

⁹⁰ GROSSI P., *Europa y el Derecho*, Trad. GUIULIANI, L. (Barcelona 2007) 19 ss

Además, el gobierno español se ve obligado a emitir normas especiales para sus nuevos territorios descubiertos, pues como es obvio, este suceso tan importante y estos territorios tan singulares lo exigían.

Crean entonces una legislación especial que hace parte fundamental de lo que se denomina como derecho indiano. Con el surgimiento de este derecho, de aplicación principal, se relega al derecho de Castilla como derecho supletorio, que resultaba aplicable, en defecto de ley indiana principal. Así las cosas y resumiendo, tenemos que la legislación indiana adquiere el carácter de derecho propio, mientras el derecho de Castilla es considerado como derecho común, el cual, a su vez encuentra en el romano y el canónico, su derecho común.

Ahora bien, la legislación indiana, lo mismo que la criolla, eran en su mayoría de carácter público, administrativo y de policía, por lo que para las relaciones privadas, se acudía a los últimos niveles de fuentes a saber: las leyes de Toro en cuanto contenidas en la nueva recopilación y después en la novísima, en las que predomina el derecho de familia y el sucesorio, el Fuero Real y las leyes del estilo, las Siete Partidas.

Como sabemos, el derecho recogido en las Siete Partidas es el derecho romano en la versión que le habían dado los glosadores con el que ningún otro cuerpo legal pudo competir en la época, en cuanto a regular materias de derecho privado se trataba.

A. El Proceso de Codificación en Latinoamérica

La codificación en Latinoamérica fue el proceso jurídico más importante que se desarrolla una vez las nuevas Repúblicas lograron su independencia a mediados del siglo XIX.⁹¹ Ésta se concibió como un paso adelante en la creación de una identidad nacional alejada de la corona española y como la solución que permitiría terminar con el desorden jurídico que vivían las nuevas repúblicas independientes.⁹²

⁹¹ CLAVERO, B., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino Por América*. (Madrid 2000)

⁹² GUZMÁN BRITO, HCCI.

Las codificaciones persiguen generalmente una finalidad política y el proceso de codificación latinoamericano no fue la excepción. Un Código cumple una función política por estar ligado al poder personal que lo inspiró o al servicio de una ideología. Como afirma CABRILLAC, toda codificación en su origen, “es una respuesta a una necesidad social de seguridad jurídica; surgida, a su vez, de una crisis de las fuentes del derecho producida por una explosión desordenada de estas fuentes, una dificultad de conocimiento de reglas orales o dispersas, o una inflación legislativa galopante.”⁹³

Por su parte, BELTRÁN comenta: “La codificación es una práctica que acompaña los procesos de consolidación del monopolio estatal. En ese sentido, la codificación podría ser vista como el ejercicio por medio del cual la sociedad trata de dirigirse a sí misma de manera racional.”⁹⁴

Así, la necesidad de codificación, se fundamentó en el principio de que a toda nación independiente, le correspondía formular su propia legislación. Dentro del desarrollo y consolidación del concepto de nacionalidad, el Estado del siglo XIX requería, como nota característica del ejercicio de la soberanía, la sanción de leyes por sus órganos de gobierno.

En el caso de las colonias españolas en Latinoamérica, hemos de recordar, que la Independencia de las mismas fue lograda al precio de una guerra prolongada y sangrienta. Por más de un siglo, hubo una ruptura con la madre patria y en Latinoamérica, se generó un resentimiento contra los españoles. Al vivirse un clima bélico entre España y sus ex colonias americanas, es lógico presumir la molestia que para muchos representaba seguir rigiéndose por leyes sancionadas durante el periodo de la colonia. La idea de codificación toma forma una vez producida la independencia, siendo así consistente con la liberación total de la colonia española. Es así, como en las nuevas repúblicas, considerando indispensable la consolidación de la Independencia y la elaboración de un ordenamiento propio, se pensó inmediatamente, en la redacción de un Código, comenzando con el Civil.

⁹³ CABRILLAC, R., *Les Codifications*. Trad. Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. (Santiago 2009) 76

⁹⁴ BELTRÁN, I., *La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno*, en, *Revista de Derecho Privado* 8 (2005) 26

Sumado a lo anterior, se juzgaba desfavorablemente el orden legislativo imperante: Las Leyes de las Indias. La cantidad y complejidad de las fuentes y normas del derecho eran consideradas un caos jurídico, por legisladores, juristas y filósofos latinoamericanos. Las críticas se centraban tanto en la técnica externa, el lenguaje y el estilo de las leyes vigentes, como en el mismo contenido. Se atacaba al ordenamiento, por estar desactualizado, y por haber sido sancionado por autoridades de las cuales ya no se dependía. La crítica a las Leyes de Indias, tenía sin duda, un trasfondo político. En el ambiente intelectual, por su parte, se entendía que el orden jurídico existente, previo a la independencia, debía mantenerse, pues era una especie de mal necesario, pero insoportable, por lo que esta situación debía remediarse, lo antes posible.

El Manual del Abogado Americano, escrito por Juan Eugenio de Ochoa, respondía a la preocupación general de la época, de refundir en un sistema nuevo y racional, el antiguo orden legislativo. Se consagró al respecto:

“Nuestros cuerpos de derecho no son efectivamente otra cosa que un amontonamiento confuso de autos, decisiones y decretos, dados en diversas épocas, por diferentes personas, con motivos diferentes y aun contrarios, sin plan, sin coherencia y sin principios uniformes; un caos por consiguiente lleno de contradicciones y tinieblas”⁹⁵

Era evidente la necesidad que tenían las nuevas repúblicas independientes, de dar un orden sistemático a las antiguas leyes. En un ensayo de Luis López Méndez, titulado “Observaciones sobre las leyes de Indias y sobre la independencia de América” y publicado en Londres en 1823, se decía respecto a las leyes de Indias:

“All those, who have known from their own observation, or from the knowledge of unbiased and well informed persons, in what manner America has been governed since the monstrous usurpation of Spain; all such persons have cleared perceived the inconsistency, the disorder, and confusion of the laws, called the Laws of the Indias, as well in the administration of justice, as in every other branch of government. Among the Spaniards themselves, those who have

⁹⁵ OCHOA, J.A., *Manual del Abogado Americano* (Paris 1827) 9

*been able to shake off ill founded prejudices, or bar the entrance to them by a liberal education, have confessed the gross faults of the Laws of the Indies, and called loudly for a remedy”*⁹⁶

LÓPEZ MÉNDEZ criticaba aquí, de manera contundente, a las Leyes de las Indias, que eran la recopilación de leyes que regía en las ex colonias Españolas. En su ensayo, también resaltó, la necesidad de un sistema de leyes, ordenado claro y razonable, que fuera coherente con las costumbres de los habitantes de la región.

Así, las críticas se fueron orientando contra las recopilaciones y los elogios se dirigían hacia los Códigos. En este momento se consideraba, que en los Códigos se daba un tratamiento más adecuado, ordenado y homogéneo a los temas jurídicos. La idea de tener todo el derecho encerrado en un mismo texto, atraía mucho a los legisladores, puesto que generaba igualmente seguridad, y comodidad. La codificación, instauraba un orden y un sistema cierto, que superaba cualquier ideología. Los Códigos se asociaban con las ideas de cambio y alimentaban ese deseo de separación de la Corona española, que en sus recopilaciones manejaba un lenguaje ya en desuso y estaban redactadas en un estilo que generaba poca aceptación. Este sentimiento de crisis del derecho vigente, sumado a modelos europeos de codificación que generaban gran admiración, en especial el napoleónico, hizo pensar en las nuevas repúblicas, que la codificación era el mejor y único camino para organizar el sistema jurídico.

Las nuevas Repúblicas asumen que la creación de un Estado independiente, debe ir de la mano con la creación de códigos, y algunas lo consagran expresamente, en las Constituciones, como en la de Colombia de 1830, que en su artículo 36, al consagrar las funciones del congreso estipula en el numeral 22 “(...) formar los códigos nacionales de toda clase, dar las leyes y decretos necesarios para el arreglo de los diferentes ramos de la administración general, e interpretar, reformar, derogar, y abrogar las establecidas”.⁹⁷

⁹⁶ LÓPEZ MÉNDEZ, L., *Observaciones sobre las Leyes de Indias, y sobre la independencia de América*, en, *The North American Review* 22 (1823)

⁹⁷ Constitución Política de la República de Colombia de 1830, dada por el Congreso Constituyente. Disponible en :

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692>

No obstante, e independientemente de que se consagrara en las Constituciones, la necesidad de Codificación se empieza a gestar desde que las repúblicas latinoamericanas logran su independencia. Los legisladores empiezan a constituir comisiones de juristas con el fin de suministrar a su pueblo, cuerpos autónomos y modernos de legislación.

Por otro lado, sabemos que las naciones latinoamericanas, desde que logran su independencia, hasta que expide sus códigos nacionales, (empezando por el civil) tardaron un tiempo importante, a pesar de su intención de hacerlo rápido. Lo anterior se debe, entre otras razones, a la inestabilidad política de la época, a la escasez de talentos jurídicos y la dificultad de obtener los recursos necesarios para dicha labor. Pero principalmente, porque los primeros esfuerzos se centraron en el Derecho Constitucional y en la organización administrativa e institucional de los Estados, dejando en segundo plano el ámbito del derecho privado.

Era de esperarse que el Derecho Público en general proclamara la independencia, y que las relaciones jurídicas de los particulares continuarán rigiéndose por las mismas normas, escritas o consuetudinarias que habían venido imperando. En el ámbito civil, no era necesario un cambio tan instantáneo, como sí ocurre con el derecho público. En general, como afirma LEON H. “el derecho privado está muy ligado a las costumbres de las personas y es muy difícil cambiarlo radicalmente por una ley.”⁹⁸

De esta manera, la idea de Codificación, estaba ligada de la mano del Derecho civil. Existía un consenso general, acerca de la significación que tenía un Código civil, no sólo por la calidad e importancia de las normas que lo integran, sino por constituir el modelo y guía para los demás cuerpos normativos, en muchas cuestiones jurídicas. HERNÁNDEZ IGLESIAS, explicaba en 1863, que la cuestión de la codificación se debatía con referencia al derecho civil porque “las leyes civiles tienen un aspecto nacional y exclusivo, son como el idioma y la religión de un pueblo, viven con él, siguen sus vicisitudes, se incrusta en sus hábitos y costumbres, y le dan su peculiar fisonomía, reflejan al vivo las tradiciones y los sentimientos del país en que rigen,

⁹⁸ LEÓN H, A., *El Código Civil Chileno*, en, *Homenaje a Don Andrés Bello*. (Santiago 1982)

afectan a la familia con sus múltiples y variados objetos, y toman al hombre en el seno de su madre, y no lo abandonan hasta más allá del sepulcro”.⁹⁹

Es así, como los juristas y políticos Latinoamericanos, no fueron ajenos a la tradición europea de fijar el Derecho en cuerpos legislativos y recopilaciones. El fenómeno de codificación en Latinoamérica se inserta en la corriente general de la codificación europea y forma una unidad con ella. Ver la Ley como una ciencia, también tuvo influencia en el contenido y en la estructura de la codificación en Latinoamérica.

La Pandectística tuvo a su vez presencia e influencia en la cultura jurídica latinoamericana. Los códigos no sólo establecieron reglas para la regulación de las conductas y la resolución de disputas, sino también sirvieron como un método para transmitir conocimiento legal. De esta forma, los códigos reestructuraron racionalmente las sociedades nacientes, por intermedio de un arduo trabajo jurídico.

Además de las codificaciones europeas, y de la Pandectística, otras fuentes sirvieron de instrumento en la codificación latinoamericana. Particularmente, el trabajo de Jeremy BENTHAM¹⁰⁰. BENTHAM hace parte de los tratadistas e intelectuales extranjeros que se habían manifestado afines con la idea de codificación. Estas ideas tuvieron eco en Latinoamérica, ya por publicaciones de prensa o libros que llegaban a las manos de los líderes de la región.¹⁰¹ BENTHAM reinó en el mundo hispánico de aquel tiempo como “una especie de semidiós”¹⁰². Sus obras fueron traducidas al español y circularon por Latinoamérica, en especial a partir de 1820. BENTHAM fue ampliamente difundido y representó un testimonio de alta autoridad. Sus ideas eran enseñadas en las Universidades, y los diferentes escritores lo citaban constantemente. BENTHAM, no sólo por sus escritos, sino también por contacto directo con los líderes,

⁹⁹ HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario* (Madrid 1863) 42

¹⁰⁰ SCHOLFIELD, P., HARRIS, H., *Jeremy Bentham, “Legislator of the World”*: *Writings on Codification, Law and Education* (New York 1998) 370

¹⁰¹ WILLIFORD, M., *Jeremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World* (Louisiana 1980)

¹⁰² ANZOÁTEGUI, T., *La codificación en la Argentina (1810-1870)* (Buenos Aires 1977) 96

incitó la codificación de las leyes en las nuevas repúblicas.¹⁰³ Así las cosas, por ejemplo, Andrés Bello, redactor del Código Civil Chileno, que incluso trabajó para Bentham en Inglaterra, recibe la influencia de su obra. En la Argentina, las ideas de Bentham sobre codificación, expuestas en su obra *Tratados de legislación civil y penal*, se difundió ampliamente. No obstante, hay que apuntar que la influencia de Bentham quedó limitada a la propagación de la idea codificadora, “pero nada influyó en el contenido técnico y dogmático de los códigos que aparecieron en Latinoamérica”.¹⁰⁴

Teniendo como base lo dicho anteriormente, cuando comienza la labor de verdadera codificación, no se piensa, en la reproducción del Derecho de la madre patria. Con todo, en algunas instituciones de Derecho de familia, de Derecho sucesorio e incluso de Derecho de bienes se conservan las orientaciones ibéricas. Para otras figuras, en particular para el derecho de obligaciones y de los contratos, la influencia del *Code Napoleón* es indudable.

B. Influencia del Código de Napoleón

En 1804 se promulgó el *Code Napoleón* que constituyó el modelo de la codificación del derecho a lo largo de los siglos XIX y XX.¹⁰⁵ El derecho fue a partir de este momento, del Estado y monopolio, según MONTESQUIEU, del poder legislativo, único detentador de la facultad de producir normas jurídicas.¹⁰⁶ El *Code Civil*, determinó definitivamente la unidad del sujeto de derecho, representado por el ciudadano francés, y no ya –de caso en caso- por el noble, o el eclesiástico, o el burgués, a cada uno de los cuales hacían referencia disciplinas civilistas diferentes. Bajo este punto de vista, el Código también es el fruto de la Revolución de 1789, en principio igualitaria y, en concreto, liberal, propietaria y burguesa.¹⁰⁷ El *Code Civil*, recoge las instituciones civilistas de la tradición romanista, ya vistas: *personae, res, actiones*.

¹⁰³ SCHOLFIELD, P., *Jeremy Bentham, Colonies, Commerce and Constitutional Law: Rid Yourselves of Ultramarina an other Writings on Spain and Spanish America*. (New York 1995)

¹⁰⁴ GUZMÁN BRITO, HCCI., 96

¹⁰⁵ CARONI, P., *Saggi sulla storia della codificazione* (Milán 1998) 1-98

¹⁰⁶ GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Milán 1998)

¹⁰⁷ FERRANTE, R., *Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa con particular atención al caso italiano*, en, *Revista de Derecho Privado* 25 (2013) 29-53

Tanto por su calidad científica como por el origen de su sanción, el *Code Civil* de 1804 se convirtió en el modelo esperado. TAU ANZOÁTEGUI apunta, que así como durante varios siglos el *Corpus Iuris* había gozado de una autoridad sin disputa, “la transformación operada desde el siglo XVIII reemplazó el antiguo ídolo por otro: el Code Civil.”¹⁰⁸ MIROW por su parte, afirma que “El Código Civil francés y sus comentarios resultantes proporcionaron la principal fuente para la codificación del derecho civil en Latinoamérica en el siglo XIX.”¹⁰⁹ Desde entonces y a lo largo de todo el siglo XIX la influencia de los códigos franceses fue notable en la elaboración de la nueva legislación de los países de Europa y de América.

El Código de Napoleón se presentó como el modelo a seguir, por la gran aceptación que el mismo tuvo en Europa y en sus influyentes intelectuales. Los caudillos y libertadores americanos sentían de tiempo atrás una fascinación por la figura de Napoleón y consideraron a su Código como la figura jurídica más moderna a su alcance. Los líderes en Latinoamérica, conscientes de las actividades de Napoleón con relación a la construcción de un imperio, no podían evitar ver la importante relación entre la codificación y el control político.¹¹⁰

Así, la expedición del Código francés, se convierte en un factor importante que alimentó la idea de codificación en Latinoamérica. La rápida adopción por parte de Bolivia del Código Civil de Napoleón, (1830)¹¹¹, así como el Código Civil de Oaxaca y el de la República Dominicana, prácticamente traducidos en su totalidad, hace que algunos autores, como CLAVERO hablen de transplantes ladinos.¹¹² WATSON, por su parte, hablaba de transplantes legales.¹¹³ Al respecto HINESTROSA comenta, que dicho fenómeno era explicable: “como reacción natural movida por el ánimo de afirmar la soberanía reciente, análogamente a como lo habían venido haciendo los nuevos

¹⁰⁸ ANZOÁTEGUI, LCA., 27

¹⁰⁹ MIROW, M.C., *El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sársfield*, en, *Revista de Derecho Privado* 33 (2004) 3

¹¹⁰ VANDERLINDEN, J., *Le Concept de Code en Europe Occidentale du XIIIe au XIXe Siècle, Essai de Définition* (Bruxelles 1967) 223-225,243

¹¹¹ RAMOS NUÑEZ, C., *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima 1997) 148 ss

¹¹² CLAVERO, B., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino Por América*. (Madrid 2000) 14ss

¹¹³ WATSON, A., *Legal Transplants: An approach to Comparative Law* (Georgia 1993)

Estados nacionales europeos, acá, demás, como ruptura con el régimen español abominado, en especial luego de la guerra a muerte, y en lo que hace al seguimiento del modelo francés, por el deslumbramiento general que aquí y allá produjo dicha codificación¹¹⁴. MIROW por su parte, afirma que el proceso de codificación o el proceso asociado de trasplante legal proviene de la convergencia de un grupo particularizado de fenómenos individuales que sólo pueden ser entendidos en un contexto histórico y personal.¹¹⁵ Lo cierto es que a partir de la independencia, la mayoría de los países latinoamericanos veían la codificación del derecho privado como un elemento esencial en el establecimiento de las nuevas naciones. Nuevos códigos podrían concordar con un nuevo orden político y social, basado en principios igualitarios. MANILO BELLOMO describió este periodo como “la edad de las codificaciones”¹¹⁶

El *Code* era el modelo de acceso más fácil para los legisladores y caudillos Latinoamericanos. Los otros Códigos que existían en la época y que podrían servir de modelo eran el prusiano y el austriaco, por lo que la lengua y las tradiciones francesas, eran más afines en Latinoamérica. A la par, el prestigio del Código francés opacó de inmediato a los otros dos modelos de códigos (austriaco y prusiano). La urgencia despertada en la región por codificar, ayudó a que se inclinaran los legisladores y caudillos a seguir este modelo.

Por las razones expuestas anteriormente, el modelo de los códigos napoleónicos se presentaba como una oferta muy atractiva. Al respecto expresa GUZMÁN BRITO, que los legisladores y caudillos Latinoamericanos consideraron que con el Código de Napoleón “la empresa de la codificación ya había sido consumada, que no era necesario repetirla, que estaba a disposición.”¹¹⁷ Es así, como los legisladores latinoamericanos encuentran en Francia y en sus ideas la lente por el cual observar la realidad de las nuevas Repúblicas.

¹¹⁴ HINESTROSA, F., *El Código Civil de Bello en Colombia*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005) 6

¹¹⁵ MIROW, CNCBVS., 1-22

¹¹⁶ BELLOMO, M., *The Common Legal Past Of Europe 1000-1800*. Trad. COCHRANE, L. (Washington 1995) 1

¹¹⁷ GUZMÁN BRITO, HCCI., 79

CLAVERO en su obra *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código Ladino por América*, hace un análisis de la influencia del título preliminar del Código Napoleónico en América. Resalta la importancia del título preliminar, porque considera que desde ahí se está implantando una concepción, una forma de entender el Derecho y la práctica jurídica. Tomando como punto de partida, el título del epígrafe del *Code*: “De la publicación, de los efectos, y de la aplicación de las leyes en general” concluye que la Ley, es la fuente exclusiva del Derecho. Y es que no hay mención en dicho Código, de otra fuente de derecho, y se expresa literalmente que la libre voluntad de las partes no podrá derogar las leyes que afecten el orden público y las buenas costumbres. El autor concluye entonces que “El ordenamiento es ley y el ordenamiento, la ley, ha de ofrecer ante todo seguridad, una seguridad relativa: ser ley irretroactiva y ser ley publicada, hecha pública y de conocimiento presunto tras la publicación.”¹¹⁸ En América, se crea así, la convicción de que la Ley es un instrumento estable, definitivo, en cuanto no fuera imprescindible su modificación y los jueces deben ceñirse exclusivamente a ella, al dirimir una controversia.

Ahora bien, a pesar de que el Código Civil de Napoleón de 1804 fue el punto de partida para los códigos en Latinoamérica, el Código Civil Español y otros Códigos europeos, han servido igualmente como modelos. Por ejemplo, el Código de SIERRA, en México, hizo sustancial uso del Código Civil Español de 1852. Igualmente, el Código Civil Venezolano de 1867, sigue el modelo español. Este código fue reemplazado en 1873, teniendo como base el modelo italiano.

No obstante, cuando los códigos europeos que sirvieron de modelo eran reformados, muchos países en Latinoamérica se veían forzados a su turno a reformar sus códigos existentes que habían sido creados teniendo como modelo a éstos¹¹⁹, lo que a nuestro parecer, constituye un gran alejamiento entre la realidad social y la realidad jurídica, incoherente con las costumbres y necesidades Latinoamericanas, pues éstas eran muy diferentes a las de los pueblos europeos.

¹¹⁸ CLAVERO, B. *Ama Llunku, Abya Yala : Constituyencia Indígena y Código Ladino Por América*. (Madrid 2000) 141

¹¹⁹ MIROW, M.C., *Latin American Law, A History of private law and institutions in Spanish America* (Austin 2004) 133 ss

C. Los primeros Códigos expedidos

La codificación en Latinoamérica trató los clásicos temas: civil, comercial, criminal, procedimiento civil y procedimiento penal, siguiendo así las áreas de los códigos napoleónicos. La típica división de los libros de los Códigos Civiles en Latinoamérica se basa igualmente en el Código Civil de Napoleón de 1804: de las personas; de la propiedad y de los modos de adquirir la propiedad. En donde se incluyen temas tales como matrimonio, divorcio, adopción, guardas, el derecho de las cosas, la propiedad, usufructo, servidumbres, sucesiones, contratos, obligaciones, y algunos tipos de sociedades.

El primer Código que se promulga en Latinoamérica, es el de Oaxaca, Estado federal de México en 1829. Consiste en una versión directa del Código napoleónico, con sus disposiciones principales. El contenido del título preliminar y de sus tres libros a saber: De las personas; De los bienes y propiedad y adquisición de la propiedad, es prácticamente el mismo del francés, por lo que se deja a un lado las costumbres indígenas, que en este espacio geográfico eran abundantes, teniendo como consecuencia una dificultad muy grande en la aplicación de la ley.

En este mismo camino, continúan expidiéndose Códigos Civiles, como en Bolivia en 1831, en Costa Rica, en 1841, y en República Dominicana en 1845. De esta primera ola de Códigos, el boliviano es el que más dura, hasta 1976. Se considera por los historiadores como una traducción y adaptación del Código napoleónico, aplicado ahora, en un contexto bastante particular, pues al igual que en Oaxaca, la mayoría de la población en Bolivia era indígena. Las acciones cotidianas de los bolivianos estarían a partir de ese momento, vigiladas en su totalidad por un Código Civil, con normas de origen europeo, que era visto por sus defensores como la forma de facilitar el desarrollo y dar libre curso a la prosperidad. Así, se rechazan las culturas nativas, y por el contrario se genera una gran exaltación y simpatía por la cultura jurídica importada desde Europa, produciéndose un contraste grave entre la realidad y la legislación.

El Código Civil peruano de 1852, presenta igualmente a la Ley como la única fuente de derecho y peor aún, no alude en ningún artículo a los indígenas ni a la costumbre, en un país con una gran cantidad demográfica aborigen. Algo que por

supuesto nos parece incoherente. RAMOS NÚÑEZ se refiere a ésta situación, como una “esquizofrénica jurídica”.¹²⁰ No obstante, y a pesar de que esta codificación se ve altamente influenciada por el código francés, no consistió en una adopción idéntica del mismo, sino más bien en una redacción relativamente original. En palabras de Guzmán Brito para referirse a este código, “El código francés únicamente funcionó como trasfondo”.¹²¹

Así, con el Código Civil peruano (PCC) de 1852, se adopta una nueva postura en la codificación, basada en los derechos patrios y por esta razón, el PCC llega a servir como modelo para otros códigos y proyectos de la región, como lo fue para el Código del Estado granadino de Magdalena (hoy parte de Colombia). A partir de este momento, el proceso codificador toma otro camino, influenciando la creación de códigos no tan dependientes del modelo francés.

D. Códigos Civiles tipo Latinoamericanos

Los primeros códigos latinoamericanos al estar directamente ligados al Código de Napoleón, lo están de manera indirecta, con el Derecho Romano. Por lo tanto, en cuanto a textos legales, pertenecen al mismo tipo de estabilización de la tradición romanística.

Sin embargo, en el proceso histórico de la Codificación en Latinoamérica, hay también un nexo entre los códigos Latinoamericanos y la tradición romanística que se produce de manera más estrecha y directa. Así sucedió, con los códigos civiles dotados de mayor novedad y originalidad, es decir, con el Código Civil de la República de Chile de 1857, la *Consolidação das Leis Cíveis* del Brasil de 1858, el Código Civil de la República Argentina de 1871, y las codificaciones directamente ligadas a ellos.

Este grupo de codificaciones no se remite exclusivamente al Código francés, a sus presupuestos, objetivos generales y a su forma de reinterpretación del derecho romano, sino que es influido directamente por diversas fuentes jurídicas históricas, y

¹²⁰ RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX* (Lima 2005) 35

¹²¹ GUZMÁN BRITO, HCCI., 81

son los que, a partir de su expedición, han servido como modelo para los demás códigos latinoamericanos.

Con referencia a estos códigos tipo latinoamericanos, es útil llamar la atención sobre algunos perfiles que los caracterizan. En cuanto a la fuente que los produce, lo más importante que se debe resaltar, es que son obras confiadas a juristas con formación romanística, que encontraron como un factor positivo, los vínculos entre el derecho romano y el *Code Civil*.¹²² Por otro lado, los códigos a los cuales nos estamos refiriendo, fueron obras esencialmente individuales. Es el caso de Andrés Bello para el Código de Chile, de Dalmacio Vélez Sarsfield para el código argentino y de Augusto Teixeira de Freitas para la *Consolidação* y para el *Esboço de Código de Brasil*, realizado posteriormente por Clovis Bevilacqua.¹²³ La elección y selección de las fuentes y de las reglas sustantivas son profundamente influenciadas por las experiencias personales del codificador. Así, cuando estudiemos en el presente trabajo, la naturaleza de la codificación en Argentina y Chile (que son los dos códigos civiles más importantes en Latinoamérica, según MIRROW) haremos una referencia breve de las experiencias personales, educativas, políticas y sociales de sus respectivos autores. Por ahora, podemos decir, que tanto BELLO como VÉLEZ, tienen varias cosas en común. Los dos estudiaron los fundamentos del derecho romano; ambos prestaron servicio público en sus gobiernos respectivos, en el poder legislativo; estuvieron involucrados en proyectos constitucionales; los dos publicaban sus trabajos e ideas a través de periódicos; Cada uno planteó la codificación con gran cuidado, escogiendo entre muchos modelos y métodos disponibles y considerando los beneficios de los distintos artículos que los códigos europeos y americanos podrían ofrecer.¹²⁴

El Código Civil Chileno (CHILCC) aparece promulgado en 1855 para entrar en vigor en 1857. Aunque el Código napoleónico sirve como modelo, no depende tanto del mismo, y podemos denominarlo como una codificación original ya que en cierta

¹²² JAKSIC, I., *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America*, en, *Cambridge Latin American Studies*, 87 (2001) 113-114, 170-174

¹²³ SCHIPANI, S., *Los Códigos Latinoamericanos de la "Transfusión" del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la "mezcla" y "códigos tipo"*, en, LEVAGGI, A. (coord.) *Fuentes Ideológicas y Normativas De La Codificación Latinoamericana*. (Buenos Aires 1992)

¹²⁴ MIROW, CNCBVS., 5

medida es considerado como una adaptación a las necesidades y particularidades Latinoamericanas. Sin embargo, con referencia al *Code Civil*, el Código de Bello hace conocer su deuda al Código Francés, y a sus fuentes.

En palabras de MIROW: *“Bello’s use of the French Civil Code can be best understood by placing his borrowing of French law into the legal and historical context of Chile.”*¹²⁵ En contraste, y como veremos más adelante, el Código de VÉLEZ, se distancia más del código francés, y en éste las influencias son indirectas, haciéndose paso a través de los trabajos de otros códigos, usualmente Latinoamericanos, en especial el de FREITAS.

El CHILCC Genera tal aprobación en Latinoamérica, hasta el punto de servir como influencia y convertirse después de su expedición en el modelo más recurrido, para utilizar por parte de otros Estados.

E. Código Civil chileno

Tal vez el código civil más influyente en Latinoamérica fue el Código Civil chileno de Andrés Bello de 1855, ya que como se comentó, después de su preparación y adopción en Chile, este Código ha servido como modelo e importante fuente de derecho civil en prácticamente toda la región. Ecuador lo adoptó en 1858; sucesivamente los estados de la Confederación Granadina hicieron lo mismo entre 1859 y 1866 y la República de Colombia en 1887; el Salvador en 1859; Venezuela en 1862; Nicaragua en 1867 y Honduras en 1880 y de nuevo, después de un intervalo, en 1906. Además influyó poderosamente en el código de Uruguay de 1868. Sirvió igualmente de gran influencia en los códigos de México, Guatemala, Costa Rica, Paraguay, el de Teixeira De Freitas en Brasil y en el de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina. A continuación nos referiremos brevemente a su redactor, a Don Andrés Bello.

¹²⁵ MIROW, M.C., *Borrowing private law in latin america: Andrés Bello’s use of the Code Napoleón in Drafting the Chilean Civil Code*, en, *Loisiana Law review* 61-2 (2001) 292

Andrés Bello, es considerado como uno de los juristas más importante en la historia de Latinoamérica.¹²⁶ Sobre su aporte a la Lengua, comenta GARCÍA VALDECASAS: “A pocos seres humanos debe la unidad de la lengua tanto como a Andrés Bello. Su gramática no sólo renovó los estudios de nuestra lengua sino también los estudios gramaticales mismos. Sin duda que Bello, gran poeta y gran escritor, sentía predilección por ese mundo del lenguaje, pero no cabe olvidar que su trabajo fue inspirado por el gran objetivo de fortalecer y enriquecer la unidad de nuestra lengua, esa unidad que él veía como un inmenso tesoro para la América española, en peligro de perderse por la proliferación de hablas locales.”¹²⁷

Andrés Bello, nació en Caracas en 1781, (la que en ese momento era la Capitanía General de Venezuela). Para 1797, era tutor de Simón BOLÍVAR¹²⁸. En 1800, a los 19 años de edad, recibió el título de Bachiller en Artes por la Universidad de Caracas.¹²⁹ Hizo sus estudios legales en Caracas, en la Universidad de Santa Rosa de Lima, bajo la vigilancia de su padre, Don Bartolomé Bello, quien era Licenciado en Derecho.¹³⁰

Bello asumió varios cargos administrativos para el Capitán General, sirvió como oficial primero del Ministerio de Relaciones Extranjeras, y acompañó a BOLIVAR a Inglaterra, en 1810¹³¹ en donde permaneció como diplomático, apoyando el movimiento independentista en América hasta 1829. Allí se casó y formó una familia.¹³² Dio clases privadas, hizo traducciones, investigaciones y sirvió en las legaciones de Colombia y Chile en Londres. También trabajó con James MILL en el estudio de Jeremy BENTHAM¹³³ y permaneció mucho tiempo en la biblioteca británica,

¹²⁶ CALDERA, R., *Andrés Bello* (Caracas 1978) 193

¹²⁷ GARCÍA VALDECASAS, A., *Andrés Bello y el Derecho*, en, *Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario* (Caracas 1982) 194

¹²⁸ MIROW, CNCBVS., 5

¹²⁹ GARCÍA OLANO, H., *Andrés Bello, el jurista de las Américas*, en, *Dikaion* (2007-16) 68 ss

¹³⁰ CALZAVARA, A., *El padre de Don Andrés Bello*, en, *Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario* (Caracas 1982)

¹³¹ MIROW, CNCBVS., 6

¹³² JAKSIC, ANDRÉS BELLO.

¹³³ JAKSIC, I., *The Selected Writings of Andrés Bello*. Trad. LOPEZ MORILLAS, F. (New York 1997) 30-93

estudiando derecho romano y derecho medieval español.¹³⁴ Sabido es que los libertadores de América profesaron un respeto portentoso por Jeremías Bentham. Y es que la difusión del pensamiento inglés fue enorme en la primera mitad del siglo XIX en Latinoamérica. La influencia que tuvo no responde exclusivamente en la formación británica de Bello, pues era natural en el ambiente general.¹³⁵

GARCÍA VALDECASAS comenta sobre la estancia de Bello en Inglaterra, que fue allí donde “trabaja, aprende, produce; allí, sin duda, se forja su ecuanimidad, su realismo, su sentido de responsabilidad, su visión de la historia; allí se adentra en el conocimiento de la cultura europea y de las lenguas clásicas, allí proyecta cifrar en dos tareas esenciales su servicio a la nueva edad en que entran los pueblos de Hispano-América”¹³⁶

En Inglaterra, BELLO se hizo amigo de Mariano EGAÑA, quien más adelante le ayudaría a mudarse a Chile, y juntos trabajaron en la reforma legal de Chile.¹³⁷

Bello en 1829 viaja a Chile¹³⁸, en donde enseña derecho Romano, y es consultado por el Gobierno para asesorar varias tareas y proyectos importantes, tales como la redacción de la Constitución de 1833. En esta etapa de su vida, Bello se radica en Chile, en donde desarrollará su admirable labor en el aspecto jurídico. En sus primeros en Santiago, Bello se encargó del trabajo editorial de un periódico, el Araucano, el cual utilizó más adelante para promover sus ideas sobre la codificación.¹³⁹ Fue nombrado oficial mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile en 30 de junio de 1834, y publicó un artículo con los principios de derecho internacional¹⁴⁰. Una vez le han otorgado la nacionalidad chilena, Bello ejerce como Senador de la República, entre los años 1837 y 1864. Fue entonces desde el Senado en donde Bello participa en la creación del Código Civil de 1855, como redactor del

¹³⁴ MIROW, *Latin American Law.*, 133 ss

¹³⁵ LIRA URQUIETA, P., *El Código Civil Chileno y su época* (Santiago 1956)

¹³⁶ GARCÍA VALDECASAS, ABD., 194

¹³⁷ JAKSIC, ANDRÉS BELLO., 84, 91

¹³⁸ MIROW, CNCBVS., 6

¹³⁹ JAKSIC, ANDRÉS BELLO., 108

¹⁴⁰ JAKSIC, I., *The Selected Writings of Andrés Bello.* Trad. LOPEZ MORILLAS, F. (New York 1997) 30-93

proyecto, haciendo parte de una comisión pero la gran mayoría del texto lo redacta de forma individual.¹⁴¹

Recordemos que los nuevos pueblos soberanos de América, debían pasar por el proceso de creación de sus instituciones, preocupadas, al propio tiempo y por encima de todo, de consolidar su libertad y preservarla de todo riesgo. Las nuevas naciones latinoamericanas, después de conseguir su independencia, necesitaban voces orientadoras que las guiaran. Tal y como se comentó, en un principio, se rechaza todos los valores del pasado del que acababan de emanciparse. Todo está por crear. Todo estaba por reformar.

Estas naciones, tenían una tradición jurídica ciertamente muy amplia y valiosa. Con la legislación española de la época virreinal, había llegado a Latinoamérica, la tradición de Las Siete Partidas de Alfonso X y del Derecho Romano y Canónico; y las Universidades creadas por los españoles en América, habían cultivado esa misma tradición del Derecho Común, Natural y de Gentes. “Este caudal acumulado en el transcurso de siglos con sucesivas aportaciones de Ordenanzas, Reglamentos, Leyes y Recopilaciones constituía como una plantación riquísima y fértil que había que ordenar, podar y guiar para que respondiera adecuadamente a las necesidades de existencia y organización de las nuevas naciones americanas al asumir éstas su propio destino. Andrés Bello, fue el gran realizador de ese magno empeño (...). A Andrés Bello le guió la clara conciencia de que el derecho es el orden de la convivencia social, que las leyes son la expresión textual de ese orden y que su acumulación, pervivencia y concurrencia exigen periódicamente una sistemática labor de simplificación, renovación y unificación.”¹⁴²

A pesar de que el Código de Andrés Bello, fue influenciado por el Código Civil de Napoleón, así como por las Siete Partidas y el derecho romano, la codificación en Chile no pensaba en copiar o adoptar servilmente los códigos extranjeros, sino en alcanzar una transformación ajustada a la realidad social. Bello intentó rechazar cualquier crítica posible que pretendiera decir que cuando él escribió el código solo utilizó leyes extranjeras sin considerar los atributos particulares de Chile. En su

¹⁴¹ GUZMAN BRITO, A, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile II* (Santiago 1982)

¹⁴² GARCÍA VALDECASAS, ABD., 194

exposición de motivos leída por el presidente MONTT, Bello escribió: “Desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero, en lo que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones.”¹⁴³

Bello, es el primero en llevar a cabo una obra codificadora original, actualizando la tradición romano-ibérica, desde el Pandectismo contemporáneo, a la Escuela histórica y desde cierto pragmatismo y utilitarismo, en el que aparece la huella de los clásicos ingleses y del liberalismo británico.

Bello entendía la codificación como una necesidad de los pueblos que periódicamente ha de producirse en su vida para refundir los elementos diversos incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social.¹⁴⁴ Es por esto que Andrés Bello, es consciente que el derecho exige una constante labor de simplificación, renovación y unificación, conforme a la evolución de las sociedades.

Veinticinco años trabajó Andrés Bello en la elaboración del Código Civil Chileno. Lo que deja claro su trabajo constante y su disciplina jurídica, frente a aquellos que querían implantar o mejor dicho, traducir directamente el código de Napoleón, en Chile. Para la elaboración de su Código Civil, Bello utilizó un repertorio bastante amplio de fuentes, recogido por CALDERA. En sus Principios de Derecho internacional, nos dice a este respecto:

“No dejó el codificador a los historiadores el trabajo de investigar las fuentes que lo guiaron y sus concordancias con la doctrina acumulada hasta su época: las notas de los proyectos las declaran respecto a cada disposición determinada. Ellas son, principalmente, el Derecho Romano y la legislación española, el código Civil Austriaco, el Francés, el de Luisiana, el de las Dos Sicilias, el Prusiano, el Holandés, el Bávaro, el Peruano, los mercantiles de Francia y España, en cuestiones íntimamente conexas a

¹⁴³ BELLO, A., *Obras Completas de Andrés Bello* 12 (Caracas 1954) 4

¹⁴⁴ GUZMAN BRITO, A., *Las operaciones practicadas por Bello sobre el derecho vigente para su codificación*, en, *Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario* (Caracas 1982)

la comercial, el proyecto de Código Civil Español de Goyena; y las obras de numerosos autores jurídicos entre los cuales barajo los nombres de Antonio Gómez, Gregorio López, Gutiérrez, Acevedo, Febrero y Tapia, Molina, Baeza, Escriche, Sala, Castillo, Llamas, Donoso, Tauri, Savigny, Bentham, Vinnius, Heineccio, Cujas, Merlin, Pothier, Delvincourt, Potalis, Rogron, Cabot, Kant, Dodson, Vicent, cranch, Luis Blanc, Matienzo, Favard de Langlade, Troplong, Toullier, Delangle, Duvergier, Duranton, etc., etc. Bibliografía de veras abundante, asimilada y ordenada por el sabio en largos años de reposado estudio”.¹⁴⁵

Bello refiriéndose a sus Principios de Derecho de Gentes, en el prólogo con que publicó esta obra en 1832 dijo sobre su trabajo: “Mi ambición quedaría satisfecha, si a pesar de sus muchos defectos, que estoy muy lejos de disimularme, fuese de alguna utilidad a la juventud de los nuevos Estados americanos en el cultivo de una ciencia, que si antes pudo desatenderse impunemente, es ahora de la más alta importancia para la defensa y la vindicación de nuestros derechos nacionales”.¹⁴⁶

1. Las fuentes romanas del Código Civil Chileno

Sería difícil entender el código civil chileno, sin una referencia a la importancia que daba al derecho romano. Las *Siete Partidas* mismas representaban un ejemplo de la reintroducción del derecho romano en España en el siglo XIII. En las palabras de Bello de 1839, las *Siete Partidas* “encierra lo mejor de la jurisprudencia romana”¹⁴⁷. El código francés mismo estaba inspirado en gran parte en el derecho romano. Como señaló Alejandro Guzmán Brito, el derecho romano “apareció por todos los flancos y el resultado tuvo que ser un código total y absolutamente romanista”¹⁴⁸.

Desde la perspectiva de Bello, era muy importante volver a la pureza del derecho civil romano. Además, el derecho romano era reconocido por su racionalismo, sus

¹⁴⁵ CALDERA, R., *Andrés Bello, Principios de derecho internacional. Estudio Preliminar* (Buenos Aires 1946) 33

¹⁴⁶ BELLO, A., *Principios de Derecho de Gentes* (Santiago 1832) 4

¹⁴⁷ VELLEMAN, BARRY L., *Andrés Bello y sus libros*, (Caracas 1995) 209

¹⁴⁸ GUZMÁN BRITO, ABC I., 421

claros procedimientos, y por su apoyo a la libre circulación de los bienes. Era también altamente estimado por la manera práctica con la que resolvía asuntos de sucesión y de contratos¹⁴⁹.

Quizás la fuente más recurrida por Bello era el *Corpus iuris civilis*, la compilación y reorganización de un milenio de leyes romanas realizada por mandato del emperador Justiniano (527-565), y que incluía las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas.

En Hispanoamérica, donde las guerras de Independencia y la inestabilidad política amenazaban la seguridad y la propiedad, el derecho romano servía como una garantía de su respeto. Como señaló ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, el éxito del Código Civil, redactado por Bello, “está íntimamente ligado a su formación romanista y muy particularmente a su adhesión a la Escuela Histórica”¹⁵⁰.

Esta combinación permitió a Bello depurar las leyes existentes en Chile, manteniendo los principios jurídicos romanos, y de esta manera logró que la obra de codificación resultase familiar, y por lo tanto aceptable, para la gran mayoría de los juristas¹⁵¹. Era políticamente conveniente proceder de esta forma, pero Bello consideraba además que la jurisprudencia romana estaba mejor dotada para la enseñanza del derecho y la formación de los abogados, era ideal para la codificación, y se acercaba mucho a sus propios intereses intelectuales. Este énfasis tendría gran influencia en la tradición jurídica chilena, dado que los autores posteriores debieron recurrir al derecho romano para explicar el Código Civil. La riqueza de la investigación sobre el tema durante el siglo XIX está ejemplificada por las obras de Jacinto Chacón, *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno* (1868), Paulino Alfonso, *Explicaciones de código civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (1882), y Robustiano Vera, *Código civil de la República de Chile*

¹⁴⁹ GUZMÁN BRITO, ABC I., 69

¹⁵⁰ DE ÁVILA MARTEL, A., *Bello y el derecho romano*, en, *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973) 96

¹⁵¹ SCHIPANI, S., *Andrés Bello Romanista-Institucionalista*, en, *Bello y el derecho latinoamericano*, (Caracas 1987) 205 ss

comentado y explicado (1892- 1897). El propio tratado de derecho romano de Bello permaneció como texto oficial de enseñanza del ramo hasta 1902¹⁵²

2. Proceso de Adopción

Una primera etapa de preparación del Código se caracterizó por tres actitudes bien definidas: la crítica acerca de la legislación heredada de la monarquía; la manifestación del ideal de sustituir dicha legislación por códigos nacionales; y el debate en torno a la forma de componer dichos códigos, su contenido y la relación de este último con la antigua legislación castellano-indiana heredada por Chile de la Corona de España. Pero paulatinamente, bajo el influjo de las nuevas corrientes ideológicas, el pensamiento jurídico chileno fue alcanzando una madurez tal que finalmente se arribó a una codificación caracterizada por su modernidad y realismo, sin descuido de la tradición.

El tema de la codificación en Chile tuvo temprana exteriorización, y arrancó en la década del 20 con la idea racionalista de importar los códigos napoleónicos, que expresó el propio Director Supremo Bernardo O'Higgins en un discurso del 23 de julio de 1822 en el congreso chileno:

“Sabéis cuán necesaria es la reformación de las leyes. ¡Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos, y que ponen en claro la barbarie de los anteriores! Bórrense para siempre instituciones montadas bajo el plan colonial; destiérrese la ignorancia, procédase con actividad, y se allanarán todos los obstáculos”¹⁵³

Después del discurso de O'Higgins acerca de las ventajas del código francés, los legisladores chilenos se plantearon con frecuencia la pregunta de cómo reformar las leyes de modo de reflejar las realidades de la Independencia.¹⁵⁴

¹⁵² GUZMÁN BRITO, A., “*El código civil de Chile y sus primeros intérpretes*”, en, *Revista Chilena de Derecho* 19, 1 (1992) 81-88

¹⁵³ Convención Preparatoria, “Sesión de instalación en 23 de julio de 1822. Presidencia de don Francisco Ruiz Tagle”, en, GUZMÁN BRITO, ABC II., 14

¹⁵⁴ JAKSIC I., *Andrés Bello: La pasión por el orden* (Santiago 2001) 189 ss

Los debates legislativos de la década del 30, en torno a la codificación, fueron ya indicativos de una nueva dirección que tomaba el pensamiento chileno. Los puntos de vista variaban, desde los que abogaban por una reforma amplia, acompañada a las modernas pautas de los códigos europeos, hasta los que preferían que la innovación no se apartara del ordenamiento tradicional. Pero el consenso de los legisladores gravitó en la decisión de sustituir los cuerpos españoles por códigos en principio elaborados en los mismos países con base en sus derechos patrios, por lo que la antigua práctica de mandar a traducir los códigos napoleónicos y promulgarlos ya no tenía acogida ni fue reiterada.

Existieron al menos nueve proyectos serios, aunque no exitosos para codificar el derecho civil en Chile, desde 1820, hasta 1840. La propuesta de Juan EGAÑA a principios de 1830, llegó bastante lejos, hasta que el Senado decide no aprobarla. Algunos pedían un código completamente nuevo, basado en los modelos europeos, otros, pretendían una especie de edición chilena de las Siete Partidas. La composición de la comisión para redactar el código, era por supuesto, un punto de desacuerdo político.¹⁵⁵

En junio de 1831, la Cámara de Diputados señaló al gobierno que la administración del Estado sería deficiente sin una reforma de las leyes, y citó la estadística de “treinta y seis mil leyes compiladas y millones de dispersas” que seguían vigentes “sin principios, sin unidad ni relación a las luces, a las costumbres y naturaleza de nuestro Gobierno”¹⁵⁶. Bajo la influencia de Juan EGAÑA, el Ejecutivo reaccionó con un memorándum al Senado, de fecha 8 de julio de 1831, en que declaraba con impaciencia:

“Probablemente no se hará verosímil en la posteridad, que habiendo pasado de un régimen monárquico, despótico y semifeudal a constituirnos en Repúblicas representativas con división de poderes y casi democráticas, hayamos conservado por 21 años no solamente las leyes que rigen en Castilla sino también las coloniales, dirigiendo nuestras administraciones políticas, fiscales y civiles por unos códigos que reconcentran en el monarca toda la omnipotencia

¹⁵⁵ MIROW, BORROWING PRIVATE LAW

¹⁵⁶ Cámara de Diputados, “Sesión 5ª., en 9 de junio de 1831. Presidencia de don Joaquín Tocornal”, en, GUZMÁN BRITO, ABC., 53

humana, y que su gobierno y principales magistraturas existían a tres mil leguas de nuestro suelo.”¹⁵⁷

Este memorándum, firmado por el vicepresidente Fernando Errázuriz, llamaba a una reorganización completa del sistema legal, y pedía al Congreso la autorización para nombrar a una persona que se encargara de la preparación de este proyecto.

Gabriel José de Tocornal, presidente en 1831 de la Cámara de Diputados comentó:

“Parece lo más acertado formar un código de todos los que tenemos, llevando siempre a la vista las leyes y decretos que se han publicado desde nuestra emancipación política. No aprobaré el que se trate de aclimatar en nuestra República los códigos de otras Naciones con quienes no hemos tenido aquellas relaciones anticipadas que uniforman religión, usos, costumbres y lenguajes. Mejor será reformar el Código de Partidas, quitando preámbulos, sentencia de la Escritura y de los P. P, las etimologías, los símiles y los errores de física e historia nacional imprescindibles en su siglo. Si se quiere podrán ponerse en el idioma usual, bien que el antiguo en que están redactadas es venerable por su origen, por su pureza y gravedad”.¹⁵⁸

El modelo que influyó a Bello constituye en cierta medida un resumen y combinación de las principales posturas que hasta entonces se habían manifestado. El planteamiento de la cuestión se hizo entre 1822 y 1833 y que entre este último año y 1840 discurre la época de la pre-codificación. El paso de uno a otro periodo está señalado por dos hechos, ambos acaecidos en 1833: el proyecto de codificación propuesto por Manuel C. Vial y la iniciación de las tareas codificadoras privadas de Andrés Bello.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Este “Oficio del Presidente de la República al Presidente del Senado” está incluido en Cámara de Senadores, “Sesión 19, en 11 de julio de 1831. Presidencia de Don José Ignacio Cienfuegos”, en, GUZMÁN BRITO, ABC., 54-55

¹⁵⁸ ANZOÁTEGUI, LCA., 289

¹⁵⁹ MIROW, CNCBVS., 6

El proyecto propuesto a la Cámara de Diputados por Manuel C. Vial el 14 de junio de 1833, se trataba de un proyecto de codificación muy moderado consistente en compilar las leyes existentes en los Códigos que regían, a través de un lenguaje sencillo y conciso.

Vial sugería, en primer lugar, la compilación del derecho patrio y castellano vigentes, vertiendo tan sólo la parte dispositiva de las leyes en un lenguaje sencillo, añadiendo para suplir lo que en aquéllas faltaba, las reglas suministradas por los glosadores y tratadistas más acreditados, y citando al fin de cada artículo la fuente de donde había sido éste tomado. Apunta GUZMÁN BRITO, que con tales ideas, el proyecto de VIAL se sumaba así, a la tendencia “reformadora de los códigos y leyes vigentes, pero también plantea que al término de tal labor, la cual conducía a la elaboración de un código, una nueva comisión debía proponer todas las reformas de fondo que los tiempos hiciesen necesarias.”¹⁶⁰

Fue con motivo de este proyecto que Bello pudo revelar por vez primera su pensamiento en torno a la fijación del derecho. En el artículo con nombre Codificación del derecho civil, Bello defendía el Proyecto VIAL de la siguiente manera: “Pocos necesitarán que se le demuestre la necesidad de codificar nuestras leyes. Este es un asunto que no admite duda alguna, por poco que se medite sobre la naturaleza y objeto de las leyes, y por poca versación que se tenga en las nuestras, y en el modo ordinario de aplicarlas. Si prescindimos de un corto número de individuos que tienen un interés personal en que se perpetúen la oscuridad de las leyes y la irregularidad de los juicios, no puede haber variedad de opiniones, sino en cuanto a la manera de curar un mal tan arraigado y funesto” Para Bello era muy importante adoptar una codificación práctica, por lo decía en el citado artículo: “Lo menos malo que podría sucedernos sería que abandonásemos la empresa como inasequible o aventurada, y que nos resignásemos a vivir para siempre en el caos de la legislación existente, antes que exponer la suerte de la sociedad a los efectos dudosos de una legislación ideal, quizá no menos viciosa que la antigua”¹⁶¹

¹⁶⁰ GUZMÁN BRITO, HCCI., 199

¹⁶¹ BELLO, A., *Codificación del Derecho Civil*, en, *Obras Completas* (Santiago 1932)

Para Bello era muy importante que se organizaran las leyes, sin frases redundantes y en un lenguaje fácil. De esta manera las leyes civiles quedarían reducidas a un cuerpo bien ordenado. Así el nuevo código podrá ser consultado por cualquier ciudadano y servir de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses. Bello afirmaba que una vez terminada esta primera fase “la reforma de nuestras leyes civiles será infinitamente más fácil y obvia, teniéndolas todas a la vista en una colección ordenada y metódica.” Se podría apreciar entonces “sin necesidad de prolijas investigaciones, que partes son susceptibles de simplificarse, que vacíos están todavía por llenar, y que innovaciones exige nuestra transformación política, o recomiendan la humanidad y la filosofía”.¹⁶²

En efecto, la necesidad de tomar como base el derecho vigente y de depurar las antiguas leyes, había sido anunciada por Bello en el discurso presidencial de apertura del Congreso de 1 de junio de 1833, redactado por él.¹⁶³ Igualmente, en un artículo publicado en el periódico EL ARAUCANO No. 146, de 28 de junio de 1833, Bello defendía aquél proyecto y explicaba sus alcances.¹⁶⁴

Como podemos observar, para Bello, el plan de codificación debía separarse cuidadosamente del plan de reforma. El desdoblamiento del proceso en dos fases sucesivas (la de codificar las leyes vigentes y la de reformarlas) representaba, una solución conciliatoria, cumpliendo una primera etapa en la que la oposición era casi nula, para luego abordar, con una sólida base, la parte más difícil de la reforma. La codificación para Bello, se debía basar en el derecho vigente, pero a través de operación técnica depuradora de sus imperfecciones externas. Ahora bien, la reforma era concebida como una operación que consistía en formar un nuevo sistema de leyes, corrigiendo todas aquellas partes del sistema actual que no estuviesen de acuerdo con los principios teóricos de Bello y en simplificar algunas partes de la legislación, llenar sus vacíos e introducir innovaciones exigidas por la realidad particular de las sociedades latinoamericanas.

¹⁶² BELLO, CDC., 139

¹⁶³ BRAVO LIRA, B., *Bello y la Judicatura, La codificación Procesal*, en, *Homenaje a Don Andrés Bello* (Santiago 1981) 442

¹⁶⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Código Civil Chileno. Estudio preliminar y notas* (Cizur Menor 2006) 20 ss

Finalmente, con la ley de 10 de septiembre de 1840, sancionada a iniciativa del mismo Bello, se dispuso llevar a cabo la tarea de codificar las leyes civiles. En este momento, se inició propiamente la etapa de la codificación.¹⁶⁵ Desde entonces, en forma lenta pero firme, se llevaron a cabo las tareas de elaboración del proyecto, que culminaron con la sanción del Código Civil de 1855.

El 10 de agosto de 1840, Andrés Bello propuso la formación de una comisión bicameral compuesta de dos senadores y tres diputados para reanudar las actividades de codificación.¹⁶⁶ El texto del Artículo 12 del proyecto de Bello declaraba que:

“El objeto de los trabajos de la comisión es la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo y lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado, y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del Derecho”¹⁶⁷.

Esto es, el Senado establecía que el punto de partida de la codificación era la legislación vigente, pero dejaba espacio para implantar las modificaciones que se considerasen pertinentes. Ambas cámaras aprobaron el proyecto de ley y fue luego firmado por el presidente Prieto el 10 de septiembre de 1840. La comisión bicameral estaría compuesta por los senadores Andrés Bello y Mariano Egaña, y por los diputados Manuel Montt, Ramón Luis Irarrázaval y Juan Manuel Cobo.¹⁶⁸

Bello era quien tenía la mayor autoridad dentro de la comisión. Ya había redactado partes importantes del código, especialmente las secciones sobre sucesión y contratos, de modo que el papel de la comisión fue más que nada trabajar sobre la base de un documento elaborado. Con dos libros del Código Civil terminados (junto a un “Título Preliminar”), Bello se concentró en los dos libros restantes del Código, a saber, sobre las personas, y sobre los bienes. La labor de redacción del Código Civil,

¹⁶⁵ GUZMÁN BRITO, A., *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República* en, *Historia* (Santiago 1965) 14. Disponible en: <http://revistahistoria.uc.cl/wp-content/uploads/2011/10/guzman-alejandro-14.pdf>

¹⁶⁶ Cámara de Senadores, “Sesión 23, en 10 de agosto de 1840. Presidencia de don Gabriel José Tocornal”, en GUZMÁN BRITO, ABC II., 160-161

¹⁶⁷ Cámara de Senadores, “Sesión 27, en 24 de agosto de 1840. Presidencia de Don Diego Antonio Barros”, en GUZMÁN BRITO, ABC II., 163

¹⁶⁸ MIROW, CNCBVS.

representa tal vez la actividad más importante de Bello, y sin duda la de mayor impacto jurídico, político y social.

Una vez presentada la primera versión completa del Código, el 26 de octubre de 1852, Manuel Montt, quien había sido miembro de la comisión original, y ahora Presidente de la República, nombró una nueva comisión revisora encargada de estudiar el Código y hacer sugerencias. Este nuevo panel estaba formado por el presidente y otro juez de la Corte Suprema, un juez de la Corte de Apelaciones de Santiago, y tres miembros de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.¹⁶⁹

La comisión inició su trabajo en junio de 1853 y terminó en octubre de 1855. Durante los veintisiete meses en que la comisión estuvo activa, se realizaron más de trescientas reuniones, con un promedio de tres por semana. Esta enorme inversión de tiempo y trabajo se debió en gran parte al presidente Manuel Montt, quien presidió, como Napoleón con el código civil francés, cada una de las sesiones.¹⁷⁰

El proyecto de código civil se presentó al Congreso el 22 de noviembre de 1855.¹⁷¹ Setenta copias fueron distribuidas a los miembros de las cámaras, acompañadas de un mensaje presidencial escrito por Bello mismo. Este mensaje es muy importante, ya que enseña los principios que guiaron la redacción del documento, sus fuentes y sus procedimientos.

Conviene aquí considerar sus puntos centrales:

“Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de las costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas

¹⁶⁹ GUZMÁN BRITO, ABC I., 369-370.

¹⁷⁰ EDWARDS, A., *El gobierno de Don Manuel Montt, 1851-1861* (Santiago, 1932) 139-140.

¹⁷¹ *Proyecto de Código Civil* (Santiago: Imprenta Nacional, Octubre de 1855) 669.

Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/33691986/Proyecto-de-Codigo-Civil-1855>.

instituciones, los descubrimientos científicos, y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social.”¹⁷²

Bello hace una interpretación de la evolución paralela de ley y sociedad, en la que los cambios en esta última deben ser reconocidos por la primera. Explica, que el código organiza y actualiza las leyes vigentes.

A continuación, el mensaje procedía a mencionar metódicamente qué innovaciones se habían adoptado y qué modelos se habían seguido en cada una de la partes del proyecto. La nueva ley escrita mantenía una buena parte de la legislación colonial española, pero adoptaba una serie de elementos de otros códigos. Por ejemplo, el libro sobre las personas incluía una combinación de derecho romano, derecho canónico, y partes del código civil francés para clasificar a los hijos como legítimos, naturales e ilegítimos. El derecho canónico prevalecía en el matrimonio, pero el Código Civil seguía al francés y al derecho romano en la protección de los hijos nacidos fuera de esta unión. La presencia de otros códigos modernos se encontraba en la sección sobre los bienes, aunque nuevamente de manera limitada y para casos específicos.¹⁷³

Concerniente a la propiedad, BELLO notó que las estipulaciones del registro de propiedad para la transferencia del título fue tomada de las provisiones de los estados alemanes que habían demostrado que trabajaban bien.¹⁷⁴ La única porción del código relacionado con la propiedad, que Bello directamente atribuye al Código Civil francés, se refiere a las servidumbres: “En la interesante materia de las servidumbres, se ha seguido, se puede decir, paso a paso, al código civil francés”¹⁷⁵

¹⁷² AB, OC, XIV, 3.

¹⁷³ JAKSIC I., *Andrés Bello: La pasión por el orden* (Santiago 2001) 193

¹⁷⁴ MIROW, CNCBVS., 8

¹⁷⁵ AB, OC, XII, 13

La parte dedicada a la sucesión seguía de cerca el derecho romano y las Siete Partidas, el gran código de la España medieval (siglo XIII), pero hacía menos drásticas las asignaciones forzosas, y proporcionaba una serie de fórmulas para la distribución de los bienes entre los deudos. Como ha señalado MIROW, esto no significa que no haya habido una fuerte influencia del código civil francés, particularmente en materias de sucesión.¹⁷⁶

En materia de contratos y obligaciones, el Código Civil seguía algunos aspectos, como la nulidad y rescisión de los contratos, del código francés. También seguía los códigos de Cerdeña, de las dos Sicilias, y nuevamente el francés, en cuanto a contratos y obligaciones que involucraban a menores de edad y a hijos naturales. Respecto de la manera de elegir códigos modelos en esta sección, el mensaje señalaba que, “por punto general, el código de las Partidas y el Código Civil francés, han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista. Donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía [a nuestras circunstancias]”¹⁷⁷.

Hacia el final del mensaje, los autores se refirieron cómo había de considerarse el proyecto:

“El proyecto, tal cual es, se presenta a vosotros examinado prolijamente, discutido, modificado por una comisión escogida, celosa del acierto, merecedora de vuestra confianza. La discusión de una obra de esta especie en las cámaras legislativas retardaría por siglos su promulgación, que es ya una necesidad imperiosa y no podría, después de todo, dar a ella la unidad, el concierto, la armonía, que son sus indispensables caracteres. Yo no presumo ofrecer bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido de las manos del hombre. Pero no temo aventurar mi juicio anunciando que por la adopción del presente proyecto se desvanecerá mucha parte de las dificultades que ahora embarazan la administración de justicia en materia civil; se cortarán en su raíz gran número de pleitos, y se granjeará tanta mayor confianza y

¹⁷⁶ MIROW, BORROWING PRIVATE LAW. 291-329

¹⁷⁷ ANDRÉS BELLO, *Obras completas*, Tomo XIV (Caracas 1981-1984) 19.

veneración la judicatura, cuanto más patente se halle la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales”.¹⁷⁸

En la sesión del 28 de noviembre de 1855, el presidente del senado, Diego José Benavente, enfrentó el difícil problema de la aprobación del proyecto planteándolo desde un principio: una discusión detallada del Código Civil tomaría años y además terminaría destruyendo la armonía de su estructura original. Pidió por lo tanto su aprobación en su integridad, citando como base de su apoyo el hecho de que:

“Es la obra de un sabio que hace honor a Chile [Bello]; en que está revisado por una comisión compuesta de los más aventajados jurisconsultos de nuestro suelo, y está presidida por el Presidente de la República”. El Senado estuvo de acuerdo, y votó unánimemente a favor del proyecto.¹⁷⁹

La Cámara de Diputados, se reunió el 1º de diciembre para aprobar el proyecto, pero con una serie de cambios en torno a la distribución de los ejemplares y la fecha en la que habría de aplicarse el Código. Estas tácticas parlamentarias habían tenido en el pasado el efecto de postergar indefinidamente las decisiones, pero en esta ocasión el Senado resistió las maniobras de la Cámara y rechazó, en su sesión del 3 de diciembre, las modificaciones propuestas, insistiendo que el proyecto debía ser aprobado en su totalidad.¹⁸⁰ En esta ocasión, la Cámara decidió no hacer más cuestionamientos, y aprobó el proyecto tres días más tarde.¹⁸¹

El presidente Montt promulgó la ley casi inmediatamente después. El Código civil de la República de Chile entró en vigencia el 1º de enero de 1857. Bello hizo algunos cambios finales durante la primera mitad de 1856, y entregó la primera edición oficial del Código en mayo de ese año. Los ejemplares fueron distribuidos a los miembros del Congreso, las cortes, y las oficinas de la administración pública. Consistía en cuatro libros acompañados de una sección preliminar, e incluía 2.525 artículos distribuidos en

¹⁷⁸ AB, OC, XIV 21

¹⁷⁹ Cámara de Senadores, “Sesión 3, Extraordinaria en 28 de noviembre de 1855. Presidencia del señor Benavente”, en GUZMÁN BRITO, ABC II., 367-368

¹⁸⁰ Cámara de Senadores, “Sesión 5, Extraordinaria en 3 de diciembre de 1855. Presidencia del Señor Benavente”, en GUZMÁN BRITO, ABC II., 373-375.

¹⁸¹ Cámara de Diputados, “Sesión 6 Extraordinaria, en 6 de diciembre de 1855. Presidencia del Señor Ochagavía”, en GUZMÁN BRITO, ABC II., 380-381.

104 títulos.¹⁸² Desde entonces, se impuso la división en 4 libros, por sobre la división en 3 que ofrecía el Código francés. El orden de las temáticas fue el siguiente:

1. Personas (lib. I)
2. Bienes, dominio, modos de adquirir, derechos reales (lib. II)
3. Sucesiones y donaciones entre vivos (lib. III)
4. Obligaciones y contratos (lib. IV)

Bello, orientó a la nación chilena por el camino de la continuidad antes que del cambio radical en materias jurídicas mediante su preparación del código civil y quien entregó, en 1855, quizás la más grande de sus obras, el influyente Código civil de la República de Chile. Éste es el código que aún existe en dicho país, y goza de un lugar indiscutido como el código civil hispanoamericano más importante, y uno de los principales en el mundo. Como vimos, más adelante fue adoptado fácilmente por otros países de la región, con los que se compartían situaciones económicas, culturales y sociales muy similares a las chilenas.

3. Código Civil Chileno y los animales

El Código Civil Chileno, en lo que respecta a los animales, se refiere a ellos en el desarrollo de tres instituciones del derecho privado a saber: la clasificación de las cosas; la ocupación, como modo de adquirir la propiedad de aquellos animales que no pertenecen a nadie; y en los delitos y cuasidelitos, para regular los daños que los animales pueden producir a terceros.

¹⁸² PACHECO M., “Don Andrés Bello y el Código civil de Chile” en *Bello y Chile*, II (Caracas 1981) 215-232.

a. La clasificación de las cosas

i. Corporales e incorporeales

Bello mantuvo la clasificación de las cosas romana de corporales e incorporeales. En el proyecto de Código Civil de 1853, Bello consagró el siguiente artículo sobre la clasificación de las cosas:

“**Artículo 668.** Las cosas que constituyen bienes y forman parte del haber o patrimonio, se dividen en corporales e incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, las acciones y las servidumbres activas.”¹⁸³

Sobre la clasificación de las cosas en corporales e incorporeales comenta BARCIA LEHMAN: “tiene su antecedente histórico en las *Institutas* de GAYO y posteriormente pasa al *Corpus Iuris* de Justiniano. Sin embargo, la codificación europea la rechazó, no manteniéndose en el *Code* napoleónico ni en el *BGB* alemán, ni en el Proyecto de GARCÍA GOYENA –que sólo considera las cosas incorporeales a raíz de la compraventa– ni en el Código italiano de 1942. Sin embargo, dicha distinción se mantuvo en el Código Civil de Luisiana y presumiblemente de ahí pasó al chileno.”¹⁸⁴

En primera instancia, vemos que se establece que todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. Lo anterior se deduce, de la frase con la que inicia el artículo “las cosas que constituyen bienes”. En este sentido, se utiliza el término “bien”, de la misma manera que se hacía en Roma. Recordemos que para los romanos la expresión *bona* estaba referida a las entidades que determinaban ventaja o bienestar al hombre y eran una categoría de *res*, por lo tanto, y desde este punto de

¹⁸³ BELLO A., *Proyecto de Código Civil, en, Obras Completas*, XII (Santiago 1888)

153

¹⁸⁴ BARCIA LEHMAN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno, IV. De los Bienes* (Santiago 2010) 11

vista, tendría que deducirse que los bienes estaban reservados para la parte del patrimonio comprendida en el activo, ya que no representaban una carga u obligación.

Bello continúa su artículo, estableciendo la división de los bienes, corporales o incorporales definiéndolos y dando algunos ejemplos. Cuando el CHILCC se refiere a las cosas corporales, dice que son aquellas que tienen un ser real que puede ser percibido por los sentidos del hombre. TRABUCCHI dice que son corporales las cosas que forman parte del mundo exterior y sensible, o sea, que ocupan un espacio u obran sobre los sentidos¹⁸⁵. En otras palabras, basta una u otra cualidad (ocupar espacio u obrar sobre los sentidos) y no las dos a la vez. Esto quiere decir en primera instancia, que no sólo los cuerpos sólidos son cosas corporales, sino también los gaseosos, el vapor de agua, o la corriente eléctrica, y todos aquellos que también puedan llegar a ser percibidos por los sentidos.¹⁸⁶ Es decir, que no se limitan los sentidos al tacto. Lo importante es que son cuerpos que deben tener un ser real perceptible físicamente. Tal y como vimos, en Roma la distinción entre las *res* corporales y las incorporales, consistían en que las primeras se podían tocar y las segundas no. De ésta forma, en el CHILCC lo corpóreo tiene un mayor alcance que en el derecho romano, que estaba determinado únicamente por lo que se puede tocar.

Ahora bien, también existen cosas relevantes para el Derecho de naturaleza incorpórea que no ocupan un lugar en el espacio, que no tienen un ser real, pero que pueden representar un bienestar para el hombre, y entrar en su haber. Bello da ejemplos, tanto de las cosas corporales como de las incorporales. En este punto, vale la pena resaltar lo que sobre el lenguaje del Código Civil Chileno, comenta GARCÍA VALDECASAS: “El Código Civil Chileno, aparte de la llaneza de lenguaje, que no merma en nada su rigor, tiene lo que llamaría un cierto espíritu docente, no magistral, ni menos pedante, sino ilustrativo y clarificador. No rehúsa el código poner un ejemplo cuando es oportuno, o indicar un sinónimo para facilitar la comprensión”¹⁸⁷

Y es que Bello fue Profesor, y su vocación docente se vio plasmada en el lenguaje que utilizó al redactar su Código. El artículo que estudiamos y que clasifica a los bienes en corporales e incorporales, no fue una excepción, pues como se dijo

¹⁸⁵ TRABUCCHI, A., *Instituzioni di Diritto Civile* (Padova 1985) 390

¹⁸⁶ VALENCIA ZEA, ORTIZ MONSALVE, DC.II., 11 ss

¹⁸⁷ GARCÍA VALDECASAS, ABD., 196

anteriormente, Bello da ejemplos de los mismos: En el caso de los corporales, utiliza los ejemplos de una casa y un libro; y en el caso de los incorporales, nos habla de los créditos, las acciones y las servidumbres activas.

Recordemos que en el Derecho romano esta clasificación tenía como fundamento el dominio sobre cosa corporal, en cuyo caso este derecho real y la cosa se confundían. Al respecto comenta BARCIA LEHMAN: “En este sentido se podía decir *mi casa*, ya que el derecho de dominio se confundía con la cosa corporal y los otros derechos eran los incorporales. Pero, en nuestros tiempos, no cabe tal confusión y se distingue entre el derecho de dominio y la cosa sobre la que se ejerce, sea corporal o incorporal. Por ello, en el Derecho habría que referirse a “mi derecho real de dominio sobre tal casa. Ello, sin embargo, ha llevado a algunos autores a entender equivocadamente que puede haber un derecho de dominio sobre un derecho personal, lo que es imposible por tratarse simplemente de una confusión en los términos”¹⁸⁸.

Sobre las cosas incorporales comenta ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Puede observarse que la definición de cosas incorporales en nuestro Código resulta más estrecha que la de los romanos, pues la reduce únicamente a los derechos, en tanto que la de aquéllos señala que son incorporales las cosas intangibles, “*como las que consisten en un derecho*”. Se alude, pues, al derecho como un ejemplo de cosa incorporal.”¹⁸⁹

En este sentido, las cosas incorporales, al igual que las corporales, serían entonces, los objetos de los derechos patrimoniales; mas el Bello no clasificó a las cosas en el sentido indicado, pues al referirse a las cosas incorporales, dice que son las cosas que consisten en meros derechos y establece los tres ejemplos ya citados. De esta manera, Bello entra a considerar a los derechos como cosas incorporales, tal y como se hacía en Roma, confundiendo el todo con el objeto. Pensamos que los derechos patrimoniales se concentran sobre las cosas, pero nosotros estimamos que los derechos patrimoniales, no son cosas, o no deben ser consideradas como tal. Los derechos patrimoniales se nos presentan como una serie de prerrogativas o permisiones sobre los bienes o cosas (sean corporales o incorporales) que el

¹⁸⁸ BARCIA LEHMAN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno, IV. De los Bienes* (Santiago 2010) 12

¹⁸⁹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,24

ordenamiento ofrece al titular del derecho, al sujeto de derecho. Apunta VALENCIA ZEA, en éste sentido, que “correcta sería la clasificación si se distinguieran dos categorías de objetos de derechos, entendiendo por “cosas inmateriales o incorporeales” las obras del ingenio o las invenciones industriales (ideas, marcas de fábrica o de comercio, etc.”¹⁹⁰ Así, el reproche a la clasificación es que, de una parte, coloca como objeto de los derechos a las cosas, y de otra, a los derechos mismos. Por eso la concepción correcta, integra en la categoría de las cosas incorporeales a las entidades que, siendo objeto de los derechos, son perceptibles sólo por el entendimiento y que, además tienen un valor moral y económico. Se trata de creaciones del espíritu, de producciones del talento o del ingenio que son objeto de los llamados por la doctrina francesa *derechos intelectuales*. El nombre se explica, porque son derechos que se reconocen al intelecto.¹⁹¹

La redacción del artículo cambió en el proyecto de Código Civil de 1855, que terminó siendo el aprobado por el poder legislativo en Chile y que aún se encuentra vigente, aunque los efectos son idénticos. Se trata de una redacción más simple, pero que no cambia el sentido del artículo inicialmente planteado. En primera instancia se suprimió la disposición que expresamente establecía que los bienes forman parte del haber o patrimonio y se quita dentro de los ejemplos de las cosas incorporeales, a las acciones. Vemos:

“Artículo 565: [1] Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

[2] Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

[3] Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.”¹⁹²

Al respecto, los autores chilenos: ALESSANDRI Y SOMARRIVA comentan: “En nuestro Código Civil perdura la clasificación tradicional y habrá que aceptarla como una construcción de la ley positiva. Ha de advertirse, sí, que el legislador patrio no excluye de las cosas incorporeales el derecho de dominio o propiedad. Porque después de expresar que son cosas incorporeales las que consisten en meros derechos (art.

¹⁹⁰ VALENCIA ZEA, ORTIZ MONSALVE, DC.II., 11

¹⁹¹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,26

¹⁹² GUZMAN BRITO, CHILCC, 207

565), agrega luego que “las cosas incorpóreas son derechos reales o personales” (art. 576), y entre los derechos reales cita el dominio (art. 577).³ Entre los diversos significados de “ser” está el de “lo que existe”, que es el que más se aviene con la redacción del texto del artículo 565. Por cierto, no desconocemos los demás sentidos, incluso el del filósofo alemán Heidegger que hace una distinción neta entre el ser y lo existente.”¹⁹³

DELVINCOURT, uno de los primeros comentaristas del código francés, y fuente directa de este artículo 565, manifiesta lo siguiente, respecto de la clasificación de las cosas en corporales e incorpóreas:

*« Celle distinction est consacrée implicite par le Code. (Voir les articles 1607, 2075, etc.) Nous avons cru devoir la placer au premier rang, parce qu'outre qu'elle est fondée sur la nature des choses, elle est encore telle, que les lois civiles n'y ont apporté, et ne peuvent même y apporter aucun changement. La loi ne peut pas faire qu'une chose corporelle ne soit pas toujours telle, et, vice versa. Il n'en est pas de même à l'égard des meubles et des immeubles. Nous allons voir tout-à-l'heure que des choses sont tantôt meubles et tantôt immeubles, suivant le rapport sous lequel la loi les considère »*¹⁹⁴

DELVINCOURT, citado por Bello en numerosos artículos de su proyecto de CHILCC de 1853, lo que nos dice es que la distinción de corporales e incorpóreas del Derecho Romano, a pesar de no haberse adoptado expresamente, se encuentra consagrada implícitamente por el *Code Civil* de Napoleón. Dentro de su comentario sobre esta clasificación, nos dice, que la misma responde a la naturaleza de las cosas y que la Ley civil, dentro de su desarrollo normativo, no altera o cambia dicha naturaleza. Es decir, que no hay norma alguna dentro del *Code*, que trate a una cosa corporal, como incorpórea, o viceversa. Como veremos más adelante, la ley civil sí que deja a un lado la naturaleza de las cosas, en lo que respecta a su movilidad, considerando en algunos casos, una cosa mueble por naturaleza, como inmueble.

¹⁹³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,25

¹⁹⁴ DELVINCOURT, M., *Cours De Code Napoléon I* (Paris 1813) 516

Los animales, tienen un cuerpo que puede ser percibido por los sentidos. En este sentido, entrarían en la clasificación de cosas corporales. Veremos más adelante, que a las cosas corporales, Bello las divide en muebles e inmuebles, y dentro de los bienes muebles, encontramos a aquellos que se pueden mover por sí mismos frente a los que requieren una fuerza externa para moverse.

Es importante la clasificación de las cosas en corporales e incorpóreas, porque ciertos modos de adquisición de la propiedad, como la ocupación y la accesión, solo recaen sobre cosas corporales. En cambio, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción, pueden presentarse sobre cosas corporales e incorpóreas.

Tal y como lo adelantamos, el Código Civil Chileno, en su artículo 566 nos dice, que “las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”. Bello ha tomado dicha clasificación, del artículo 516 del *Code Civil* Francés¹⁹⁵, que la ha tomado a su vez, del Derecho Romano, y así lo plasmó expresamente en la nota de dicho artículo de su Proyecto de código Civil de 1853.¹⁹⁶

ii. Cosas muebles por naturaleza

En el siguiente artículo de su Código Civil, el 567, Bello nos explica, cuáles son las cosas muebles de la siguiente manera:

Artículo 567. [1] Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. [2] Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ El Código Civil Francés, estableció esta clasificación en su artículo 516 y dio mayor importancia a la propiedad inmueble. Se lee en el Artículo 516 del *Code* que: *Tous les biens sont meubles ou immeubles.*

¹⁹⁶ BELLO, PCC., 153

¹⁹⁷ GUZMAN BRITO, CHILCC., 20

Lo anterior define los bienes muebles por naturaleza. DUCCI, estima esto innecesario, hacer una lista de cuáles son los muebles por naturaleza, “pues los bienes muebles constituyen la regla común o general; los inmuebles son la excepción.”¹⁹⁸ Este es el criterio del Código italiano que, después de enumerar los bienes raíces, agrega: “*Sono mobili tutti gli altri beni*”¹⁹⁹. Lo cierto es que los muebles por naturaleza, son las cosas que por su esencia misma calzan en la definición apuntada. El CHILCC las divide en semovientes y cosas inanimadas. Son semovientes las cosas corporales muebles que pueden trasladarse de un lugar a otro moviéndose ellas a sí mismas. Bello pone a los animales como ejemplo. Son cosas inanimadas las que sólo se mueven por una fuerza externa (artículo 567): un libro, una mesa, una locomotora. Exceptúense de la categoría de bienes muebles por naturaleza, los bienes que siéndolo se reputan inmuebles por su destino (artículo 567). Como veremos, la división de cosas inanimadas y semovientes carece de importancia, porque unas y otras están sujetas a unos mismos principios.

El artículo 567, es una traducción del artículo 528 del *Code Civil* de Napoleón de 1804. Es interesante ver, dicho artículo nos habla de la existencia de otros cuerpos que también se pueden transportar de un lugar a otro, además de los animales, puesto que al mencionarlos lo hace a manera de ejemplo. En realidad, el *Code* se estaba refiriendo a los esclavos. DELVINCOURT comenta al respecto: « (4) *Les êtres animés. Nous avons substitué ces expressions aux mots les animaux, portés dans l'article 528, afin d'y comprendre les nègres, qui, dans les colonies, sont regardés comme meubles.* »²⁰⁰

Sin embargo, en el año de 1999, y a través de la Ley 99 de 6 de noviembre, se modificó el artículo 524 (inmuebles por destinación) y el sentido del artículo 528 del *Code*, que definía a los bienes muebles y que sirvió como base del Art. 567 del CHILCC. El legislador francés, a pesar de seguir considerando a los animales, como muebles por naturaleza, los diferencia de los demás bienes muebles (inanimados) pues ya no los cita a manera de ejemplo, sino aparte:

¹⁹⁸ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 179

¹⁹⁹ Codice Civile Italiano, Art. 812. Disponible en:

http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm

²⁰⁰ DELVINCOURT, M., *Cours De Code Napoléon I* (Paris 1813) 516

« **Article 528.** Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère. »²⁰¹

Entonces tenemos, que según esta disposición, son muebles por naturaleza, en primera instancia, los animales, y en segundo lugar, todos los otros cuerpos que pueden transportarse de un lugar a otro, sea por ellos mismos o sea por una fuerza externa. En este sentido, la intención del legislador, fue la de diferenciar a los animales, de las demás cosas muebles por naturaleza, es decir, de los cuerpos inanimados. Al respecto comenta ANTOINE : « *La loi du 6 janvier 1999, modifiant les articles 524 et 528 du civil, de portée restreinte, a eu le mérite de mettre l'accent sur l'indispensable distinction qui se devait d'être satisfaisante, car en dépit de la distinction opérée, le code civil ne faisait pas apparaître les caractéristiques essentielles de l'animal, être vivant et sensible, qui en font un bien d'une nature spécifique* »²⁰²

A pesar de diferenciar a los animales, de los cuerpos inanimados, el legislador francés no ha eliminado a los animales de la categoría de los bienes muebles, ni tampoco les ha reconocido aún, en el Code civil, su condición de seres sentientes. Al respecto comenta FALAISE: « *D'ailleurs, malgré de nombreux plaidoyers en faveur de la cause animale, conséquences des nouveaux rapports existant entre l'homme et l'animal, le législateur n'a procédé qu'à un réajustement minime de son statut juridique en modifiant les articles 524 et 528 du code civil et l'article 521-1 du code pénal. Cette modification a eu pour conséquence de distinguer l'animal des corps inanimés, mais elle ne l'a pas pour autant extrait de la catégorie des biens meubles et n'a surtout pas eu pour conséquence de lui reconnaître en droit civil la qualité d'être vivant sensible.* »²⁰³

²⁰¹ Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux. Disponible en: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=BE27AFEB9AF3B4EE7929ECE359490FE.tpdjo12v_2?cidTexte=JORFTEXT000000558336&idArticle=LEGIARTI000006600852&dateTexte=19990108

²⁰² ANTOINE S., *Le projet de réforme du droit des biens . Vers un nouveau régime juridique de l'animal?*, En, *Revue Semestrielle de Droit Animalier 1* (2009) 12

²⁰³ FALAISE, M., *Droit animalier : Quelle place pour le bien-être animal?*, En, *Revue Semestrielle de Droit Animalier 2* (2010) 11

Se trata entonces de una modificación en la concepción de los animales por la Ley civil francesa, pero sin consecuencias jurídicas directas. Sin embargo, sí representa un avance lógico de la legislación francesa, al separar a los animales, de los bienes muebles inanimados.

iii. Muebles por anticipación

No sólo existen los muebles por naturaleza, sino que hay también los llamados bienes muebles por anticipación. El inciso 1º del artículo 571 del CHILCC establece: “Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño”²⁰⁴. Dos requisitos son entonces necesarios para que estos bienes tengan el carácter de muebles: que constituyan productos o cosas accesorias de un inmueble y que se constituya sobre ellos un derecho a favor de un tercero. Se trata entonces de verdaderos inmuebles, ya que están adheridos o son accesorios o productos de un inmueble. Separados pasarían en cambio a ser muebles por poderse transportar de un lugar a otro. La especialidad jurídica consiste en que se los considere muebles antes de la separación. La entrega, que completa la tradición, se verifica respecto de estos bienes en el momento de la separación. Así lo establece el inciso 1º del artículo 685 del CHILCC que dispone: “Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos”.²⁰⁵ Por lo tanto, normalmente, la venta y tradición de estos objetos antes de su separación deberían hacerse con las solemnidades establecidas para los bienes raíces (escritura pública e inscripción), ya que antes de separarse “forman parte del predio”. En cambio, a través de la ficción de considerarlos muebles aun antes de su separación para constituir un derecho a favor de otra persona, pueden venderse como bienes muebles y su tradición se hará en tal carácter.

²⁰⁴ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 571

²⁰⁵ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 685

iv. Inmuebles por destinación

Ahora bien, no obstante la división de las cosas corporales en muebles e inmuebles, vemos que el artículo 567 nos dice en su segundo inciso, que hay una excepción: los llamados inmuebles por destinación. Bello se ha inspirado en la redacción de este inciso nuevamente de DELVINCOURT, según el mismo ha anotado en su proyecto de Código Civil de 1853. Veremos más adelante, los animales pueden entrar en dicha clasificación, es decir, que la Ley puede llegar a considerar a los animales como unos inmuebles por destinación. Así, el carácter movable o inamovable del bien, no es siempre determinante para imponerle la calificación de “mueble” o “inmueble”. En concordancia con lo anterior, en el *Code*, se estableció en su artículo 517 que: « *Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.* » y en su artículo 527 que « *Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi* »²⁰⁶ Es decir, la clasificación no responde a una cualidad del bien, exclusivamente natural o física.

Apunta TERNERA BARRIOS al referirse a las cosas muebles e inmuebles, que “si bien este estudio se concentra en la movilidad o inmovilidad del bien corporal, a través de diferentes ficciones jurídicas el legislador ha “desdibujado” este carácter diferenciador de los bienes materiales. Es decir, en nuestros días, el carácter movable o inamovable del bien parece no ser determinante para imponer la clasificación de mueble o inmueble”²⁰⁷

v. Importancia de la clasificación

En el derecho moderno se considera como la clasificación más importante de las cosas, la que distingue los bienes muebles e inmuebles. La división de las cosas corporales en muebles e inmuebles, sin duda es una clasificación históricamente muy importante. Aunque en el Derecho romano clásico, era más importante la distinción entre las *res Mancipi* (fundos itálicos, esclavos y animales que suelen domarse por el cuello o el lomo) y las *res nec Mancipi* (los animales salvajes, un vestido o una cantidad de oro) la distinción entre los muebles y los inmuebles adquiere importancia

²⁰⁶ CODE, Arts. 517, 527

²⁰⁷ TERNERA BARRIOS, F., *Bienes* (Bogotá 2013) 3

en la Edad media, al destacarse frente a las cosas muebles, la trascendencia de la tierra en el plano político y social. Al respecto comenta ALESSANDRI Y SOMARRIVA: “la clasificación tratada sólo surgió en los últimos tiempos; pero no tuvo la amplitud ni el interés práctico actual. En efecto, se aplicaba sólo a las cosas *corporales* y, *en principio*, las reglas jurídicas eran *comunes* a los muebles e inmuebles, aunque había, para estos últimos, algunas normas especiales: disposiciones sobre relaciones de vecindad y sobre servidumbre; los plazos para la prescripción y los preceptos reguladores de la protección posesoria eran diferentes para muebles e inmuebles, etc. Fue el Derecho de la Edad Media el que desarrolló y dio importancia a la distinción entre ambas clases de cosas.”²⁰⁸ En esa época sólo se estimó de valor la propiedad inmueble, en especial la agraria; sobre ella se constituyó el fundamento del poder político y económico.

Apunta LÓPEZ Y LÓPEZ que: “La distribución arranca de la importancia trascendental que la tierra tenía en una economía agraria y preindustrial. La tierra fue siempre considerada bien cardinal, primario, fundamental. Cosa principal. Lo que a ella se añadía o superponía (construcción, plantaciones, etc) fue entendido como secundario, derivado o accesorio. Una vieja máxima, de cuya obsolescencia ya hemos hablado, formulaba este principio: *superficies solo caedit*.”²⁰⁹

Apunta ALESSANDRI Y SOMARRIVA, que ésta superioridad de los inmuebles sobre los muebles trajo dos consecuencias: “1) una diferencia substancial entre el régimen jurídico de unos y otros; 2) la necesidad de catalogar todas las cosas, no sólo las corporales, sino también los derechos en una u otra categoría de ellas.” Lo anterior se puede observar en el artículo 566 del Código Civil Chileno: “Art. 566. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.” Asimismo, resulta muy interesante, lo que nos dice el Art. 580 del CHILCC:

“Art. 580. Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble.”

²⁰⁸ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,27

²⁰⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V., *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (Valencia 1994) 68

Es decir, el CHILCC ha hecho extensiva la distinción de muebles e inmuebles a las cosas incorpóreas, que, por su naturaleza, no son, en realidad, muebles ni inmuebles

Hoy, los motivos que impulsaron a distinguir entre la regulación de los bienes muebles y los inmuebles están superados. Reconoce al respecto LACRUZ BERDEJO: “Las que en otro tiempo eran cosas de pequeño valor (*res movilis, res vilis*) hoy han pasado a tenerlo inmenso: piénsese, ya en el aumento cuantitativo de bienes disponibles; ya en el de su precio (máquinas y artefactos, por ejemplo); ya en la creación de otros nuevos: papel moneda, acciones de sociedades, letras de cambio y cheques, etc.; y asimismo los bienes inmateriales, es decir, la propiedad intelectual, las patentes y las marcas, de valor hoy elevadísimo.”²¹⁰ Y comenta LÓPEZ Y LÓPEZ: “Aún cuando la distinción carece ahora de la trascendencia que históricamente tuvo, por cuanto (lo sabemos) la economía industrial y postindustrial no se incardina sobre la explotación de la tierra, ni por otra parte cabe pensar que las cosas muebles son de menor valor (*res movilis, res vilis*), así como es cierto que la aparición de ciertos bienes que son-desde el punto de vista histórico- muebles, pero a los que hay que tratar como inmuebles, ya que su importancia económica (vgr., naves o buques), ya por su rol en el proceso económico (generación de otros bienes, bienes de capital, como es el caso de los equipamientos industriales), la distinción entre muebles e inmuebles genera aún diversidad de tratamientos y regímenes.”²¹¹ Por su parte, BALLESTER GINER comenta: “Esta clasificación se mantiene en toda época, aunque por las ideas imperantes durante el feudalismo y por la influencia de los ordenamientos germánicos, inspirados en la idea de que sólo la propiedad inmobiliaria tenía valor, llegaremos al brocardo “*res movilis, res vilis*”, resto histórico, cuando la industria y el comercio en el siglo XIX relegan la agricultura, a un segundo plano, y las grandes sociedades ejerzan el poder político económico a través de los títulos valores.”²¹² Y DUCCI: “Hoy día aparece esta diferenciación como anacrónica, ya que los bienes muebles tienen una importancia patrimonial igual o mayor que los bienes inmuebles.”²¹³ Por su parte, ALESSANDRI Y SOMARRIVA comentan, acerca de la

²¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004) 106

²¹¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V., *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (Valencia 1994) 68

²¹² BALLESTER GINER, E., *Derechos Reales* (Valencia 1986) 23

²¹³ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 176

importancia actual de los bienes muebles: “El inmenso desarrollo del comercio y la industria, iniciado en el siglo XIX, ha dado a la riqueza mobiliaria una importancia enorme. Pero este incremento de la fortuna mobiliaria no se debe, fundamentalmente, a la multiplicación que, por obra de la industria y el comercio, han experimentado la producción y el intercambio de los objetos *corporales muebles*, sino a la consideración de los derechos personales, de crédito u obligaciones, entre las cosas *incorporales muebles*. Los derechos mobiliarios (bonos de crédito contra sociedades, contra el Estado, etc.), han determinado, pues, la preeminencia de la riqueza mobiliaria sobre la inmobiliaria: en la mayor parte de los países civilizados aquélla es muy superior a ésta y constituye lo esencial de las fortunas. Por eso hoy en día se tiende a una protección jurídica de la riqueza mueble similar a la dispensada a los inmuebles.”²¹⁴

Tal y como veremos más adelante, la categoría de bienes inmuebles no se refiere necesariamente a las cualidades físicas del bien, sino a un estatuto de ciertos bienes de especial importancia, que históricamente se centraba en la inmovilidad, y que ha evolucionado en razón a la específica importancia que el bien en cuestión alcanza en el proceso productivo. De modo que un bien es inmueble no sólo cuando carece de movilidad, sino también cuando, aún gozando de movilidad, el ordenamiento le da trato o condición de inmueble, como sucede con los animales, cuando se les considera como inmuebles por destinación y que examinaremos más adelante.

En el momento de la elaboración del Código Civil Chileno, la propiedad sobre la tierra aún mantenía un mayor valor que la propiedad sobre cosas muebles. En general, puede decirse que dentro de la legislación Chilena, los muebles están menos protegidos que los inmuebles y que el régimen jurídico de unos y otros es diverso, en temas como: **La adquisición de la propiedad y demás derechos reales:** formalidades exigidas por el título y por la tradición; **La ocupación:** como modo de adquirir, está limitada a los muebles; **El contrato de compraventa:** la lesión enorme se reserva para los inmuebles. No procede para los muebles; **El objeto de los derechos:** algunos derechos reales solamente recaen en inmuebles y otros solo en muebles; **El régimen de protección de los derechos reales:** acciones posesorias, acción redhibitoria, acción estimatoria. Las acciones posesorias se aplican solamente en relación con la posesión de inmuebles; **Las limitaciones al dominio y los gravámenes que pueden imponerse sobre ellos:** Los inmuebles se pueden gravar

²¹⁴ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,28

con el derecho real de servidumbre, el derecho de habitación se ejerce sobre un inmueble, el derecho de hipoteca procede para los inmuebles, la prenda para los muebles, el usufructo generalmente se concentra sobre un inmueble; **Pacto de reserva de dominio:** Sólo se acepta respecto de los bienes muebles.

vi. Res quarum commercium non est

El Código Civil Chileno, también incluye la distinción romana entre aquellas cosas respecto de las cuales no había comercio (*res quarum commercium non est*) y aquellas otras sobre las cuales sí lo había (*in commercio*).²¹⁵ Y lo hace aunque no de manera directa, a través de diversas disposiciones sobre la base del mismo criterio rector romano fundado en la imposibilidad de adquisición de ciertas cosas, como lo establece el inciso primero del artículo 585, en cuanto a aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres:

“Art. 585. Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.”²¹⁶

Es interesante observar, que dentro de las “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres”, no se entienda incluidos a los animales. Dicho principio es reiterado en el inciso primero del artículo 1105 al declarar que no vale el legado de “cosa incapaz de ser apropiada”.²¹⁷ Como consecuencia de esta imposibilidad de apropiación, tales cosas quedan fuera de la esfera de las relaciones jurídicas patrimoniales de derecho privado, sin perjuicio de que sea posible el ejercicio

²¹⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, J., *De las varias clases de bienes*, en, *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003) 269-284

²¹⁶ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 585

²¹⁷ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 1105

de eventuales facultades de uso y goce fundadas en títulos de carácter administrativo.²¹⁸

Como consecuencia de lo anterior, se origina un régimen jurídico singular respecto de las cosas cuya adquisición es imposible: a) precisamente por no admitir adquisición no operan respecto de ellas los modos de adquirir el dominio, como la prescripción, pues ella procede respecto de cosas ajenas²¹⁹ y éstas, claramente no son ajenas, pero además, está expresamente excluida²²⁰, la ocupación²²¹, la accesión, pues por ella “es el dueño de una cosa” quien adquiere otra²²², la tradición, pues el tradente debe ser dueño de la cosa entregada²²³; b) no puede ser objeto de una declaración de voluntad²²⁴, como una compraventa; c) su eventual enajenación representa un caso en el cual hay objeto ilícito²²⁵, de modo que, por ejemplo, no son susceptibles de tradición.

La in comerciabilidad de estas cosas, pues, es sólo una consecuencia de la imposibilidad de su adquisición y que, en el ejemplo típico del Código Civil, deriva de la misma naturaleza de las cosas.²²⁶

Distinta de la división anterior que, en cierto modo arranca de la naturaleza de algunas cosas, es la comerciabilidad o in comerciabilidad, que son atributos que el derecho predica de las cosas y que, por ende, no encuentra su fundamento en la naturaleza, sino en el mismo derecho que veda absoluta o parcialmente la posibilidad de constituir las en objetos de actos y declaraciones de voluntad, o, en general, de establecer relaciones jurídico-privadas sobre ellas, por razones diversas, fundadas en conveniencias de orden privado o público. Hay así varias clases de cosas apropiables a las cuales el derecho vuelve in comerciables. Por ejemplo, por razones de conservación de la fauna, en la Ley de pesca y acuicultura, (Ley 18892 de 1989) se

²¹⁸ BARRIENTOS GRANDÓN, J., *De las varias clases de bienes*, en, *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003) 271

²¹⁹ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 2492 inc. 1

²²⁰ GUZMAN BRITO, CHILCC., Arts. 2498, 2510 inc.1

²²¹ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 606

²²² GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 643

²²³ GUZMAN BRITO, CHILCC., Arts. 670, 671

²²⁴ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 1461 inc.1

²²⁵ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 1461

²²⁶ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 585

establece la inapropiabilidad e in comerciabilidad de ciertas especies en los períodos de veda²²⁷.

vii. Animales como Inmuebles por destinación

Tal y como se ha comentado anteriormente, las clasificaciones de las cosas, que interesa al derecho, están enmarcadas más por la necesidad práctica de las diversas situaciones que el derecho se propone recoger y regular, que por la cercanía con causas físicas o con otras ciencias.

Así, por ejemplo, encontramos que la clasificación de cosas muebles e inmuebles, la que en principio puede tener una explicación física por cuanto su diferencia consiste en un aspecto mecánico, esto es, que pueden o no trasladarse de un lugar a otro, tiene una finalidad práctica socioeconómica. Descubrimos que pueden haber, por ejemplo, muebles por anticipación o inmuebles por adhesión o inmuebles por destinación, los cuales no tienen una relación directa con su naturaleza física.

En virtud del artículo 570 del CHILCC, ciertos bienes muebles por naturaleza, incluidos algunos animales, pueden ser calificados jurídicamente como inmuebles, esto es lo que se conoce con el nombre de ficción jurídica. Sobre los llamados inmuebles por destinación, ALESSANDRI y SOMARRIVA comentan: “Llámanse inmuebles por destinación las cosas muebles que la ley reputa inmuebles por una ficción, como consecuencia de estar destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.”²²⁸ El origen de la ficción se encuentra en el Derecho Romano. Comenta al respecto ALESSANDRI y SOMARRIVA: “Así, una ley del título 7 del libro 33 del Digesto expresa que cuando se lega una heredad con los muebles que sirven para beneficiarla, sólo se entenderán dejados los que sirven para su cultivo, y no los que tuviere allí el dueño para su propio uso. Los antiguos autores franceses desarrollaron el concepto de los inmuebles por destinación; pero no moldearon con ellos una figura especial de bienes: se limitaron a incluirlos entre los inmuebles por naturaleza, a fin de evitar su separación del fundo principal. Fueron los autores del Código Civil francés quienes juzgaron útil establecer los inmuebles por destinación

²²⁷ Ley 18892 de 1989. Diario Oficial de 23.12.89. Arts. 2.48-3

²²⁸ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,36

como una categoría aparte de los inmuebles por naturaleza.”²²⁹ El code, estableció dicha disposición en su artículo 524, más tarde, otros Códigos siguieron esta dirección, entre ellos, el Código Civil Chileno, que en su Art. 570 dispone:

“**Artículo. 570.** [1] Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

[2] Las losas de un pavimento;

[3] Los tubos de las cañerías;

[4] Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

[5] Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.

[6] Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste.

[7] Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros víveres, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.”²³⁰

Bello cita a DELVINCOURT, en su proyecto de Código civil del año 1853, como fuente de ésta disposición. Al respecto dice el autor francés, que bien podría hablarse de bienes por accesión a un fundo, y cita fuentes romanas para ampliar el estudio al respecto: «Ou par leur destination. Il eût peut-être été plus exact de dire, par accession ; mais le Code ayant consacré le mot d'immeuble par destination , je n'ai pas cru devoir le changer. Pour connoître plus en détail les choses qui doivent être regardées comme l'accessoire d'un fonds, voyez les Titres du Digeste, de Act. Ernpl., et de Instructo vel Instrum. Legato. (Voyez aussi Pothier, de la Communauté , n°. 3a et suiv.)»²³¹

²²⁹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,36

²³⁰ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 570

²³¹ DEVINCOURT, CDCN., 517

Los motivos de la ficción que constituyen los inmuebles por destino son prácticos. Se busca evitar que con la separación de esas cosas se perjudique la utilidad o productividad económica del inmueble principal. Por eso, se entienden comprendidos los inmuebles por destinación en la venta de una finca (CHILCC artículo 1830), en la hipoteca sobre bienes raíces (CHILCC artículo 2420), en la especie que se lega (CHILCC artículo 1118), en el legado de una casa y de una hacienda de campo (CHILCC artículo 1121).

Resume BARCIA LEHMAN las características de los inmuebles por destinación, de la siguiente manera: “a) Se trata de bienes muebles por naturaleza. b) Estos bienes deben estar destinados permanentemente a un inmueble. Sin perjuicio de ello, la separación momentánea de la cosa mueble no le quita su carácter de bien inmueble por destinación (artículo 573 del C.C.). c) La destinación del mueble debe ser en interés del inmueble mismo, es decir, para su uso, cultivo o beneficio. No es necesario que la destinación la haya efectuado el dueño del inmueble, aunque el dueño puede darles dicho carácter, como sucede en los casos de los numerales 3 a 5 del artículo 570 del C.C.”²³² Por su parte ALESSANDRI y SOMARRIVA, destacan que en el ordenamiento jurídico chileno, las condiciones generales para considerar a un bien, como inmueble por destinación, son: “1) La cosa debe colocarse en un inmueble (...) 2) la cosa debe colocarse en interés del inmueble mismo, esto es, para su uso, cultivo o beneficio. (...) basta que estén destinadas a una cualquiera de las finalidades señaladas y no es necesario que concurran las tres copulativamente (...) Para que un mueble sea inmueble por destinación no es suficiente que el dueño de un fundo coloque la cosa en éste y por su voluntad le atribuya la calidad de inmueble; la ley exige la existencia de una relación efectiva entre el mueble y el inmueble, traducida en la destinación del primero al uso, cultivo o beneficio del segundo. Del mismo modo, para que la cosa pierda su carácter de inmueble por destino es preciso que objetivamente desaparezca el lazo mencionado, sea por sustracción efectiva del mueble a la explotación del inmueble (...) 3) La destinación debe tener carácter *permanente*, es decir, cierta estabilidad y fijeza; no se requiere la perpetuidad. (...) En nuestro derecho positivo, no es una condición general que el destino se lo haya dado el dueño del inmueble o el titular de un derecho real sobre éste. El requisito de la

²³² BARCIA LEHMAN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno, IV. De los Bienes* (Santiago 2010) 15

destinación por el dueño del inmueble lo exige la ley especialmente sólo en algunos casos: a) para los utensilios de labranza o minería, y los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca (inciso 4º del artículo 570)”²³³

Con ocasión del citado artículo, un bien mueble se reputa inmueble por prestarle un servicio, principalmente económico a un inmueble por naturaleza o por adhesión. Opera así una inmovilización del bien por su destinación a la explotación de un inmueble, y no por una unión física o material permanente entre los bienes, como en el caso de los inmuebles por adhesión. De esta manera, el inmueble y cada uno de sus accesorios pasan a considerarse una unidad de explotación. La consecuencia jurídica de la aplicación de esta ficción es que el inmueble por destinación pierde su individualidad jurídica, aunque mantenga una individualidad física y pasa a ser considerado un accesorio del inmueble que recibe el beneficio económico, sometiéndose a sus mismas reglas.

Animales

Como hemos visto, el artículo 570 del CHILCC, nos presenta una lista enunciativa que debe entenderse como no taxativa de inmuebles por destinación. En los ejemplos que nos da el artículo 570, encontramos dos tipos de animales, que pasaremos a ver a continuación. Por un lado tenemos a los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, (inciso 4) y por otro a los animales de los vivares (inciso 7).

- Animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca (Inciso 4 Art. 570)

Según el inciso 4 del artículo 570 del CHILCC, se consideran inmuebles por destinación, a los animales que aportan alguna utilidad económica a la explotación de un fundo. Hemos de tener muy en cuenta, que tal y como establece el mismo inciso 4º del art. 570 del CHILCC, y tal y como comentaba ALESSANDRI y SOMARRIVA, el destino se lo debe dar el dueño del inmueble o el titular de un derecho real sobre éste.

²³³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,37-38

Es decir, que el animal debe haber sido colocado intencionalmente para el uso cultivo o beneficio del inmueble, en forma permanente. No es necesario que las cosas indicadas sean puestas por el dueño de la finca en persona; puede hacerse de acuerdo con los principios generales de la representación. Al exigir la ley que las cosas hayan sido puestas por el propietario del fundo, implícitamente supone que tanto el mueble inmovilizado como el fundo le pertenecen.

Ahora bien, los mismos deben cumplir una función de servicio al bien inmueble principal. Si simplemente se encuentran allí, sin prestar beneficio al fundo, e independientes del mismo, seguirían siendo considerados como bienes muebles. “Una trucha, perteneciente a una finca dedicada a la actividad piscícola, es un inmueble por destinación. La trucha en la pecera, es un bien mueble.”²³⁴ El inciso 4º establece que los animales a que se refiere la disposición son los destinados al cultivo o beneficio de una finca, cualquiera que sea este cultivo o beneficio, pues la ley no restringe su precepto a la explotación agrícola. La ley expresa asimismo que la destinación al cultivo y beneficio de la finca ha de ser actual, es decir, real y verdadera. Además, la destinación de los animales debe ser permanente, según la regla general del inciso 1º del artículo 570.

De acuerdo con lo anterior, ALESSANDRI y SOMARRIVA concluyen que son inmuebles por destinación “las bestias de labor y arrastre de un fundo agrícola (bueyes, caballos, asnos, mulas, etc.); las vacas de un fundo lechero; pero no serían inmuebles por destinación “las vacas de una lechería *de temporada*, formada en un fundo de crianza de animales aprovechando sólo la época de la parición; faltaría la condición de destinación permanente al beneficio del predio que exige la regla fundamental del artículo 570”. Tampoco pueden considerarse inmuebles por destinación los animales de engorde o de crianza, pues no están destinados realmente a la explotación del fundo, sólo constituyen un medio de sacar provecho de los productos de éste, como los pastos. Sin embargo, tales animales son inmuebles por destinación si constituyen la única manera de sacar provecho del fundo.”²³⁵

²³⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, L.G., *Bienes* (Bogotá 2012) 29

²³⁵ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., TDC II,40

En conclusión, determinar si un bien puede calificarse como inmueble por destinación, es una cuestión de hecho que exige la observación de las condiciones materiales comentadas. Debe tratarse de cosas que están permanente y actualmente destinadas al uso, al cultivo y/o al beneficio de un inmueble.

- **Animales de los vivares (inciso 7 Art. 570)**

Dos condiciones deben concurrir para que los animales de los vivares se reputen inmuebles por destinación. Dice Claro Solar: “a) La disposición de la ley tiene en vista los animales que, siendo naturalmente *bravíos* o *salvajes*, porque viven ordinariamente en libertad natural, se hallan en cierto sentido en domesticidad por la costumbre que tienen de volver a su vivar en que estuvieren encerrados; pero no los animales *domésticos*”... “Se trata de animales bravíos privados de su libertad natural y que se guardan o encierran en los vivares, o de animales *domesticados* que conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre. Los animales domésticos, y entre ellos las aves domésticas, como las gallinas, no pueden comprenderse entre los animales de los vivares a que la ley hace referencia. Esta clase de aves y demás animales destinados al consumo o beneficio personal del propietario y familia, no entran tampoco entre los animales destinados al uso, cultivo y beneficio del predio, *salvo* que expresamente se establezca como un negocio especial en una finca la crianza de aves para la venta. (...) b) Los *vivares* deben ser ellos mismos inmuebles adhiriendo al suelo o ser parte del suelo mismo o de un edificio, aunque pudieran retirarse fácilmente. Por eso los peces que están en una laguna hecha en el suelo son inmuebles, pero no los que viven en una redoma.”²³⁶

- **Reforma del *Code Civil* francés al artículo referente a los inmuebles por destinación.**

Tal y como se comentó anteriormente, en el año de 1999, y a través de la Ley 99 de 6 de noviembre, se modificó el sentido del artículo 524 y 528 del *Code*, con la

²³⁶ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, VI (Santiago 1930) 83- 84

intención de diferenciar a los animales, de los bienes muebles inanimados. Así, el artículo 524 quedó a partir de 1999, redactado de la siguiente manera:

“Art. 524: Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.”²³⁷

De ésta manera, a pesar de que los animales, puedan ser inmuebles por destinación, se les diferencia de los bienes inanimados, por voluntad del legislador francés en 1999.

b. Formas de adquirir la propiedad de los animales

i. Clasificación de los animales:

A pesar de establecerse la diferencia en la definición de cosas muebles que hace el artículo 566 del CHILCC, entre cosas inanimadas y semovientes (animales), en términos generales, ambas categorías están sujetas a los mismos principios y a las mismas normas a lo largo del Código.

En este sentido, el inciso primero del artículo 574 del CHILCC establece:

“Artículo 574. [1] Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567.”

Sin embargo, conviene advertir, que el propio CHILCC, proporciona una clasificación de los animales en el artículo 608, en: bravíos o salvajes, domésticos y domesticados. Dicho artículo, se encuentra en el Título IV, que regula la forma de adquirir la propiedad de las cosas que no pertenecen a nadie, es decir, la ocupación. Lo hace, en respuesta al artículo 607 CHILCC, estipula que la caza y la pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos. La clasificación de los animales que hace el CHILCC será entonces relevante respecto de la adquisición de la propiedad pero como veremos, también en lo que respecta a la

²³⁷ CODE, Art. 524

responsabilidad civil. El artículo 608 CHILCC, es de redacción original de Andrés Bello y consagra lo siguiente:

“Artículo 608. [1] Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y domesticados los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

[2] Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos”.²³⁸

- Animales Bravíos o Salvajes

Según el 608 CHILCC, animales bravíos o salvajes, son aquellos que viven naturalmente libres o independientes del hombre, como las fieras y los peces. También, aquellos domesticados que han perdido la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre. El punto central de la definición, es la dependencia que tiene el animal del hombre, más no su naturaleza o genética misma. Se dice, que un animal domesticado, pasará a ser salvaje, cuando pierda la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre. Como vimos, en el Derecho Romano, el punto importante, no era que los animales volvieran o no, en lo que respecta a la consideración de los mismos como salvajes o no salvajes. Era importante, en cuanto a la forma de adquirir o perder el dominio sobre los mismos, pero un animal salvaje que tuviera por costumbre ir y volver, no era considerado como animal doméstico.

Bien es sabido, que la condición de doméstico o salvaje de un animal o de un vegetal, responde a factores morfológicos, fisiológicos y genéticos de su especie misma, que son transmitidos de generación en generación.

²³⁸ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 608

- Animales Domésticos

Para el CHILCC son aquellos que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, los perros.

La domesticación implica, una relación de dominio y transformación de la naturaleza por parte de los seres humanos, y ha tenido consecuencias directas sobre el desarrollo social y económico de los pueblos. La domesticación puede definirse de dos maneras, una de modo restrictivo y otra amplia. La definición restringida refiere a una especie criada en cautividad o en un ambiente artificial y, por lo tanto, modificada de sus ancestros silvestres de modo de hacerla más útil a los humanos quienes controlan su reproducción y, en el caso de los animales, también su alimentación²³⁹. Por otra parte, la definición amplia explicita que, por domesticación, debe entenderse no sólo la especie domesticada, sino el paisaje domesticado que incluye un amplio rango de especies animales y vegetales.²⁴⁰ Entonces, desde esta perspectiva, una especie domesticada sólo implica que la gente en uno o más lugares repetidamente fue capaz de aprovecharla.

Darwin en el primer capítulo de *On The Origin of Species*, titulado “Variación Bajo Domesticación” discutía que las variaciones producidas por control humano en especies vegetales y animales producían cambios acumulativos causados por la selección metódica y por la inconsciente, a la que también concedió mucha importancia.²⁴¹ En el caso de la domesticación animal, ambos tipos de selección, consciente (o metódica, según Darwin) e inconsciente, han cobrado actualidad para discutir las actitudes humanas en el manejo de los animales. Con el lobo, cuyo descendiente domesticado es el perro, se ha planteado como poco plausible que el

²³⁹ DIAMOND, J., *Evolution, consequences and future of plant and animal domestication*, en, *Nature* 418 (2002) 700-707

²⁴⁰ TERRELL, J.E., HART, J.P., BARUT, S., CELLINESE, N. CURET, A., DENHAM, T., KUSIMBA C.M., LATINIS, K., OKA, R., PALKA, J., POHL, M., POPE, K.O., RYAN WILLIAMS, P., HELEN, H., STALLER J., *Domesticated landscapes: The subsistence ecology of plant and animal domestication*, en, *Journal of Archaeological Method and Theory* (10-2003) 323-368

²⁴¹ DARWIN, C., *On the origin of species* (New York 2008)

proceso se haya llevado a cabo de manera consciente, deliberada e intencional.²⁴² UERPMANN planteó esta situación indicando que la cercanía de los lobos a los grupos humanos permitió la interacción creando nichos circunstanciales que fueron separando a los animales que colonizaron estos nichos de las poblaciones de lobos silvestres.²⁴³

CROCKFORD planteó que este proceso no necesitó ser iniciado por los humanos, sino que pudo haber comenzado por animales que colonizaron el hábitat antrópico.²⁴⁴ Por otra parte, tanto MÜLLER como UERPMANN coinciden en que, ya que no hay nada que atraiga a las poblaciones de herbívoros a vivir en cercanía de los humanos, al contrario que con los lobos, su domesticación debió ser un proceso consciente e intencional.

Una definición muy conocida de domesticación animal explicita que esta constituye una serie de cambios progresivos y graduales en un proceso por medio del cual una población de animales se adapta al hombre y al ambiente de cautividad por una combinación de cambios genéticos que ocurren en varias generaciones y a eventos de desarrollo que son ambientalmente inducidos y recurren en cada generación.²⁴⁵

Evidentemente, hay dos aspectos que dejan poco lugar a la no intencionalidad del proceso: el ambiente de cautividad y la ocurrencia repetida de cambios genéticos. Hemos dicho que Darwin reconocía a la selección inconsciente como factor importante en la domesticación. Concretamente se refería a que sin tener intención de mejorar una variedad, los humanos pueden inducir grandes cambios sólo preservando a aquellos individuos que más valora en sucesivas generaciones. O sea que no es contradictorio plantear que hay intencionalidad en el proceso de domesticación de una

²⁴² MÜLLER, W., *The domestication of the wolf – the inevitable first?*, en, *The First Step of Animal Domestication. New Archaeological Approaches* (2006) 34-40

²⁴³ UERPMANN, H., *Animal domestication – accident or intention?*, en, *The Origin and Spread of Agriculture and Pastoralism in Eurasia* (1996) 227-237

²⁴⁴ CROCKFORD, SUSAN J., *A commentary on dog evolution: Regional variation, breed development and hybridisation with wolves*, en, *Dogs Through Time: An Archaeological Perspective, BAR International Series 889* (2000) 295-312

²⁴⁵ VILÀ C., *Hybridization between wolves and dogs*, en, *Conservation Biology*, 13, 1 (1999) 195-198

población animal y, al mismo tiempo, referir que determinadas modificaciones fueron causadas por selección inconsciente.²⁴⁶

- Animales Domesticados

Son aquellos que a pesar de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen de cierto modo el imperio del hombre y siguen la regla de los animales domésticos, mientras conserven la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, pues en caso contrario, volverán a la clasificación de Bravíos o Salvajes. Esta clasificación será relevante, en temas de propiedad, en particular en la adquisición de animales y la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por los animales.

ii. De la Tradición

El derecho real de dominio que se reconoce por el CHILCC sobre los animales, puede adquirirse por tradición, usucapión, sucesión *mortis causa* y ocupación. Al ser considerados por la Ley, como Bienes muebles corporales, su compraventa es consensual, y la tradición se perfecciona con la entrega.

En este sentido el Código de BELLO (quien después de enumerar los modos de adquirir el dominio en el art. 588, y mencionar entre ellos a la tradición) le dedica a la tradición un título, el VI del Libro Segundo, cuyo primer artículo define la tradición traslativa del dominio²⁴⁷, y luego se ocupa detalladamente de los distintos tipos de tradición, finalizando con una norma que regula la tradición de los derechos personales, en el caso de cesión de créditos.

Para el Código chileno, la tradición traslativa del dominio, o de otros derechos reales, consiste en la entrega de la cosa corporal (modo), que se efectúa en virtud de la existencia de un título precedente²⁴⁸, que justifica esa entrega, con la cual se

²⁴⁶ DARWIN, C., *The variation of animals and plants under domestication* (New York 1968)

²⁴⁷ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 670

²⁴⁸ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 675

extingue una obligación preexistente. El efecto normal de la tradición es transferir el dominio, o el derecho real correspondiente, que pasa del tradente a quien lo adquiere. El artículo 670 establece lo siguiente:

“La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.”²⁴⁹

Bello se alejó de lo que se consagró en el *Code Civil*, en donde el codificador francés optó por atribuir efectos reales a los contratos, es decir, que estableció que la tradición se producía de manera consensual, sin el requisito de la entrega de la cosa, de manera que desapareció del sistema jurídico francés, la romana distinción entre una *iusta causa traditionis* y *la traditio*, sistema al que hoy acostumbramos a describir como el de la distinción entre el título y el modo de adquirir el dominio. Tan arraigado se encontraba el principio de la tradición, que ni la “arrolladora influencia del Código Napoleón pudo abatirlo totalmente, y se mantuvo en la mayor parte de los Códigos iberoamericanos, que se negaron a aceptar la innovación aportada por el Código francés.”²⁵⁰

El Codificador chileno desde muy temprano rechazó el sistema francés y optaba por el modelo romano, de manera que se conservaba en el la existencia de una *traditio* precedida de una justa causa. Esta orientación ya quedaba clara en el primer proyecto de Código Civil atribuido a Mariano Egaña, pues en el libro de las cosas y de su dominio, posesión, uso y goce, el primero de los artículos de su título IV decía: “El dominio sea de la Nación, sea de los particulares, se adquiere por ocupación accesión o tradición”²⁵¹, que es el más antiguo antecedente conocido del actual artículo 588 del Código Civil.

²⁴⁹ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 670

²⁵⁰ MOISSET DE ESPANÉS, L., *La tradición traslativa del dominio* (el Código civil español y el sistema iberoamericano), en, *Revista de Derecho Privado* 11 (2004) 771-786

²⁵¹ GUZMÁN BRITO, A., ÁVILA MARTEL, A., MELO LECAROS, L., *El proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)* (Santiago 1978) 151

En el Proyecto de 1853, se incluyeron notas para alguno de los 24 artículos que componían el título VI de la tradición, en las que se hacía referencia a las fuentes de algunos de ellos, además de ciertos comentarios sobre su contenido. BARRIENTOS GRANDÓN, extrae la siguiente conclusión de dichas notas: “Sólo han concurrido tres grandes fuentes a saber: El *Corpus Iuris Civilis*, las Siete Partidas y el *Traité de la propriété* de Roberto José Pothier”.²⁵² La presencia de estas tres fuentes era proporcional, porque Pothier aparecía referido a propósito de ocho artículos, el *Corpus Iuris Civilis* respecto de otros seis, y las Siete Partidas cinco veces. En cuanto a las fuentes tomadas del *Corpus Iuris Civilis* se nota una cierta preferencia por las extraídas del *Digesto* (en cinco artículos), ya que las remisiones al *Codex* sólo aparecían a propósito de un artículo, y a las Instituciones en dos casos.

En cuanto a la sistematización del título VI del libro II del Proyecto de 1853, en él se advierte el tratamiento de seis grandes temas:

- a) Definición de la tradición como modo de adquirir el dominio (art. 806)
- b) De cuánto la tradición se entiende realizada por el dueño (art. 807 y 808)
- c) De los requisitos para que la tradición opere la “translación del dominio (arts. 809 a 821); 1) voluntad del que tiene facultad de enajenarla como dueño o como su representante (art. 810 a 813); 2) consentimiento de quien recibe la cosa (art. 814); 3) “título traslativo de dominio” (art. 815); 4) ausencia de error (arts. 816 a 819); 5) solemnidades en los casos en que la ley lo prescribe (art. 820); 6) pago o seguridad del pago en la tradición precedida de la compraventa (art. 821)
- d) De las formas de tradición (art. 822) a 826)
- e) De los efectos de la tradición (art. 827)
- f) De la tradición de las cosas incorpóreas (art. 828 y 829)

En el referido sistema, es posible observar la influencia del modelo de las Instituciones de Justiniano, en esta parte fieles a la exposición de Gayo.

²⁵² BARRIENTOS GRANDÓN, J., *De la tradición y su definición en el Código Civil Chileno. A propósito del artículo 670*, en, *Revista Chilena de Derecho Privado I* (2003) 11-108

Las Instituciones de Justiniano se ocupaban de la traditio en seis pasajes (2.1.40-45) a saber:

- a) De la tradición en cuanto por ella se adquieren las cosas (2.1.40)
- b) De los requisitos de la tradición: 1) tradición realizada por el dueño (2.1.40); 2) de las causas de tradición (2.1.41); 3) de la tradición subsecuente a la compraventa (2.1.41); 4) de la voluntad del dueño o de su representante (2.1.42-43)
- c) De las formas de tradición (2.1.44-45)

El modelo de las Instituciones de Justiniano era conocido por Andrés Bello. En sus propias Instituciones de Derecho Romano, el tratamiento de materias era el siguiente:

- a) Definición de la tradición como modo de adquirir
- b) De las especies de tradición: verdadera o figurada
- c) Requisitos para que la tradición transfiera el dominio: 1) que la cosa no esté poseída por otro; 2) debe hacerse la entrega por alguna causa o título; 3) quien enajena la cosa debe tener facultad para hacerlo; 4) la causa o título debe ser lícito o traslativo de dominio.
- d) De la tradición de las cosas incorpóreas
- e) De la tradición precedida de la compraventa²⁵³

En este punto, puede concluirse que Bello ha trabajado exclusivamente sobre la base de la tradición jurídica del sistema de derecho común romano.

Entonces tenemos, que para Bello además de ser la tradición un modo de adquirir el dominio, la misma recaía sobre las cosas corporales, consistente en la entrega que una persona hace de ellas a otra. El hecho de que recayera sobre las cosas corporales, era coincidente con la jurisprudencia clásica romana y su concepción de *traditio rei*. Para Gayo era claro que las cosas incorpóreas no admitían tradición: *Incorpóreas traditionem non recipere manifestum est*²⁵⁴ Al respecto, el

²⁵³ BELLO, A., *Derecho Romano*, en, *Obras completas XVII* (Caracas 1981) 55-56

²⁵⁴ GAI, 2.28

artículo 828 del proyecto de 1853 aclaraba que: “las cosas incorpóreas no admiten tradición verdadera; pero hace las veces de tradición el ejercicio del derecho por una parte i la ciencia i paciencia de este ejercicio por la otra”. Acerca de la entrega, Bello en sus Instituciones, estableció que la tradición era un modo de adquirir “por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera”²⁵⁵

Otro de los requisitos que establece el CHILCC, según podemos ver del artículo 670, es que para que se produzca la tradición, debe existir, por una parte, la intención de transferir el dominio y por otra, de adquirirlo. No ha seguido aquí BELLO el texto de las Siete Partidas (3.28.46) pues en la noción de tradición que se ofrecía en ellas no se incluía referencia alguna a la intención de transferir el dominio y a la intención de adquirirlo. Tampoco seguía la tendencia que se advertía en sus Instituciones de Derecho Romano. La inclusión de esta intención de transferir y de adquirir el dominio ha sido tomada de la obra de Pothier. En efecto, cuando Pothier trataba de la tradición, incluía como cuarto requisito para que ella transfiriera la propiedad, el consentimiento de las partes, y al referirse a el escribía que: *“le consentement des parties est nécessaire pour que la tradition d’une chose en transfere la propriété à celui à qui elle est faite: c’est-à-dire qu’il faut que le propriétaire de la chose qui en fait, ou par l’ordre duquel s’en fait la tradition à quelqu’un, ait la volonté de l’acquérir”*²⁵⁶

Existe jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, relativamente reciente, que busca desvincular la intención de transferir el dominio y de adquirirlo, presente en la entrega de aquella manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente en el hecho de la entrega, con lo cual se está admitiendo que en la tradición del dominio hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por las generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad.

La Corte Suprema, en la Sentencia de casación civil de 13 de julio de 1999 considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir, manifestado

²⁵⁵ BELLO, A., *Derecho Romano*, en, *Obras completas XVII* (Caracas 1981) 55

²⁵⁶ POTHIER, R., *Traité du droit de domaine de propriété*, en, *Oeuvres X* (Paris 1824-1825) 128

en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico, de modo que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega, pues si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

“Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1824 del Código Civil, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición ... acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431, 2439, y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podría presentarlo.”²⁵⁷

En el mismo sentido, indicó la Corte Suprema en Sentencia del 25 de enero de 2001:

“La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le confería su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del

²⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia de Casación Civil de 13 de julio de 1999 (GJ. 229, Julio de 1999)

derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte.”²⁵⁸

La referida jurisprudencia ha sido comentada por RODRIGUEZ PINTO: “Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se ocupa en aclarar, pues es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad.” Aunque inmediatamente advierte: “Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradicción-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos de siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad”²⁵⁹

BARRIENTOS GRANDÓN, considera que la doctrina de la Corte Suprema no es fácil de admitir, pues ella “descabala por completo el sistema causado de adquisición asumido por el codificador, y que pasa por encima de todos los principios que rigen a la tradición dominical, contrariando, de paso, la regla de interpretación legal consagrada en el inciso primero del artículo 22 del Código Civil, supuesto que una tal interpretación impide que entre todas las partes de la ley haya “la debida correspondencia y armonía, sin perjuicio de no ceñirse a la regla del inciso segundo del artículo 19, debidamente complementada por los pasajes del Mensaje del Código referidos al sistema de adquisición del dominio. En efecto, es correcto distinguir el título traslativo de dominio de la tradición; pero no hay fundamento alguno para sostener que esa correcta distinción dogmática implique una radical separación entre ambos actos, pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una entrega

²⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia de Casación Civil de 25 de enero de 2001 (rol 3.939-99)

²⁵⁹ RODRÍGUEZ PINTO, M., *La cláusula se faculta al portador y la transferencia de propiedad por tradición*, en, *Revista Chilena de Derecho* 27, 1 (2000) 174 -175

causada, que es en lo que consiste la tradición al tenir del artículo 670 en relación con el 675”²⁶⁰

Al respecto, debemos tener en cuenta, que la naturaleza jurídica de la tradición es la del pago de una obligación preexistente. Así, DÍEZ-PICAZO afirma que “toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago”²⁶¹ Por su parte, PUIG BRUTAU, afirma que: “Nadie transmite por puro azar y, por tanto, la tradición ha de ser esencialmente un acto causal, o, mejor dicho, ha de manifestarse como una consecuencia de la voluntad acerca de una transferencia. Por tanto, responderá al concepto de pago en sentido amplio, como *solutio* de una obligación preexistente o asumida de manera coetánea con el acto que ejecuta la tradición.”²⁶² BELTRÁN DE HEREDIA, en un trabajo publicado en 1967 en la *Revista de Derecho Privado*, sostiene que la tradición no es en definitiva más que una *solutio* y configura un paso dentro del proceso complejo de transmisión del dominio.²⁶³

iii. De la Ocupación

El artículo 619 del CHILCC establece que:

“Los animales bravíos pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques o corrales en que estuvieren encerrados; pero luego que recobran su libertad natural, puede cualquier persona apoderarse de ellos, y hacerlos suyos, con tal que actualmente no vaya el dueño en seguimiento de

²⁶⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, J., *De las varias clases de bienes*, en, *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003) 276-277

²⁶¹ DIEZ-PICAZO, “*La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español*”, en, *Anuario de Derecho Civil III* (1966) 571

²⁶² BRUTAU, P., *Fundamentos de Derecho Civil III, vol. I, 2ª ed* (Barcelona 1971) 340

²⁶³ BELTRÁN DE HEREDIA, P., *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, en, *Rev. de Derecho Privado* (Feb. 1967) 103-106

ellos, teniéndolos a la vista, y que por lo demás no se contravenga al artículo 609.”²⁶⁴

Por su parte, el artículo 617 regula la ocupación de animal Bravío, al establecer que:

“Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo, o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar. Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.”²⁶⁵

Asimismo, el artículo 618 del CHILCC, establece la prohibición de perseguir al animal bravío “que ya es perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.”²⁶⁶

El artículo 620 del CHILCC establece una disposición sobre la propiedad de las abejas:

“**Artículo 620.** Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo haga sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas.”²⁶⁷

Y el 621 sobre las palomas:

²⁶⁴ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 619

²⁶⁵ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 617

²⁶⁶ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 618

²⁶⁷ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 620

“Artículo 621. [1] Las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas.

[2] En tal caso estará obligado a la indemnización de todo perjuicio, incluso la restitución de las especies, si el dueño la exigiere y si no la exigiere, a pagarle su precio.”²⁶⁸

Vistos los anteriores artículos concluimos, que el CHILCC establece, que una persona puede apropiarse de cualquier animal bravío o salvaje a través de la caza y de la pesca, con el único condicionamiento de que si la persona no tenía permiso del dueño, lo que sea cazado pertenece al dueño del predio. Sin embargo, en el artículo 622 establece que “en lo demás” el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las ordenanzas especiales que sobre éstas materias se dicten.

Por su parte, el artículo 623, establece expresamente, que los animales domésticos, serán objeto de propiedad:

“Artículo 623. [1] Los animales domésticos están sujetos a dominio.

[2] Conserva el dueño este dominio sobre los animales domésticos fugitivos, aun cuando hayan entrado en tierras ajenas; salvo en cuanto las leyes y disposiciones de policía rural o urbana establecieren lo contrario.”²⁶⁹

A diferencia de lo que pasa con el dominio de los animales Salvajes o Bravíos, el propietario de un animal Doméstico no pierde su derecho de dominio sobre el animal, aún cuando haya entrado en tierras ajenas.

El CHILCC en su Título V regula la accesión. Bello toma como fuente para el desarrollo de dicho articulado, el tratado de la propiedad de Pothier, tal y como el mismo lo anota en su proyecto de Código Civil de 1853. En los artículos 644–646, Bello redactó lo relativo a los frutos naturales, entendiendo como tal, los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana. Veamos lo que nos dice el 646:

²⁶⁸ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 621

²⁶⁹ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 623

“Artículo 646. [1] Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario. [2] Así los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra. [3] Así también las pieles, lana, astas, leche, cría, y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos.”²⁷⁰

Como vemos, es un artículo que reitera la condición de cosas de los animales. Lo anterior, puesto que en el artículo 643, ya se nos ha indicado que la accesión es un modo de adquirir el dominio, por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella sumado a que el numeral 3 del 646 nos habla expresamente de los productos de los animales, entendiendo a los mismos, como una especie de frutos naturales, poniendo como ejemplo a las pieles, la lana, las astas, la leche, y las crías. Dicha disposición tiene un antecedente en el *Code Civil* Francés, aunque en éste, se hizo una distinción entre los frutos naturales y las crías de los animales:

“Article 547

Les fruits naturels ou industriels de la terre,

Les fruits civils,

Le croît des animaux, appartiennent au propriétaire par droit d'accession.”²⁷¹

En éste sentido, para el *Code*, los frutos naturales, están relacionados directamente con la producción de la tierra, es decir, con el numeral 2 del artículo 643 del CHILCC, diferenciándolos con los animales, al menos en lo que respecta a las crías de los mismos.

²⁷⁰ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 646

²⁷¹ CODE, Art. 547

c. Responsabilidad civil por daños causados por animales

La clasificación de animales en bravíos o salvajes; domésticos y domesticados, también resulta relevante para la responsabilidad civil extracontractual, puesto que los daños causados por animales domésticos o domesticados están regulados en el artículo 2326 del Código Civil, mientras que los originados en la actividad de aquellos catalogados como bravíos o fieros, se define a la luz del artículo 2327. Vamos a estudiar detenidamente lo que determinan las referidas normas:

“Artículo 2326. [1] El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después de que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal.

[2] Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia, debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.”²⁷²

“Artículo 2327. El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.”²⁷³

Como vemos, el primer precepto citado se apoya en la culpa; *a contrario sensu*, la segunda disposición, referida al daño causado por un animal fiero, establece una responsabilidad que toma su apoyo en la sola tenencia del animal, de que no se reporta utilidad para la guarda o vigilancia del predio, hecho este que por su propia naturaleza es demostrativo de la culpa, razón por la cual no les es permitido alegar que no le fue posible evitar el daño, y si lo hiciera, no será oído. Es decir, que ese hecho (el daño) es ilícito de por sí.

²⁷² GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 2326

²⁷³ GUZMAN BRITO, CHILCC., Art. 2327

F. Código Civil Colombiano

1. Proceso de adopción

Tal y como vimos anteriormente, el Nuevo Reino de Granada, hoy Colombia, estuvo regido durante la Colonia por las leyes españolas y las leyes indianas, esto es, singularmente por las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias. El 20 de julio de 1810, un Cabildo extraordinario reunido en Santa Fe de Bogotá, capital del Virreinato de la Nueva Granada, erigió una Junta de Gobierno Supremo y sentó las bases para una constitución fundada en la libertad e independencia y en un sistema federal. El 27 de noviembre de 1811 se emitió un Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada.

La idea de Codificación aparece tempranamente en actos constitucionales. En la Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811, se lee en su art. 24 del Título VI:

*“El primer cuidado del Cuerpo Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código que nos rige, a fin de adaptarlo a la reforma del gobierno que se ha establecido; entretanto que se verifica esta reforma debe declararse y se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor, en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución”.*²⁷⁴

Por su parte el artículo 7 Núm. 3 del Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, de 27 de noviembre de 1811, reservaba a la Federación: *“La formación de sus códigos Civiles y Criminales.”*²⁷⁵. Esta norma inspiró la de otras constituciones particulares, como la del art. 9 del Capítulo III de la Constitución de la República de Tunja de 9 de diciembre de 1811, que decía: *“Luego que lo permitan las*

²⁷⁴ Constitución de Cundinamarca (Santa Fe de Bogotá 1811). Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89671/constitucion-cundinamarca-1811.pdf>

²⁷⁵ Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, de 27 de noviembre de 1811. Disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/190/19/acta_de_federacion_de_las_provincias_unidas_de_la_nueva_granada.pdf

*circunstancias, deberá ocuparse (la legislatura) en la formación de un sabio Código Civil, y otro Criminal.*²⁷⁶

Alcanzada del todo la independencia en 1819 y asociadas las Repúblicas de Venezuela, y la Nueva Granada, el Congreso de Angostura expidió el 17 de diciembre de ese año la Ley Fundamental de la República de Colombia, conocida como la Gran Colombia, y conformada por los departamentos de Venezuela, Quito y Cundinamarca, nombre éste de la nueva nación, y que sustituyó al de Nueva Granada²⁷⁷. El Congreso reunido en Cúcuta en 1821, con representación de dichos tres departamentos, expidió su Constitución, cuyo artículo 188 dispuso: “Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”²⁷⁸.

En la época de la gran Colombia, Francisco de Paula Santander, había creado, por medio del Decreto del 5 de enero de 1822 una comisión de letrados para que, en vista “*de los códigos Civiles y penales más célebres de Europa, de la legislación española y de las bases fundamentales sobre que se ha organizado el sistema de gobierno de Colombia, redacte un proyecto de legislación propio y análogo a la república.*”²⁷⁹

Por su parte, hemos de recordar el Decreto de Simón Bolívar, de 31 de enero de 1825, por el que nombraba una nueva comisión destinada a formar “*un proyecto de Código Civil y Criminal y presentarlo, con la brevedad posible, al Gobierno para que éste lo someta al Congreso*”²⁸⁰; y al nombramiento de una comisión por el Ministerio del Interior, bajo inspiración de Bolívar, el 31 de julio de 1829, destinada a examinar el

²⁷⁶ Constitución de la República de Tunja de 9 de diciembre de 1811. Disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/190/31/constitucion_de_la_republica_de_tunja.pdf

²⁷⁷ HINESTROSA, F., *El Código Civil de Bello en Colombia*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005) 5-27

²⁷⁸ Constitución Política 1 de 1821. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=13690>

²⁷⁹ Decreto de 5 de enero de 1822 “Que crea una comisión para presentar proyectos de legislación análoga a la República”. Disponible en: <http://proyectobentham.blogspot.com.es/2008/03/decreto-de-5-de-enero-de-1822-sobre.html>

²⁸⁰ En *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes publicadas en el Perú desde su independencia en el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1830*, 2 (Lima 1832) 57

Code Civil de Napoleón a fin de introducirle las modificaciones necesarias para su adopción en la Gran Colombia; decisiones que no trajeron resultados algunos. La última Constitución de la Gran Colombia, la de 1830, en su artículo 36 Núm. 22 dispuso ser atribución exclusiva del Congreso “*formar los códigos nacionales de toda clase*”.²⁸¹ Estos antecedentes corren a la par, con la ya mencionada iniciativa de O’HIGGINS en 1822, para Chile, de que se tradujera y pusiera en vigor el *Code Civil français*.²⁸² La Gran Colombia subsistió hasta 1830, cuando Venezuela y Ecuador se separaron y se erigieron en repúblicas independientes, y formalmente desapareció con la “Ley Fundamental de la Nueva Granada de 1831, formada como un estado por las Provincias del Centro de Colombia”.²⁸³ La Historia de la codificación en Colombia, es igual que en Quito (Ecuador) y Venezuela, hasta la disolución de la Gran Colombia. A partir de ese entonces, se toman caminos separados.

Disuelta la Gran Colombia y constituido el Estado de la Nueva Granada, el tema de la codificación desapareció del horizonte, con excepción de su programación en la Constitución de 1832, cuyo art. 74 Núm. 24 repitió la norma sobre formar códigos nacionales como atribución del Congreso.²⁸⁴ Las constituciones de Nueva Granada de 1843 y 1853, y la de la Confederación Granadina de 1858 ya no retuvieron una disposición semejante. Suponiendo la ausencia de todo horizonte codificador en lo civil. En 1861, esa Confederación Granadina fue sustituida por un nuevo Estado Federal al que se denominó Estados Unidos de Colombia, cuya Constitución fue emitida en 1863.

A partir de la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853 y durante la Confederación Granadina²⁸⁵ (de 1858 a 1863) y los Estados Unidos de

²⁸¹ Constitución Política de la República de Colombia de 1830. Disponible en: <http://www.inap.mx/portal/images/pdf/lat/colombia/constitucion%20politica%20colombia%201830.pdf>

²⁸² LIRA-URQUIETA, P., *Introducción*, en, *Andrés Bello, XII, Código Civil de la República de Chile I* (Caracas 1954)

²⁸³ VÉLEZ, F., *Datos para la historia del derecho nacional* (Medellín 1891) 10

²⁸⁴ Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1 de marzo de 1832.

Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694>

²⁸⁵ En 1858 se dictó una nueva Constitución Política, que estableció una forma federal con el nombre de Confederación Granadina, sobre la base de los Estados Federales creados previamente.

Colombia (de 1863 a 1886) se fueron creando Estados que tendrían poder para dictar su propia Constitución y adoptar códigos.²⁸⁶

El proceso de codificación empezó como tal en 1853 y terminó en 1887. Inicialmente, y debido al carácter federal del País, la codificación se hizo precisamente por estados.

Así, la historia de la codificación civil en Nueva Granada se inicia con un Decreto de 10 de mayo de 1853 que autorizó al Ejecutivo para contratar la redacción de códigos. Poco después, el jurista, Justo Arosemena, ofreció un proyecto de Código Civil, pero no es sino hasta diciembre de 1857 y en el creado estado de Magdalena, de la Nueva Granada, en dónde se sanciona y se promulga dicho proyecto. De esta manera, el Código Civil de Magdalena, obra de Justo Arosemena, “fue el primer código que hubo en alguna parte de la futura Colombia”²⁸⁷, aunque los restantes Estados no habrían de imitarlo en cuanto al modelo seguido. El proyecto de Arosemena de 1853 constaba de un Título Preliminar; un libro I: de las Personas; un libro II: De la propiedad; y un libro III: de las transacciones, con 1483 artículos y tuvo como base, el Proyecto de Código Civil del Perú de 1847.

En virtud de una reforma en el año 1855 a la Constitución de 1853²⁸⁸, que creó el Estado Federal de Panamá, se estableció en su artículo 4 que, fuera de ciertas materias reservadas a la Nueva Granada “en todos los demás asuntos de legislación y administración, el Estado de Panamá estatuye libremente lo que a bien tenga por los trámites de su propia Constitución”.²⁸⁹ Entre 1856 y 1857, fueron creados los Estados de Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena; en 1861 se creó el Estado de Tolima. En todos los casos, estos Estados estuvieron dotados de las mismas facultades concedidas a Panamá por el artículo 4 de la reforma. De acuerdo con ella, pues, la competencia legislativa general, que incluía las

²⁸⁶ BRAVO LIRA, B., *Codificación civil en Iberoamerica y en la Península Ibérica (1827-1917) Derecho Nacional y europeización*, en, *Fuentes de la Codificación Iberoamericana* (Buenos Aires 1992) 81 ss

²⁸⁷ GUZMÁN BRITO, HCCI., 224.

²⁸⁸ Constitución Política de la Nueva Granada de 20 de mayo de 1853. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696>

²⁸⁹ Creación de los Estados Federales de Colombia. Acto Adicional a la Constitución Creando el Estado de Panamá, de 27 de Febrero, 1855. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/docpais/indice.htm>

materias civiles, quedó reservada a los Estados Federales. Entre 1858 y 1866, los Estados de la Confederación Granadina ejercieron la facultad, pero salvo en dos casos, lo hicieron adoptando como propio el Código de Chile; y aún así, uno de esos casos resultó ser provisional en relación con la generalidad de lo obrado en el resto de los Estados.

El Código Civil de Andrés Bello fue adoptado desde su régimen federal, por los Estados de Santander (1858); Cundinamarca (1859); Cauca (1859); Panamá (1862); Tolima (1862); Bolívar (1862-1883); Boyacá (1863); Antioquia (1865); Magdalena (1866)²⁹⁰

En 1856 Manuel Ancízar, quien desempeñó la representación nacional ante el Gobierno de Chile, se había dirigido a Andrés Bello, con las siguientes palabras:

“...Se ha dado en mi país el último paso para establecer por fin la completa independencia municipal de las secciones, las cuales en lo sucesivo se gobernarán por sí mismas siendo dueñas de todos sus intereses particulares. Entre las nuevas atribuciones que están a punto de conferirse a las grandes provincias que se organizarán dentro de un año con el nombre de Estados, se numera la de darse cada cual la legislación civil y penal que convenga. Pues bien, de varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código civil que Ud. Elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo. Es seguro que Ud. con su bondad genial, se prestará a satisfacer aquel deseo recomendable, pues se trata de aprovecharnos del saber de otros países y de preferir a cualesquiera otras las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser un primer paso dado hacia la apetecida unidad social de nuestro continente”²⁹¹.

Durante la vigencia de la Constitución de 1863 de la denominada en este entonces, República federada de los Estados Unidos de Colombia, el proceso codificador colombiano, contó con Agustín Núñez como delegado para redactar el Código Civil de la Unión. En dicho encargo, realizado por el presidente MURILLO TORO, Núñez tomó como modelo el Código Civil del Estado Soberano de Santander

²⁹⁰ HINESTROSA, CCBC., 7

²⁹¹ HARKER PUYANA, E., *El Código de don Andrés Bello en Colombia*, en, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 201 (1973) 29

de 1858, que había adoptado el Código Civil chileno. Tras su aprobación por la Ley 84 de 1873, el Código Civil para los territorios a cargo del gobierno de de los Estados Unidos de Colombia, comenzó a regir en enero de 1876. HINESTROSA comenta al respecto: “Queda así en claro cómo y cuándo llegó a nuestro país el Código Civil de Chile o Código de Bello. Los Estados de la Confederación Granadina, luego de los Estados Unidos de Colombia, lo fueron adoptando sucesivamente, todos, y por último la Unión, con algunas modificaciones, a partir del Estado de Santander, que sancionó la ley el 18 de octubre de 1858, seguido del Estado de Cundinamarca, que hizo lo propio el 8 de enero de 1859. (...) Y cuando se erigió la República unitaria, el Código Civil de la Unión de 1873, una versión bastante próxima al original del señor Bello, fue adoptado para toda la Nación.”²⁹²

Finalmente, el Estado Federal conocido como Estados Unidos de Colombia, cuya Constitución fue emitida en 1863 fue reemplazado por otro de tipo unitario, con el nombre de República de Colombia, en la Constitución de 1886.

A mediados de abril de 1887, se expidió la Ley 57 sobre "adopción de códigos y unificación de la legislación nacional" que implantó, para todo el ámbito de la República de Colombia, el Código Civil Colombiano (COLCC) aprobado en 1873 por la Ley 84, que es desde ese momento, el que actualmente rige.²⁹³ En materia Derechos Reales, de las normas aplicables a los animales, y en particular, de la clasificación de las cosas, no se ha producido ninguna modificación normativa, dentro del Código, desde ese entonces.

A manera de resumen, citamos las palabras de VERGAS HERNÁNDEZ, sobre el Código Civil Colombiano: “El Código Civil colombiano que todavía nos rige fue adoptado a iniciativa del Presidente MURILLO TORO en 1873, como el código Civil de la Unión, para que rigiera de manera unánime en todos los Estados federados, tomando, con escasas modificaciones, el adoptado en 1858 por el Estado soberano de Santander, que a su vez había adoptado el Código de Bello aprobado como Ley

²⁹² HINESTROSA, CCBC., 9

²⁹³ MAYORGA GARCÍA, F. *Codificación de la legislación en Colombia*, en, *Revista Credencial Historia*. (148 – 2002) Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/indice>

Nacional en Chile en 1855, para el cual sus redactores habían tomado, como una de sus fuentes principales, el Código Civil de Napoleón de 1804, especialmente para el Libro Cuarto relativo a las obligaciones y contratos. El Código Civil de 1873 fue sancionado nuevamente por la Ley 57 de 1887, una vez promulgada la Constitución de 1886.²⁹⁴

2. Código civil colombiano y los animales

a. Clasificación de las cosas

Tal y como se apuntó anteriormente, las diferentes clasificaciones que se hacen de las cosas en el Código Civil Colombiano, tienen como fuente, al Código Civil Chileno, que a su vez, tiene como fuente principal al Derecho Romano y al Código Civil de Napoleón. Por ende, los artículos que vamos a estudiar, responden a momentos históricos y situaciones socio económicas que se vivían en estas sociedades. Como hemos visto al estudiar el CHILCC, las clasificaciones son variadas pues la función que desarrolla cada una es diversa, así como su alcance. Como hemos estudiado, algunas clasificaciones son muy amplias respecto a lo que abarcan, como por ejemplo la de bienes muebles e inmuebles, otras están dadas en consideración a aspectos singulares de las cosas, como las cosas fungibles y no fungibles o las consumibles y no consumibles. También se han clasificado a las cosas, en relación de sus calidades físicas y jurídicas: corporales e incorpóreas; por su relación con otros bienes: singulares y universales, principales y accesorios, simples y compuestos, divisibles e indivisibles, y, por último, en razón del sujeto al cual pertenecen: bienes del Estado y bienes de particulares.

En términos generales, las diferentes clasificaciones de las cosas, se han recogido por el Derecho, por razones prácticas en razón a lo que le interesaba a la sociedad en el momento histórico. De esta manera, la practicidad prima, sobre los factores físicos. A su vez también tienen una importancia sustancial, ya que muchos efectos jurídicos que pueden llegarse a producir, dependerán del tipo de bien a que

²⁹⁴ VARGAS HERNÁNDEZ, C., *La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano*, en, *Revista de Derecho Privado* 8 (2005) 5

nos estemos refiriendo. Así, las diferentes clasificaciones, facilitan la claridad frente a un tema determinado. Su construcción es básicamente jurídica y en este sentido como creación del hombre es artificial.

El artículo 653 del COLCC, es idéntico al Art. 565 del CHILCC, establece una primera clasificación de las cosas, en corporales e incorporeales tal y como vemos a continuación:

“Art. 653 <CONCEPTO DE BIENES>. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”²⁹⁵

La única diferencia, es que el COLCC, contiene un título que precede a cada uno de los artículos. En el presente caso, nos dice que el artículo 653, se refiere al Concepto de Bienes. La clasificación de las cosas corporales e incorporeales, ha sido estudiada a fondo en el apartado E del presente capítulo. Ahora, nos limitaremos a hacer referencia al cuerpo humano, para ver las razones por las cuales, el mismo no se considera como un bien de carácter corporal.

d. El cuerpo humano

Como es sabido, sobre el cuerpo humano, o sobre algunas partes del mismo, se pueden realizar actos jurídicos (ventas, donaciones o comercialización que se hace con el cabello, el semen, la sangre u órganos) sumado a su obvia corporalidad, nos preguntamos entonces en este punto, si el cuerpo humano ¿podría entonces entrar en la definición de cosa? Y ¿Qué pasa con las llamadas transferencias de jugadores de fútbol? ¿Existe una cosificación del cuerpo humano? Y más importante aún ¿Qué es lo que no permite que se le considere al cuerpo humano como cosa?

En primera instancia, hemos de decir, que el cuerpo humano viviente, se ha entendido por el Derecho colombiano, como parte inseparable del sujeto de derecho, y por tal razón, tradicionalmente se ha estimado que no puede ser considerado un

²⁹⁵ COLCC., Art. 653

bien.²⁹⁶ Al ser los seres humanos, sujetos de derechos, no pueden ser al mismo tiempo, considerados como cosas. En efecto, el cuerpo humano no puede reducirse a la clasificación de cosa y por ende, está fuera del comercio jurídico. DUCCI comenta al respecto, que el cuerpo humano, al tener vida, no puede ser objeto de actos jurídicos: “el cuerpo humano en su totalidad, en cuanto continente de vida, no puede ser objeto de acto o convención jurídica algunos, ya que ellos adolecerían de nulidad absoluta por ilicitud del objeto. Si se tratase de una convención sobre un hecho que atentara a la vida, el objeto sería ilícito, porque se trataría de un hecho moralmente imposible, o sea prohibido por la ley, además de ser contrario a las buenas costumbres y al orden público.”²⁹⁷ Además, tal y como hemos señalado en el primer capítulo, jurídicamente la cosa, como objeto, se contrapone a persona y debe ser extraña al sujeto. En los humanos está completamente claro, sin embargo, no en los animales.

Sin embargo, los términos empleados por la doctrina o algunas leyes, como: transferencia o donación de órganos, alquiler o arrendamiento de vientre o útero, recursos humanos, transferencia, venta o préstamo de jugadores, implican una cosificación de la persona humana, al menos, terminológicamente.

Como veremos, los actos jurídicos que se pueden realizar sobre partes del cuerpo humano, se encuentran sometidos a reglas especiales y detalladas, teniendo en cuenta, que se regula un tema muy delicado, como lo es el de las transacciones con partes de cuerpo humano. A este respecto hay una tendencia más o menos generalizada a admitir dichos actos jurídicos cuando tienen un fin socialmente útil. Así, por ejemplo, en Colombia, el Decreto 2493 de 2004 consagra expresamente la prohibición de pago por la donación de órganos:

“Artículo 15. Prohibición de remuneración. Se prohíbe la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto, particularmente se prohíbe:

²⁹⁶ TERNERA BARRIOS, F., *Bienes* (Bogotá 2013) 60 ss

²⁹⁷ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 197

1. Gratificación o pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al Banco de Tejidos o de Médula ósea, a la IPS, la EPS, o cualquier otra persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos.
2. El cobro al receptor por el órgano trasplantado.
3. La publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.”²⁹⁸

De manera categórica en la Ley 919 de 2004 se asegura lo siguiente:

“Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación”.²⁹⁹

Ahora bien, se exceptúan los costos ocasionados por la detección y mantenimiento del donante, y por el diagnóstico, extracción, preservación, pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación, o por el transporte, trasplante, suministro de medicamentos y controles subsiguientes a dicho procedimiento.

Si se trata de un donante vivo se exige que sea mayor de edad; además, no debe encontrarse en estado de embarazo, debe ser civilmente capaz, debe gozar de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud, el cual deberá estar certificado por un médico distinto de aquel o aquellos que vayan a efectuar la extracción y el trasplante (art. 16 del decreto 2493 de 2004).

De igual manera se requiere consentimiento informado expreso del donante, con un término mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de veinticuatro horas, mediante declaración juramentada ante notario público; debe contarse con un concepto favorable del comité institucional de bioética o ética hospitalaria; debe tratarse de la donación de solamente uno o parte de los órganos

²⁹⁸ Decreto 2493 de 2004, Diario Oficial 45631 de agosto 5 de 2004

²⁹⁹ Ley 919 de 2004, Diario Oficial 45771 de 23 de diciembre de 2004, Art. 1

simétricos pares o solamente de parte de un órgano asimétrico o de médula ósea, para su trasplante o implantación inmediata; al donante se le debe advertir previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos inherentes al procedimiento, por la ocurrencia de situaciones imprevisibles. Así mismo, el donante debe haber sido previamente informado sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático y psicológico, y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor; igualmente, en el momento de la extracción del componente anatómico, el donante no debe padecer enfermedad susceptible de ser agravada por el trasplante. Finalmente, al donante vivo se le debe garantizar la asistencia precisa para su restablecimiento.

El párrafo del artículo 16 del Decreto 2493 de 2004 determina que en donante vivo menor de edad y mujer en estado de embarazo la donación solamente procederá para la obtención de células progenitoras, previo consentimiento informado de sus representantes legales cuando sea el caso.

Por otro lado, si la donación se refiere a los componentes anatómicos de donante fallecido, se exige el consentimiento informado del donante y a falta de éste último el de los deudos; pero el donante o los deudos responsables de la donación, en el momento de expresar su voluntad, deben ser mayores de edad y civilmente capaces. Ha de precisarse que la utilización de los componente anatómicos de donante fallecido puede tener lugar cuando obra la presunción legal de donación, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 73 de 1988.

Según el artículo 2 de la Ley 73 de 1988: “existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.”³⁰⁰

³⁰⁰ Ley 73 de 1988, Diario Oficial 38623 de diciembre 21 de 1988

En Chile, la Ley 19451 de 10 de abril de 1996³⁰¹, sobre donaciones de órganos, también establece el principio de la gratuidad de la donación. La normativa francesa precisa que ningún elemento del cuerpo humano puede ser objeto de un derecho patrimonial y destina el Capítulo segundo del título primero del libro primero al *respect du corps humain*. En el art. 16 del Código Civil francés, se estatuye que:

« **Article 16.** *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »³⁰²

Y en el artículo 16-1:

« *Chacun a droit au respect de son corps.*

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »³⁰³

Como podemos ver, basándose en la dignidad humana, el Derecho Francés garantiza la primacía de la persona desde el comienzo de su vida, estableciendo que el cuerpo humano, sus elementos y productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial.

En ciertas legislaciones los actos de trasplantes de órganos podrían tener contenido económico. A partir del artículo 5 del *Codice Civile*, podríamos concluir que los actos relacionados con el trasplante de componentes anatómicos se encuentran permitidos en Italia, siempre que no afecten gravemente la integridad física. El artículo precisa que: los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando generen una disminución permanente de la integridad física o cuando resulten contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres:

³⁰¹ Ley 19451 de 1996, Diario Oficial de 10 de abril de 1996

³⁰² CODE., Art. 16

³⁰³ CODE., Art. 16.1

“Art. 5. Atti di disposizione del proprio corpo

*Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.*³⁰⁴

DUCCI señala que hay una gradación en las convenciones lícitas relativas a la integridad física de las personas: “a) Tenemos en primer término las que se refieren a una alteración leve y no definitiva del cuerpo (por ejemplo, el corte de pelo, la donación de sangre). b) Las que se acuerdan para el bienestar o salud del interesado mismo y que se ciñen a las reglas de la ciencia médica. Así la extracción de un órgano enfermo (apendicitis) o los contratos de cirugía estética. c) Aquellas a que nos referíamos y en que se autoriza la extracción de un órgano con el fin de salvar otra vida humana.”³⁰⁵

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades, que el uso de términos jurídicos que cosifiquen a la persona humana no es admisible. En Sentencia C-037/96, declaró inexecutable la expresión "recursos humanos" de la Ley estatutaria de la administración de justicia. Dijo entonces la Corte:

“El artículo 1º de la Constitución consagra "el respeto de la dignidad humana" como uno de los fundamentos de nuestro Estado social de derecho. Y no es ese un concepto vano, sino al revés, lleno de contenido ético y político. Porque el reconocimiento de la dignidad humana implica la concepción de la persona como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En otras palabras, como un ser que no es manipulable, ni utilizable en vista de un fin, así se juzgue éste muy plausible. El Estado está a su servicio y no a la inversa. Llamar "recursos humanos" a las personas que han de cumplir ciertas funciones, supone adoptar la perspectiva opuesta a la descrita, aunque un deplorable uso cada vez más generalizado pugne por legitimar la expresión.

³⁰⁴ *Codice civile : aggiornato alla Gazzetta ufficiale 31 marzo 2010* (Roma 2010)

³⁰⁵ DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010) 198

Es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga.³⁰⁶

De esta manera, la Corte, basándose en el concepto de dignidad humana, que para esta corporación significa que los seres humanos son un fin en sí mismo y no un medio para un fin, declara que el uso de términos que cosifiquen a los humanos, no es admisible, pues el ser humano no es una cosa que pueda ser objeto de transacciones jurídicas.

La dignidad es el punto fundamental para entender, que los seres humanos no son cosas. Más adelante veremos, que otros pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia, le otorgan dignidad a los animales, e incluso se llega a concluir al respecto, que al ser los animales, seres con dignidad, se deberían al menos, dejar de tratar terminológicamente como cosas, sacándolos de la clasificación clásica de las mismas. Analizaremos dicho pronunciamiento más adelante.

Ahora bien, sobre la transferencia de jugadores en el fútbol profesional, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-320 de 3 de julio de 1997 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero. En la citada providencia, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la Ley 181 de 1995 que hablaba de transferencia de deportistas, lo cual significaba, al menos en sentido literal, que los clubes eran propietarios de esos jugadores y que podían realizar transacciones jurídicas sobre los mismos. La Corte entendió que el término de transferencia de un deportista, era incompatible con la Constitución, ya que “desconoce la dignidad de los deportistas, a quienes cosifica y vulnera la terminante prohibición de la esclavitud y de la trata de personas, pues parece convertir a los clubes en propietarios de individuos.”³⁰⁷, por lo que estableció, que lo que se transfería eran los derechos deportivos, más no a la persona misma.

³⁰⁶ CCOC., *Sentencia C-037/96*. Disponible en:
<http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/96-C-037.htm>

³⁰⁷ CCOC., *Sentencia C-320/1997*. Disponible en:
<http://www.ddc.com.co/data/SENTENCIAS/C-320-97.htm>

El ser humano, al ser considerado como sujeto de derechos y obligaciones, está fuera de la clasificación de las cosas. Como vimos, la Corte ha considerado, que debido a al valor de la dignidad humana, no podríamos considerar a ningún ser humano como cosa, a pesar de que su imagen, o sus actuaciones, puedan tener un valor económico importante y sobre todo, en el caso de los jugadores de fútbol, a pesar de que pueda otra persona natural o jurídica, ser propietaria del ejercicio de sus derechos deportivos o de imagen.

A pesar de lo expuesto anteriormente, podemos afirmar, que algunas partes del cuerpo, separadas de la persona, sí que pueden ser cosas, como el cabello, el semen, las uñas, pues pueden ser apropiadas por otra persona.

e. Cosas muebles e inmuebles

El artículo 654 del COLCC, clasifica a las cosas corporales, siguiendo el mismo patrón que el artículo 566 del CHILCC:

“Art. 654. <LAS COSAS CORPORALES> Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.”

Se clasifica a las cosas corporales, dependiendo de su movilidad o inmovilidad. No obstante esta división, tanto en el CHILCC, como en el COLCC el carácter movable o inamovable de la cosa no es siempre determinante para imponerle la calificación de “mueble” o “inmueble”. De esta manera, la clasificación de los bienes muebles e inmuebles, la que en principio puede tener una explicación física por cuanto su diferencia consiste en un aspecto mecánico (esto es, que puedan o no trasladarse de un lugar a otro, por una fuerza exterior o por sí mismos) en algunos casos responde a factores prácticos, pues la Ley clasifica en algunos casos, a las cosas, independientemente de su naturaleza física, como es el caso de los muebles por anticipación, inmuebles por adhesión o inmuebles por destinación.

En Colombia, la tradición de un inmueble se realiza mediante la inscripción de la escritura pública en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ubicación del

bien.³⁰⁸ La fijeza de los inmuebles justifica la organización general del registro inmobiliario, a fin de que la propiedad y demás derechos reales sobre tales bienes, tengan la máxima publicidad. En términos generales, no sucede lo mismo con las cosas muebles, pues a causa de su duración limitada y no segura identificación, no puede organizarse una publicidad práctica y eficiente para el régimen jurídico de tales cosas.³⁰⁹

El Código civil colombiano, refiriéndose a las cosas corporales, en su Artículo 655, define las cosas muebles, indicando:

“Art. 655. <MUEBLES> Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.”³¹⁰

El artículo, que como vimos en el apartado anterior del presente capítulo, es tomado del art. 567 del CHILCC, establece, que se consideran muebles, las cosas que pueden ser movilizadas de un lugar a otro, indicando que se denominarán semovientes a aquellas que se mueven por sí mismas (animales) e inanimadas a aquellas que sólo se mueven en virtud de una fuerza externa (mesa, ordenador). Tal y como vimos al estudiar el CHILCC, ésta definición de cosas muebles, es la que se le otorga a los muebles por naturaleza, en contraposición a los muebles por anticipación.³¹¹ El concepto así, está identificado con la movilidad de la cosa corporal.

³⁰⁸ Decreto Ley 1250 de 1970, Art.2. Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1970/decreto_1250_1970.html

³⁰⁹ VALENCIA ZEA, ORTIZ MONSALVE, DC.II., 11 ss

³¹⁰ COLCC., Art. 655

³¹¹ El artículo 659 del COLCC se ocupa de definir los muebles por anticipación así: *“Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y frutos de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina y a las piedras de una cantera”*

A pesar de establecerse la diferencia en la definición de cosas muebles que hace el artículo 655 del COLCC, entre cosas inanimadas y semovientes (animales), al igual que sucede con el CHILCC ambas categorías están sujetas a los mismos principios y a las mismas normas a lo largo del Código.

En este sentido, el artículo 662 del COLCC establece, la fórmula utilizada en el Art. 574 del CHILCC:

“Art. 662 <COSA MUEBLE> Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles según el artículo 655.”

Asimismo, el propio COLCC, tomando el modelo del Art. 608 del CHILCC, proporciona una clasificación de los animales en el artículo 687, que será igualmente relevante respecto de la adquisición de la propiedad de los mismos y respecto de la responsabilidad civil. El artículo mencionado, consagra lo siguiente:

“Art. 687 <ANIMALES BRAVÍOS, DOMÉSTICOS Y DOMESTICADOS>. Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres o independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados, los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen de cierto modo el imperio del hombre.

Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos.”

Podemos observar entonces, que el artículo clasifica a los animales en: bravíos o salvajes, domésticos y domesticados, al igual que hizo Andrés Bello en el CHILCC. El estudio de dicha clasificación, ya se hizo al estudiar el CHILCC en el apartado E del presente capítulo.

f. Animales como Inmuebles por destinación

En virtud del artículo 658 del COLCC ciertos bienes muebles por naturaleza, incluidos algunos animales, pueden ser calificados jurídicamente como inmuebles.³¹²

El artículo 658 del COLCC, es tomado en su integridad, del Art. 570 del CHILCC, ya estudiado en el literal E del presente capítulo, y nos presenta la misma lista enunciativa de inmuebles por destinación, que vimos anteriormente. Sobre esta lista se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia colombiana en los siguientes términos:

“La enumeración comprendida en el artículo 658 del COLCC. no es taxativa. Puede afirmarse que en general se comprenden dentro de la categoría de inmuebles por destinación todas las maquinarias, utensilios y elementos usados en un establecimiento agrícola, industrial o comercial, adherente al suelo, perteneciente al dueño de éste, porque todos ellos reúnen la condición de estar permanentemente destinados a la explotación del inmueble.”³¹³

El estudio de los animales como inmuebles por destinación, ya se ha hecho en el literal E del presente capítulo, por lo que nos remitimos al mismo.

b. Formas de adquirir la propiedad de los animales.

El derecho real de dominio que se reconoce por el Código sobre los animales clasificados anteriormente, puede adquirirse por tradición, usucapión, sucesión *mortis causa* y ocupación. Al ser considerados por la Ley, como Bienes muebles, su compraventa es consensual, y la tradición se perfecciona con la simple entrega.

El artículo 687 antes visto, que clasifica a los animales, se encuentra en el COLCC dentro del Título IV, que regula, la Ocupación, siguiendo la misma estructura del CHILCC. Recordemos que la Ocupación es la forma de adquirir la propiedad, de las cosas que no pertenecen a nadie, por lo que la clasificación, así como vimos en el

³¹² COLCC., Art. 658

³¹³ CSJ., Sentencia de 16 de diciembre de 1954

CHILCC, toma relevancia, en los artículos siguientes, en donde se establecen las diferentes formas de adquirir la propiedad de los animales, según su naturaleza.³¹⁴

El artículo 695 del COLCC, <PROPIEDAD DE ANIMALES BRAVÍOS> establece lo mismo que el 619 del CHILCC³¹⁵. En el COLCC, es el artículo 693 el que regula la ocupación de animal Bravío, al igual que vimos que lo había hecho el Art. 617 del CHILCC³¹⁶

Asimismo, el artículo 694 del COLCC, establece la prohibición que estableció el Art. 618 del CHILCC, de perseguir al animal bravío “que ya es perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.”³¹⁷ El artículo 696 del COLCC establece una disposición sobre la propiedad de las abejas, en el mismo sentido que lo hizo el 620 del CHILCC³¹⁸; y el COLCC, Art. 697 sobre las palomas, como lo hiciera el Art. 621 del CHILCC³¹⁹

De ésta manera, el Código Civil colombiano ha tomado, en su integridad, las mismas disposiciones sobre el derecho de cosas, y respecto de los animales, del CHILCC, por lo que nos remitimos a lo ya dicho en el literal E. del presente capítulo, en todas sus disposiciones.

c. Responsabilidad civil por daños causados por animales

La clasificación de animales en bravíos o salvajes; domésticos y domesticados, también resulta relevante para la responsabilidad civil extracontractual, en el sistema jurídico civil colombiano, puesto que los daños causados por animales domésticos o domesticados están regulados en el artículo 2353 del Código Civil., mientras que los originados en la actividad de aquellos catalogados como bravíos o fieros, se define a la luz del artículo 2354. Estos artículos pertenecen al grupo de disposiciones que en el

³¹⁴ COLCC., Art. 685

³¹⁵ COLCC., Art. 695

³¹⁶ COLCC., Art. 693

³¹⁷ COLCC., Art. 694

³¹⁸ COLCC., Art. 696

³¹⁹ COLCC., Art. 697

Título 34 del mismo estatuto regulan la responsabilidad por “el hecho de las cosas” cuando éstas escapan al dominio del hombre. Vamos a estudiar detenidamente lo que determinan las referidas normas: El Art. 2353 del COLCC es el mismo que el 2326 del CHILCC³²⁰ y el 2354 del COLCC, es el mismo que el 2327 CHILCC.

De ésta manera el Art. 2353 del COLCC, se apoya en la culpa; *a contrario sensu*, el Art. 2354, referida al daño causado por un animal fiero, establece una responsabilidad que toma su apoyo en la sola tenencia del animal, de que no se reporta utilidad para la guarda o vigilancia del predio, hecho este que por su propia naturaleza es demostrativo de la culpa, razón por la cual no les es permitido alegar que no le fue posible evitar el daño, y si lo hiciera, no será oído. Es decir, que ese hecho (el daño) es ilícito de por sí.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia colombiana al analizar el artículo 2354 del Código Civil, consideró que:

“Esta responsabilidad, como en general la de los demás casos que contempla el citado Título del Código Civil se cimienta en la culpa del tenedor; y a pesar de que se aproxima o penetra de cierto modo en la esfera de la responsabilidad objetiva, no logra sin embargo adquirir la naturaleza de ésta en vista de que la culpa presunta que consagra el canon aludido, es su fundamento. “(...) equivale a una culpa automática y constituye un medio más eficaz de protección a la víctima del daño, por extremar la ley así la diligencia exigible al tenedor del animal a quien no le permite alegar que observó suficientes precauciones en su custodia para evitar el perjuicio, ya que la sola producción de éste revela que aquellas fueron inadecuadas.”³²¹

No obstante, El Consejo de Estado colombiano, en Sentencia del 23 de mayo de 2012, al analizar el artículo 2354, consideró inadmisibles:

“Un escenario de responsabilidad asentado sobre una presunción de culpa en el que la misma esté graduada como de derecho, es decir, que no admita prueba en contrario. En otros términos, resulta contradictorio que se indique que

³²⁰ COLCC., Art. 2353

³²¹ CSJ., Sala Plena, Sentencia del 6 de abril de 1989

un tipo de responsabilidad está fundamentada en la culpa, pero, a continuación, se niegue la posibilidad de probar diligencia y cuidado, por cuanto de esa afirmación se desprende una incongruencia lógica formal que riñe con los principios de identidad, de no contradicción y de tercero excluido. En consecuencia, la responsabilidad en este tipo de escenarios se estructura a partir de la concreción del riesgo creado, es precisamente esa actividad peligrosa –la de ser el guardián de un animal fiero o salvaje– lo que genera que el daño sea imputable al demandado, salvo que se acredite una causa extraña³²²

En dicha Sentencia, el Consejo de Estado decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 14 de febrero de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la que se decidió negar las pretensiones de la parte demandante que en ejercicio de la acción de Reparación Directa, instauró contra el Municipio de Anserma, Caldas, por hechos sucedidos en 1999 donde perdió la vida el señor Jesús Antonio Hincapié García, durante una fiesta popular, denominada “corraleja” después de que, un toro lo embistiera.

Esta sentencia, del Consejo de Estado es de suprema importancia para el tema que tratamos, porque se planteó si la responsabilidad derivada del comportamiento de los animales debería ser analizada como una especie de aquella relativa al hecho de las cosas, o no.

El Consejo de Estado inicia su pronunciamiento, comentando la clasificación y distinción que el Código Civil hace entre animales fieros, domesticados y domésticos, apuntando una salvedad al artículo: que existen animales salvajes que no necesariamente pueden ser catalogados como fieros, en los términos del artículo 2354 del COLCC ya que su naturaleza no los convierte en tales y da como ejemplo a algunos peces.

Para el Consejo de Estado, el anterior matiz o diferencia, resulta relevante para la responsabilidad, puesto que como vimos, los daños causados por animales

³²² CEC., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de mayo de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48092>

domésticos o domesticados están regulados en el artículo 2353 del COLCC mientras que los originados en la actividad de aquellos catalogados como bravíos o fieros, se define a la luz del artículo 2354.

La ubicación en una u otra disposición, a la luz de la ley y de la interpretación brindada por el Consejo de Estado, reside en la connotación del título de imputación aplicable, ya que el primer precepto citado se apoya en la culpa y, la segunda disposición citada tiene un alcance disímil, ya que su fundamento se halla en la teoría del riesgo creado, circunstancia por la cual el régimen sería el objetivo de riesgo excepcional, sin que el demandado pudiera exonerarse de responsabilidad con la acreditación de haber actuado con diligencia y cuidado, bastándole al demandante la demostración del daño y la imputación fáctica, esto es, la conexión entre la lesión antijurídica y el comportamiento activo u omisivo de la administración pública.

El Consejo de Estado colombiano, en la Sentencia citada, inicia su argumentación, indicando que los animales tienen dignidad en sí mismos, porque “son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano. Sin esta fundamentación estructurada en la noción de “capacidades”, no sería posible, por ejemplo, reconocer derechos fundamentales en cabeza de las personas jurídicas, tales como la garantía constitucional al debido proceso.”

Para el Consejo de Estado, la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto; por tal motivo, la responsabilidad derivada de los animales domésticos, domesticados o fieros no podría ser entendida como una especie de aquella que se refiere al hecho de las cosas. Y concluye: “El principio de dignidad implícito en los animales, haría que toda institución jurídica, tuviera en cuenta esta condición, que serían fines en sí mismos, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos (v.gr. el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros).”³²³

³²³ CEC., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de mayo de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48092>

Es muy significativo, que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo del país, considere que la dignidad implícita a los animales, obligue a que toda institución jurídica que trate sobre ellos, tenga en cuenta esta condición. Y es precisamente, quitando a los animales de la clasificación de las cosas, según nuestro entender, el primer paso. Pero como vimos, el Consejo de Estado fue más allá y consideró que, los animales son susceptibles de ser titulares de derechos y estableció unos ejemplos: (el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros). Establecer lo anterior, tendría consecuencias jurídicas muy importantes, pues como sabemos, solo las personas, pueden ser sujetos de derechos.

En este sentido indicó, que “es pertinente reconocer valor propio en los animales y otros seres vivos, y si bien resulta válido que el hombre en ocasiones emplee aquéllos para garantizar o mejorar su bienestar, o realizar actividades laborales o de recreación, lo cierto es que esta circunstancia no impide ni supone la negación de esa fundamentación filosófica que permite que la interpretación y hermenéutica del ordenamiento jurídico se efectúe bajo el reconocimiento de que son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos. De modo que, una lectura constitucional del Código Civil no puede arrojar como resultado que la responsabilidad por el hecho de los animales sea regida bajo los principios, ni las reglas propias de lo referente a las cosas. Por ello, es preciso que la interpretación de los artículos 2353 y 2354 de la mencionada codificación se ajuste a los postulados constitucionales y filosóficos que reconocen el valor como seres vivos de los animales y, por lo tanto, su capacidad para ser titulares de derechos, sin que se les pueda imputar responsabilidad directamente a ellos mismos por su comportamiento, sino a través de sus propietarios o quienes ostentan su guarda material.”

G. Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino de VÉLEZ SARSFIELD es considerado por GUZMÁN BRITO como el segundo código civil en importancia en Latinoamérica. La codificación argentina, inauguró un nuevo estilo, que GUZMÁN BRITO denomina ecléctico, pues se trató de un cuerpo legal no obediente a un modelo único, sino a una multitud de

modelos sin predominancia de ninguno, que aparta a la obra resultante de todos ellos.³²⁴ Como veremos, tanto el Derecho Romano, como el Derecho Científico, así como los Códigos Civiles expedidos tanto en la Región, como en Europa, fueron estudiados por Vélez e influenciaron su obra.

La historia de la codificación civil argentina empezó con tardanza. Las seis décadas transcurridas entre la Revolución de independencia de 1819 y la sanción del Código Civil en 1869 constituyen un complejo proceso, durante el cual se expusieron puntos de vista no siempre concordantes acerca de la conveniencia, oportunidad, forma y alcance de la codificación. Al igual que lo hicimos con la figura de Don Andrés Bello, nos referiremos brevemente al redactor del Código Argentino, a Don Dalmacio Vélez Sársfield.

Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD nació el 18 de febrero de 1800, en Córdoba Argentina³²⁵. A la edad de 20 años ya tenía su título de bachiller en leyes y trabajó en el bufete de José Dámaso XIGENA, Asesor del Gobierno³²⁶. En 1823 se trasladó de su Córdoba natal a Buenos Aires, donde ejerció desde entonces y hasta el fin de su vida, la profesión de abogado.³²⁷ Fue Diputado por la Provincia de San Luis al Congreso de 1825 cuya finalidad era la de proponer una Constitución a la República³²⁸ y que produjo la de 1826.³²⁹

A principios de 1852 VÉLEZ creó el periódico, El Nacional, y estuvo muy activo en la política de crear un proceso para formar una nueva constitución.

El 1 de mayo de 1853 se sancionó la Constitución Nacional por el Congreso General Constituyente. En dicha Constitución, más concretamente en su artículo 64 inciso 11, se estableció que corresponde al Congreso “*dictar los Códigos Civil,*

³²⁴ GUZMÁN BRITO, HCCI., 265 ss

³²⁵ CHÁNETON A., *Historia de Vélez Sársfield I* (Buenos Aires 1938) 13-16

³²⁶ CHÁNETON, HVS. I., 23-24

³²⁷ CHÁNETON, HVS. I., 32-35

³²⁸ DÍAZ BIALET, A., *La transfusión del Derecho Romano en la Argentina (S. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)*, en, *Roma e America. Diritto Romano Comune* 10/2000 (2000) 283 ss

³²⁹ CHÁNETON, HVS. I., 58

Comercial, Penal y de Minería".³³⁰ VÉLEZ trabajó con Eduardo ACEVEDO en la preparación del Código de Comercio para Buenos Aires el cual fue completado en 1857 y fue aplicado nacionalmente en 1862.³³¹

El 6 de junio de 1863 el Congreso de la Nación autorizaba al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar los Códigos. El 20 de octubre de 1864, en uso de dicha autorización, se nombró por el Presidente de la República, MITRE, a Don Dalmacio Vélez Sársfield, para redactar el Proyecto de Código civil³³². En menos de un año, Vélez tenía escrita la primera parte del código sobre personas. El proyecto completo del Código fue publicado y aprobado en 1869 y llegó a ser efectivo en 1871.³³³

Así describió Vélez el estado del Derecho antes de la codificación: "Aquí rige el Código llamado Fuero Real; las doscientas y más Leyes de Estilo; el voluminoso cuerpo de Leyes de Partidas (1263); seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación (1805) y cuatro de las Leyes de las Indias; a más de todo esto multitud de Cédulas Reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias, que aún no se han recopilado. Esta es la legislación española (para América y Argentina). Unas no han abolido las otras (...) el pro y el contra pueden igualmente invocarse (...) resulta así que el arbitrio del Juez es la ley suprema (...) Frente a esta variedad de leyes y el arbitrio judicial, por qué tomando por base el derecho existente no podríamos reformar las leyes dadas por el reino de España desde el siglo XIII?"³³⁴

Cuando el Poder Ejecutivo argentino encomienda a Vélez Sársfield la redacción del Código Civil, le pidió, que anotase en cada artículo la conformidad o discrepancia de los mismos con el derecho vigente y con los principales códigos civiles del mundo. Y además, le encarecía que expusiera por separado "los motivos de aquellas resoluciones principales que alteran el derecho actual y las razones fundamentales de

³³⁰ Constitución de la Confederación Argentina de 1 de mayo de 1853. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2113/17.pdf>

³³¹ CHÁNETON, HVS. I., 390

³³² MIROW, CNYCBVS., 14

³³³ MIROW, M.C., *Latin American Law, A History of private law and institutions in Spanish America* (Austin 2004) 139

³³⁴ DÍAZ, BIALET, A., *La transfusión del Derecho Romano en la Argentina (S. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)* en, *Roma e America. Diritto Romano Comune* 10/2000 (Roma 2000) 290

las nuevas disposiciones que es muy probable ha de juzgar necesario introducir para elevar nuestra legislación al nivel de los progresos de la civilización y de la ciencia”.³³⁵

Es de resaltar la diligencia con la que el gobierno manejó la reforma de la legislación civil. Dos elementos iban a servir de apoyo para la labor de Vélez: el derecho vigente y los principales códigos civiles del mundo. El código civil Argentino está formado por 4051 artículos. A todos los artículos significativos, Vélez les hizo un comentario, que se llaman las notas de código Civil, de acuerdo al encargo encomendado por el Gobierno. Estas notas en conjunto, por su extensión y sistemática, constituyen un tratado de Derecho Civil y de Legislación comparada. En las notas, formuló la doctrina que da sustento histórico, ético y social a los artículos.³³⁶

Vélez respondió al encargo, sosteniendo que en una tarea de esta naturaleza, las obras sobre legislación comparada representaban una importante ayuda, pero advertía que “las ciencias no son estacionarias, el progreso es su vida que se manifiesta por trabajos incesantes para comprobar los resultados adquiridos. A cada época las cuestiones científicas se transforman y cambian de aspecto. El código francés ha sufrido infinitas reformas aun en las naciones que se propusieron adoptarlo; y en la misma Francia, la nueva costumbre, la mayor civilización, la marcha del mundo han hecho derogar resoluciones de ese código que en su creación pasaron como principios inmutables. Un estudio mayor y observaciones más serias son del todo necesarias cuando se trata de una legislación como la nuestra, nacida en la edad media, y tomada del derecho canónico; pero que entre tanto ha formado la costumbre de estos países nacidos y creados bajo ella; y nos hallamos, por otra parte, en los días de una transformación social, en usos y costumbres, con otras ideas religiosas, y bajo muy diversa constitución política (...) una colección de buenas leyes civiles sólo podrá obtenerse por los estudios y observación de muchos jurisconsultos, por la experiencia de los tribunales y por el verdadero conocimiento del estado actual de las costumbres y creencias religiosas de la República”.³³⁷

³³⁵ ANZOÁTEGUI, LCA., 374

³³⁶ ZAVALIA, R, *Código Civil: República Argentina* (Buenos Aires 2000)

³³⁷ ANZOÁTEGUI, LCA, 375

Vélez proponía así, un equilibrio entre las fuentes esenciales propias de la tarea codificadora, haciendo una convenida valoración tanto de la realidad social sujeta a la normativa, como del alcance que ofrecía el auxilio internacional de la ciencia jurídica.

El trabajo de Vélez se basa en diferentes códigos europeos y Latinoamericanos, en especial en el código chileno de Andrés Bello, en el Código Brasileiro de FREITAS y en el Código Francés de 1804. Igualmente dentro de sus fuentes, encontramos las Siete Partidas, el Fuero Real, las Recopilaciones, el Código español de García Goyena, y Savigny, el Derecho Romano y el Derecho Científico.³³⁸ En este sentido, la codificación argentina, fue original, si admitimos que la originalidad está presente también en la labor de recibir, fusionar y adaptar distintas tendencias foráneas. Al respecto, el mismo Vélez señaló las fuentes que nutrían su trabajo, en el primer oficio de remisión al gobierno del primer libro del proyecto, fechado el 21 de junio de 1865:

“Para este trabajo, he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del Sr. Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del Sr. Goyena, y sobre todo del Proyecto de código civil que está trabajando para el Brasil el Sr. Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zachariae, la grande obra del Sr. Serrigny y sobre derecho administrativo del imperio romano, y la obra de Story, Conflic of Laws. En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original nacida con la nación, y que con ella crecía, podíamos recurrir al derecho científico, del cual pueden ser dignos representantes los autores citados. Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para los pueblos nuevos, después de la creación del Imperio de Oriente, formó el Digesto de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos”³³⁹.

³³⁸ MIROW, CNYCBVS., 14

³³⁹ VELEZ, SANSFIELD, D., *Proyecto de Código Civil para la República Argentina* (Buenos Aires 1865). Disponible en:

<http://archive.org/details/proyectededigo00unkngoog>

El Derecho Romano fue fuente de vital importancia para el trabajo de Vélez. Su proyecto estuvo hecho, con base en todos los códigos modernos y las obras de los primeros jurisconsultos. Al respecto señala SCHINAPI: es un “código que hace suyas las raíces del derecho común latinoamericano que se había formado sobre la base de la tradición ibérica del derecho romano y del constante diálogo de ésta con la totalidad del sistema romanista, con el que la independencia acentúa la directa comunicación, mientras especifica asimismo la dimensión latinoamericana y se dirige a todos los hombres”³⁴⁰

1. Debates alrededor del Código de Vélez

Uno de los más importantes debates en torno al proyecto de Código Civil, lo sostuvieron Juan Bautista Alberdi y el mismo Dalmacio Vélez Sársfield. A Alberdi, le interesaba vigilar los perfiles del código, en lo que se refiere al fundamento teórico del mismo, a las fuentes, y al método. Atacaba al código, por su dependencia en fuentes brasileras, afirmando que ellas no correspondían con los objetivos sociales y políticos de Argentina, y por el uso de fuentes españolas, sospechando su uso debido al origen colonial.³⁴¹ Afirmó en su crítica, que el Proyecto de Vélez pretendía introducir las costumbres brasileras en la sociedad argentina, y que era el fruto de la política del Brasil para extender su conquista a los pueblos de la Plata. Esto, puesto que como vimos, Vélez había destacado en el oficio de remisión la obra de Freitas como fuente principal. Por otro lado, aunque para Alberdi era necesaria la reforma de la Ley Civil, él consideraba que la misma debía hacerse de forma gradual, poco a poco, y no a través de un Código Civil. Para Alberdi, no era un Código Civil lo que necesitaba la República, sino gobiernos, orden, paz, y “simple seguridad para el goce de las leyes uniformes que no le faltan, y que pueden darse bajo el dictado gradual de la experiencia”³⁴² En todo caso según Alberdi, el Código debería ser corto, pues la idea de Codificación representaba en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislación muy amplia, numerosa y caótica.

³⁴⁰ SCHIPANI, S., *Dalmacio Vélez Sarsfield y la unificación del derecho en América Latina*, en, *Roma e America. Diritto Romano Comune 10/2000* (Roma 2000) 264

³⁴¹ MIROW, CNYCBVS., 14

³⁴² GARCÍA, R., TEXO, C., *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino* (Buenos Aires 1920) 166-167

En otro momento, sobre las fuentes y la influencias usadas por Vélez, sostenía Alberdi que “las buenas leyes no son las más perfectas en abstracto, sino las más apropiadas a la capacidad y carácter del País que debe recibirlas”³⁴³ y añadía: “el doctor Vélez ha tenido presente para su obra todos los códigos de los dos mundos, todas las doctrinas de la ciencia, excepto las fuentes naturales del derecho civil argentino”³⁴⁴. Lo anterior, puesto que para Alberdi, existían fuentes propias argentinas suficientes de dónde pudiera surgir un Código Civil, que fueron olvidadas por Vélez.

Vélez declaró que ALBERDI no había leído el código en su totalidad, y que sus críticas estaban basadas únicamente en la corta introducción de Vélez cuando el primer libro del código fue enviado al gobierno³⁴⁵. VÉLEZ insistió en que su código, tenía tres pilares fundamentales: el derecho existente, las reformas exigidas por la experiencia y las nuevas leyes propias del actual estado social. Asimismo, deja claro que la primera fuente de la que se valió, fueron las leyes vigentes en Argentina en ese momento, a pesar de haber dicho antes que había sido el trabajo de Freitas. Sobre el derecho científico, también criticado por Alberti, Vélez comentó:

“Yo me proponía que en mi código apareciera el derecho científico, como lo llaman los alemanes acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia, si yo alcanzase a tanto; y por esto justifico las resoluciones del código con los escritores más conocidos de todas las naciones”³⁴⁶.

El proyecto de Vélez Sarsfield tuvo un rápido trámite legislativo. Enviado al Congreso el 25 de agosto, fue tratado y sancionado en los últimos días de septiembre y el Poder Ejecutivo promulgó la ley respectiva. El 1 de enero de 1871 empezó a regir el nuevo Código Civil Argentino, vigente hasta el día de hoy.

a. Las cosas en el Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino (ARGCC) redactado por Dalmacio Vélez Sársfield, entró en vigencia en 1871 y que constituyendo la base del Derecho civil argentino

³⁴³ GARCÍA, TEXO, JUICIOS., 190

³⁴⁴ GARCÍA, TEXO, JUICIOS., 198

³⁴⁵ MIROW, CNYCBVS., 14

³⁴⁶ GARCÍA, TEXO, JUICIOS., 242

hasta la actualidad, en su libro tercero, de los Derechos Reales, título primero, denominado: De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación a los Derechos, estableció lo siguiente respecto del concepto de cosa:

“Artículo 2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.”³⁴⁷

Como vemos, el ARGCC define a las cosas, como objetos materiales susceptibles de tener un valor. En primer lugar, hemos de decir, que el ARGCC se aparta de la utilización de los términos del Derecho Romano de cosas corporales e incorpóreas, que fue adoptada por el Código civil de Andrés Bello y por el Código civil Colombiano, para entrar a considerar a las cosas como objetos materiales que a su vez tienen un valor. Naturalmente, la materialidad no se refiere únicamente a aquellas que pueden tocarse (*quae tangi possunt*) como sucedía con la corporalidad en el Derecho Romano, la materialidad es un concepto más amplio que incluye a todos los objetos que tengan materia, o que puedan llegar a ser percibidos por los sentidos. Dicho esto, lo que tiene una verdadera repercusión en el concepto de cosa para el ARGCC es la susceptibilidad de apropiación.

En las notas del Código Civil de la República Argentina, tales como fueron publicadas por Vélez Sarsfield en su proyecto del código, sancionado por el Congreso Argentino, en aquella que se refiere al artículo citado, se puede ver, que Vélez tomó como fuente el proyecto de Freitas:

“El señor Freitas pone al artículo 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que solo deben entenderse por *cosas* los objetos materiales, y que la división en cosas corporales é incorpóreas, atribuyendo á la palabra cosas cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, trayendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles. La palabra *cosas*, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no solo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sinó todo lo que en la

³⁴⁷ ZAVALIA, ARGCC.

naturaleza escapa á esta apropiación exclusiva, el mar, el aire, el sol, etc. Mas, como objeto de los derechos privados, debemos limitar la estension de esa palabra á lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Asi, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie.”³⁴⁸ [sic]

Vélez resalta, que fuera del Derecho, la palabra cosa comprende en realidad, todo lo que existe. Por otro lado, el término cosa, utilizado por el ARGCC, es un término jurídico, que es atribuido a aquellos objetos materiales que pueden ser sometidas al control de un sujeto de derechos, es decir, que tienen un valor y que además, son susceptibles de apropiación. De esta manera, aquella entidad que no es susceptible de apropiación, no es considerada como cosa desde un punto de vista jurídico. El concepto de cosa, entonces, es un concepto amplio si se utiliza por fuera del ARGCC, pero es restringido dentro del mismo, pues es utilizado para referirse a los objetos de los derechos privados. Como veremos más adelante, los entes que son considerados como cosas por el ARGCC, son, a su vez, considerados como bienes.

Por otro lado, como se puede leer en la cita, Vélez citando a Freitas, comparte la idea según la cual, la división de las cosas entre corporales e incorporales, puede llegar a ser confusa, ya que a través de ella, se llega a incluir todos los elementos propios del patrimonio, dentro del concepto de cosa, tengan materialidad o no.

Recordemos que para Gayo, la *res* no es solamente la entidad material susceptible de aprovechamiento por el sujeto de derechos, sino que es también “todo objeto del derecho privado, aun cuando éste no sea una porción del mundo externo, como es el acto a que se obliga a cumplir el deudor, en el ámbito de los derechos de créditos. De allí que el “Derecho de cosas” de Gayo se extiende tanto al ámbito jurídico-real como al jurídico-personal.”³⁴⁹ De esta manera, dentro del concepto de cosa, Gayo incluyó al derecho patrimonial en sí mismo considerado, entendido como elemento del patrimonio, por ejemplo, como pasa con la Herencia, en dónde no importa que dentro de la misma estén incluidas cosas corporales, puesto que el derecho de sucesión en sí mismo es incorporal. Por esta razón, en Roma, los

³⁴⁸ VÉLEZ SARSFIELD, D., *Notas del Código Civil de la República Argentina* (Buenos Aires 1872) 132

³⁴⁹ TOPASIO FERRETTI, A., LBDR.,11

derechos patrimoniales fueron entonces considerados, como cosas incorpóreas, como las servidumbres, el derecho de usar y disfrutar, el derecho de crédito, el derecho de sucesión, etc. En este punto, Vélez concuerda con Freitas, en que dentro del concepto de cosas, sólo deben incluirse a los objetos materiales susceptibles de tener un valor, para, de ésta manera, evitar confusiones.

En conclusión, Vélez deja por fuera del concepto jurídico de cosa, a las inmateriales pues para Vélez, los elementos fundamentales del concepto de cosa, son la materialidad y el valor de la entidad de la que estemos hablando. Entendemos que se refiere a un valor económico, y en este sentido, se apela a la capacidad de ser apropiable, es decir, de entrar en el patrimonio de un sujeto de derechos. Lo anterior queda más claro, cuando se lee la segunda parte del artículo, en donde se habla de la susceptibilidad de apropiación, al referirse a la energía y a las fuerzas naturales, para assimilarlas a las cosas. La susceptibilidad de apropiación siempre ha sido de vital importancia en el concepto jurídico de cosa. En palabras de GIMÉNEZ-CANDELA, “Dada la función del derecho de regular la vida de una sociedad organizada, se conciben como cosas aquéllas que socialmente se consideran unitarias y distintas y que proporcionan una utilidad, es decir, que tienen un valor económico, o que son susceptibles de una apropiación personal. Este criterio marca ya un importante punto de diferenciación. El concepto jurídico de cosa, pues, que es convencional, aunque no puramente abstracto, varía de época a época y de civilización a civilización.”³⁵⁰.

Los animales, en su gran mayoría, además de su obvia materialidad, a día de hoy, siguen teniendo un valor económico, que en algunos casos llega a ser muy significativo, principalmente aquellos conocidos como animales de producción. América Latina sigue siendo una región muy rural, cuya economía, en la mayoría de los países, depende de la agricultura. En otros tipos de animales, el valor económico de los mismos disminuye, no llega a ser tan claro o incluso llega a desaparecer. Los animales de compañía, siguen teniendo un valor de mercado y aún es legal y posible la compra y venta de éste tipo de animales. Hemos de resaltar, que algunos individuos dentro de éste grupo, pueden llegar a tener valores de mercado muy altos, debido a su raza o carga genética. Sin embargo, hay otros animales de compañía, que entendemos nosotros, el valor de los mismos se encuentra para su propietario, en una

³⁵⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, DRP., 171

relación afectiva y de compañía, muy difícilmente valorable en términos económicos y de mercado. Asimismo, tenemos otros animales que se encuentran fuera del comercio, por razones de protección de la biodiversidad o del medio ambiente. En este grupo, entran algunos de los denominados animales salvajes o silvestres. Por su parte, los animales utilizados para la experimentación se pueden comprar y vender, más sin embargo su valor de mercado, debido a la gran alta oferta de los mismos, no suele llegar a ser muy alta.

Por otro lado, Vélez en el artículo 2312 establece que los objetos inmateriales susceptibles de valor, no son cosas, pues no tienen materialidad, pero son bienes, y como tal, entran a formar parte del patrimonio, junto con las cosas.

“Artículo 2312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.”³⁵¹

Como podemos observar, el artículo 2312, establece que existen dos clases de Bienes: en primer lugar, los objetos inmateriales susceptibles de valor; y en segunda instancia, las cosas. Las cosas no desde un punto de vista genérico, en donde entrarían el mar, el aire atmosférico, el sol, sino, según han sido definidas por el ARGCC en su artículo anterior, es decir, cosas, desde un punto de vista jurídico, que es el concepto que nos interesa, y que son, aquellos objetos materiales susceptibles de valor. Queda plasmado así, el requisito del valor económico y de susceptibilidad de apropiación, para que un ente determinado (cosa u objeto inmaterial) sea considerado como bien. Los dos tipos de bienes, conformarán el patrimonio de la persona y sobre ellos se podrán ejercer los diferentes derechos patrimoniales que establece la Ley. En conclusión, el ARGCC admite la categoría del Derecho Romano, de las cosas incorpóreas, pero sólo para designar los bienes inmateriales, como las obras del ingenio, científicas, literarias, invenciones industriales, etc.

En las notas del Código Civil de la República Argentina, tales como fueron publicadas por Vélez Sarsfield en su proyecto del código, sancionado por el Congreso Argentino, en aquella que se refiere al artículo 2312, Vélez explica los componentes

³⁵¹ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2312

del patrimonio y diferencia entre el concepto de bienes y el concepto de derechos personales, separándolos:

“Hay derechos y los mas importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo á que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales, puede dar lugar á una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir á ser la causa ó la ocasión de un bien, ellos no constituyen por si mismo un bien *in jure*. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda una riqueza; mas jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes. Así, el que hace cesion de sus bienes á sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten, no son bienes, aunque las ventajas que obtenga, den nacimiento á bienes. En la jurisprudencia solo se considera por bien lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos ó placeres, lo que puede en fin, entrar en su patrimonio para aumentarlo ó enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito. El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sinó en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por si mismas, ó que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que ella pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código. Si es por la intención del propietario, es *universitas facti*, si es por el derecho, *universitas juris*. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario, por ejemplo, cuando un testador lega, á título singular, una parte

de su sucesión. El derecho romano distinguía el patrimonio del peculio. El patrimonio era *pecunia hominis sui juris*, el peculio era *pecunia hominis alieni juris*. La teoría del peculio es estraña a este Código.³⁵² [sic]

Si leemos detalladamente el artículo 2400 del ARGCC, que se encuentra dentro de las disposiciones sobre la posesión, se establece, que hay bienes que no son cosas. Tales bienes, son los objetos inmateriales susceptibles de valor, que no son susceptibles de poseerse, puesto que para que se produzca la misma, debe existir aprehensión física, hecho que no es posible con un ente inmaterial:

“Artículo 2400. Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión.”

353

Por su parte, el artículo 2313 del ARGCC, establece la clásica división romana de las cosas en muebles e inmuebles.

“Artículo 2313. Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo.”³⁵⁴

Como vemos, la movilidad o inmovilidad de las cosas (entres materiales para el ARGCC) es el elemento esencial de esta clasificación. En primer lugar se alude a la naturaleza misma de las cosas, es decir, si son o no susceptibles de desplazarse de un lugar a otro de manera natural, pero seguidamente establece, que las cosas también serán consideradas inmuebles en razón a otros factores, como la accesión o su carácter representativo. En otras palabras, la Ley puede considerar a una cosa como mueble, aunque por su naturaleza misma no la sea. Lo anterior, pues como se trata de conceptos jurídicos, no se determina esta clasificación únicamente desde un punto de vista natural, sino que juega un papel fundamental, la importancia que cada cosa llega a representar en la vida económica-social. El presente artículo, va en consonancia con lo establecido por el *Code* de Napoleón, que en su artículo 527,

³⁵² VÉLEZ SANSFIELD, D., *Notas del Código Civil de la República Argentina*, (Buenos Aires 1872) 132

³⁵³ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2400

³⁵⁴ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2313

estableció que “*Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi.*”³⁵⁵

Sin embargo, sobre la clasificación de los bienes muebles e inmuebles establecida por el *Code civil*, Vélez deja a un lado la clasificación de los inmuebles por destinación, que fue reproducida por el Código Civil chileno y por el Código Civil Colombiano, haciendo la siguiente crítica:

“Marcadé, sobre el art. 525, critica los términos de los arts. 22 al 25 del Código Francés, que dividen los inmuebles en inmuebles por su naturaleza, é inmuebles por su destino, pues que es imposible designar la línea de demarcación entre ellos. Mas lójico y mas jurídico sería decir, inmuebles por accesión. En todos los casos en que las cosas muebles se encuentran inmovilizadas, es porque son accesorias de los inmuebles. Cuando una paloma del palomar vecino se anida en el mio, es por accesión que viene á ser mia y se encuentra inmovilizada con el palomar. No se puede decir que es por el destino, pues que nadie la había destinado al palomar. Los edificios son solo accesorios del suelo, y por esa sola razón vienen á ser inmuebles.”³⁵⁶ [*sic*]

De esta manera, Vélez explica que para él, cuando nos hemos de referir a cosas muebles por naturaleza, que se encuentran inmovilizadas a un inmueble, el concepto más apropiado, es el de inmuebles por accesión. Es interesante observar, que en el ejemplo que utiliza para llegar a ésta conclusión, habla de una paloma de un palomar vecino que se anida en el palomar propio. Esta paloma, a pesar de su movilidad, pasará a ser considerada como un bien inmueble por accesión. En todo caso, para los animales queda absolutamente clara su condición de cosas, desde un punto de vista jurídico. Vélez utiliza a una paloma para tratar el tema de los inmuebles por accesión, que se entienden adherido a un inmueble, pero utilizando este caso, podemos concluir, que correrían la misma suerte, aquellos animales de producción que se encuentran en un determinado inmueble, tales como vacas, ovejas, gallinas, etc. Considerar a tales animales, como cosas inmuebles, es una ficción jurídica que trasciende nuestra

³⁵⁵ CODE, Version consolidée au 1 septembre 2013. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 Article 527

³⁵⁶ VÉLEZ SARSFIELD, NOTAS., 132

concepción de la realidad. El efecto que el Derecho busca con dicha ficción, es darle una mayor protección al propietario de éste tipo de animales, pues se entenderán accesorios al inmueble, y de ésta forma, correrán la misma suerte del mismo, otorgándole al propietario, herramientas para fortalecer sus derechos patrimoniales sobre los mismos. Asimismo, se busca mantener la unidad económica del inmueble, con todos aquellos otros elementos, muebles que le prestan un beneficio. Observemos a continuación el artículo referente a los inmuebles por accesión:

“Artículo 2316. Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente.”³⁵⁷

Como podemos observar, los requisitos para considerar a una cosa mueble por naturaleza, como cosa inmueble, son, en primer lugar, la intencionalidad al ponerlas como accesorias a un inmueble, y en segundo lugar, que dicho acto, sea realizado por el propietario del inmueble, caso en el cual, se entenderán accesorias al inmueble y por lo tanto, el propietario del inmueble, será asimismo, propietario de aquellas cosas muebles puestas intencionalmente en el.

Más adelante, concretamente en el artículo 2318, el ARGCC establece una definición de cosas muebles que pasaremos a estudiar:

“Artículo 2318. Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.”³⁵⁸

Como tradicionalmente se ha entendido, las cosas muebles están ligadas a la susceptibilidad de ser transportadas de un lugar a otro, y Vélez las divide, dependiendo de si esa posibilidad de transportarse se produce por capacidad propia o por una fuerza externa, dejando a un lado, como ya vimos, a aquellas cosas muebles accesorias a un inmueble, caso en el cual serán consideradas como inmuebles por accesión, a pesar de su naturaleza mueble. A diferencia del actual artículo 528 del

³⁵⁷ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2316

³⁵⁸ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2318

Code Civil, que en el artículo en el que define a las cosas muebles inicia el mismo, haciendo referencia expresa a los animales, incluso antes de establecer el requisito de movilidad, el CCA no los nombra. Recordemos lo que dice el *Code Civil* en su artículo 528:

“Article 528: *Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère*”³⁵⁹

De la misma manera, tanto en el Código Civil Chileno, como en el Código Civil Colombiano (que prácticamente reproduce lo mismo que había redactado Andrés Bello) se hace mención expresa de los animales al momento de establecer la definición de cosas muebles. Recordemos lo que nos dice el artículo 655 del COLCC:

“Art. 655.- Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.”³⁶⁰

Sin embargo, no nos cabe la menor duda, que cuando VÉLEZ en el artículo 2318 del ARGCC establece que las cosas que puedan moverse por sí mismas, son consideradas muebles, a pesar de no decirlo expresamente, está pensando en los animales. No obstante, es importante resaltar, que al no hacer mención expresa de los animales dentro de esta clasificación, ni siquiera con la palabra semoviente, la consideración de los mismos como cosas, está dada, por la definición general de las cosas, dada en el artículo 2311 del ARGCC, ya estudiado, es decir por ser susceptibles de apropiación.

En adelante, Vélez clasifica las cosas, por su relación con otros bienes: establece la división de cosas fungibles y no fungibles; cosas consumibles y no

³⁵⁹ CODE, Article 528

³⁶⁰ COLCC, en Ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887

consumibles, cosas divisibles e indivisibles, cosas principales, y cosas accesorias³⁶¹. Con base dichas clasificaciones que hace el ARGCC, cuyos conceptos ya han sido examinados en el presente trabajo, si hacemos una definición civilista de lo que es un animal, en el derecho argentino, en términos generales, tenemos entonces que es una cosa mueble, indivisible, no consumible, no fungible y principal. Sin embargo, hemos de decir, que en algunos casos, los animales se podrían tomar en el comercio según sus características comunes, como cantidad, medida o peso, sobre todo si nos referimos a aquellos animales utilizados en producción. Es decir, que desde un punto de vista económico y social, pueda llegar a ser posible, valorar dos o más animales como fungibles, si es que en determinado negocio jurídico no se encuentra ningún impedimento o interés práctico para querer tener dos animales por diferentes, en especial, si pertenecen a la misma especie o si han sido criados en la misma región o granja. Pensemos en peces, ovejas, gallinas, o incluso cerdos y reces. En todo caso, dependerá de la percepción que se tiene comúnmente de los animales dentro de un entorno dado y de las características mismas del animal. Recordemos que “La noción jurídica de cosa fungible viene dada precisamente por la identidad económica-social de la que deriva la sustituibilidad.”³⁶² Sin embargo, por su naturaleza, todos los animales son individuos únicos. No hay dos exactamente iguales, dejando a un lado, por supuesto, el tema de la clonación.

En el artículo 2343 del ARGCC, Vélez numera algunas cosas que son susceptibles de apropiación privada, haciendo mención expresa de algunos animales:

“Artículo 2343. Son susceptibles de apropiación privada: 1 - Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial; 2 - Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente.”

Sobre los peces, entonces no existía limitación alguna, en lo que respecta a la apropiación de los mismos, salvo lo que estableciera el reglamento sobre pesca marítima o fluvial. Actualmente, sobre el tema, es necesario remitirnos a la Ley 24.922 argentina, de régimen federal de pesca, sancionada el 9 de diciembre de 1997. Dicha

³⁶¹ ZAVALIA, ARGCC., Arts. 2324- 2328

³⁶² BIONDI, LB., 81

ley, nos habla de “recursos vivos marinos” y establece una serie de restricciones, prohibiciones, y permisos para poder desarrollar la actividad pesquera en la República Argentina. De esta manera, se está limitando la disposición establecida en el artículo 2343 del ARGCC citado. Sobre los métodos de pesca, vale la pena examinar algunos de los que están prohibidos:

“ARTICULO 21.- La Autoridad de Aplicación determinará los métodos y técnicas, equipos y artes de pesca prohibidos. Quedan especialmente prohibidos en todos los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, los siguientes actos:

- a) El uso de explosivos de cualquier naturaleza;
- b) El empleo de equipos acústicos y sustancias nocivas como métodos de aprehensión;
- e) Arrojar a las aguas sustancias o detritos que puedan causar daño a la flora y fauna acuáticas o impedir el desplazamiento de los peces en sus migraciones naturales;
- f) Interceptar peces en los cursos de agua mediante instalaciones, atajos u otros procedimientos que atenten contra la conservación de la flora y fauna acuáticas;
- g) Toda práctica o actos de pesca que causen estragos, sobrepesca o depredación de los recursos vivos del medio acuático;
- j) La introducción de flora y fauna acuáticas exóticas sin autorización previa de la autoridad competente;
- k) La introducción de especies vivas que se declaren perjudiciales para los recursos pesqueros;
- m) Arrojar descartes y deshechos al mar, en contra de las prácticas de pesca responsables;
- ñ) Superar la captura permitida por encima del volumen de la cuota individual de captura;
- o) Realizar toda práctica que atente contra la sustentabilidad del recurso pesquero y contra las prácticas de pesca responsable, de acuerdo con lo que determine la Autoridad de Aplicación en consenso con el Consejo Federal Pesquero.”³⁶³

³⁶³ Ley 24.922 de Régimen Federal de Pesca, Boletín Oficial del 12 de enero de 1998

Como podemos observar, las prohibiciones citadas, responden a principios de derecho medioambiental que recoge la Ley, con el fin de intentar disminuir el impacto ambiental y que se puede producir a las especies, con una pesca descontrolada. Más adelante examinaremos el desarrollo que el derecho medioambiental ha tenido en Argentina, así como los avances que sobre protección animal se han producido en dicho país.

Si seguimos examinando la codificación civil argentina, en lo que respecta a aquellos artículos que hacen referencia a los animales, llegamos al artículo 2404, que se encuentra ubicado dentro del Título segundo del libro tercero, que establece las disposiciones sobre la posesión y la tradición.

“Artículo 2404. La posesión de una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, comprende sólo las partes individuales que comprende la cosa.”³⁶⁴

Es decir, que un rebaño, es considerado como una cosa compuesta, de cuerpos distintos y separados. Al respecto, sólo hemos de agregar, que Vélez anotó sobre el artículo citado, que “Si en un rebaño hay animales ajenos, el dueño de él no los posee”³⁶⁵ [sic]

A continuación pasamos a mencionar el artículo 2424 del ARGCC, que hace referencia a los frutos naturales, civiles e industriales:

“Artículo 2424. Son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza. Los frutos que no se producen sino por la industria del hombre o por la cultura de la tierra, se llaman frutos industriales. Son frutos civiles las rentas que la cosa produce.”³⁶⁶

³⁶⁴ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2404

³⁶⁵ VÉLEZ SARSFIELD, NOTAS., 138

³⁶⁶ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2424

b. Formas de adquirir la propiedad de los animales en el ARGCC

Otro de los temas que regula el ARGCC, con respecto a los animales, como cosas sobre las cuales se pueden ejercer establecer patrimoniales, ha sido su forma de adquisición. En términos generales, los animales, enmarcados dentro de la clasificación de cosas muebles, se pueden adquirir por tradición, usucapión, sucesión *mortis causa* y ocupación. Al ser considerados por la Ley, como Bienes muebles, su compraventa es consensual, y la tradición se perfecciona con la entrega material, a diferencia del *Code Civil*, en donde la tradición se perfecciona, por el simple consentimiento entre las partes, sin necesidad de realizar la entrega. La entrega, es una obligación de dar, pero el dominio ya se ha transmitido si existe acuerdo entre las partes³⁶⁷. Al respecto, VÉLEZ, citando a Freitas, comentó de la siguiente manera, el artículo 577 de su Código Civil:

“Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron”.³⁶⁸

En el sistema jurídico argentino, la tradición traslativa del dominio no es un acto abstracto sino que, como bien lo establece el art. 2602, necesita un título que la justifique, es decir, la causa que generó la obligación y que da fundamento al pago, que es la tradición de la cosa.³⁶⁹

Cuando el artículo 2601 del ARGCC expresa: “para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el

³⁶⁷ MOISSET DE ESPANÉS, L., *La tradición traslativa del dominio* (el Código civil español y el sistema iberoamericano), en, *Revista de Derecho Privado* 11 (2004) 771-786

³⁶⁸ VÉLEZ SARSFIELD, NOTAS., Art. 577

³⁶⁹ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2602

propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir³⁷⁰, esas expresiones deberán concordarse y completarse con lo dispuesto en el artículo 738, en materia de pago, al exigir que “cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla”³⁷¹, recordando que la capacidad exigida por estas normas es la «capacidad de voluntad. En resumen, pues, debe haber concordancia de voluntades, pues si faltase tal acuerdo no habría una tradición válida.

El artículo 2524 y siguientes del ARGCC regula los diferentes medios de adquisición del dominio, dentro de los que se encuentra la apropiación. El artículo 2525 establece el medio por el cual se puede producir apropiación de las cosas muebles sin dueño:

“Art. 2525.- La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas.”³⁷²

En las Notas sobre su Código Civil, Vélez llama centra nuestra atención en dos aspectos a tener en cuenta: “Es preciso no confundir las cosas que no tienen dueño conocido con las cosas que no tienen dueño. (...) La ocupación, y por ella la aprehensión, no tiene lugar sinó en las cosas sin dueño. La posesión al contrario, puede tener lugar en cosas sin dueño y en las que tienen dueño.”³⁷³ [sic]

Una vez estipulada la apropiación por aprehensión, es decir la ocupación, el artículo 2527 pasa a establecer, qué tipo de cosas se pueden adquirir por este medio:

“Art. 2527. Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares, ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etc., Y otras sustancias que el mar o los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior; el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente

³⁷⁰ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2601

³⁷¹ ZAVALIA, ARGCC., Art. 738

³⁷² ZAVALIA, ARGCC., Art. 2525

³⁷³ VÉLEZ SANSFIELD, NOTAS., 149

abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante, los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad.³⁷⁴

En este punto, debemos resalta, que el ARGCC no trae una clasificación de los animales, ni tampoco los define, como sí lo hace el Código Civil Chileno y el Código Civil Colombiano. En todo caso, El ARGCC hace referencia a animales domésticos (artículos 1124 y 2528); a los domesticados (arts. 2527, 2528, 2544 y 2592); a los animales de caza (art. 2527); y a los bravíos o salvajes (arts. 2527 y 2605) por lo que se puede decir, que en su conjunto, el Código divide a los animales, siguiendo la tradición romana de: domésticos, domesticados y salvajes o bravíos. El régimen de la ocupación en el ARGCC nos dice, que una persona puede apropiarse de cualquier animal bravío o salvaje a través de la caza y de la pesca, y de los domesticados que hayan recuperado su libertad, con el único condicionamiento de que si la persona no tenía permiso del dueño, lo que sea cazado pertenece al dueño del predio, al igual que ha establecido el COLCC y el CHILCC.

Por su parte, el artículo 2528 ARGCC, establece lo que no es susceptible de apropiación:

“Art. 2528. No son susceptibles de apropiación las cosas inmuebles, los animales domésticos o domesticados, aunque huyan y se acojan en predios ajenos, las cosas perdidas, lo que sin la voluntad de los dueños cae al mar o a los ríos, ni las que se arrojan para salvar las embarcaciones, ni los despojos de los naufragios.”

Aunque tenga una redacción diferente a la del COLCC y a la del CHILCC, el ARGCC lo que nos está diciendo, es que a diferencia de lo que pasa con el dominio de los animales Salvajes o Bravíos, el propietario de un animal doméstico no pierde su derecho de dominio sobre el animal, aún cuando haya entrado en tierras ajenas, es decir, que dicho animal, no podrá ser apropiado por otra persona, a través de la ocupación. Pasa lo mismo con los animales domesticados, que entendemos que son

³⁷⁴ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2527

aquellos que por naturaleza no son domésticos, sino silvestres, pero que se encuentran bajo el dominio y control de un sujeto de derechos.

Como pudimos darnos cuenta, el ARGCC, se limitó a regular sobre los animales, su forma de adquisición, la responsabilidad generada por los daños producidos por éstos, entendiendo que lo pertinente al uso de los animales y también de los recursos naturales, se circunscribe a la propiedad de las personas, puesto que tienen un valor económico. Entre otras cosas, esto significa, que el uso de los animales podía hacerse sin limitación alguna, y de forma indiscriminada.

c. Responsabilidad civil por daños causados por animales

El artículo 2424, está haciendo referencia a los frutos de las cosas consideradas como tales, por el ARGCC. A pesar de no nombrar en ninguna parte a los animales, al ser los mismos considerados como cosas, se les aplica dicho artículo. Establece una diferencia entre los frutos naturales y los industriales, en donde hay intervención del hombre, a pesar de que no se producen efectos diferentes entre los mismos.

En lo que respecta a los daños causados por animales, el ARGCC consagra, ocho artículos al respecto³⁷⁵. Dichos artículos se encuentran dentro del Capítulo primero del Título noveno denominado, de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos. Dicho título se compone de un segundo capítulo, además del de los daños causado por animales, que se denomina, de los daños causados por cosas inanimadas. Aquí, nos dice el ARGCC, que hay cosas animadas (animales) e inanimadas, y la diferenciación se realiza, porque las consecuencias jurídicas serán diferentes.

El ARGCC establece en su artículo 1124:

“Art. 1.124. El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se

³⁷⁵ ZAVALIA, ARGCC., Arts. 1124-1131

hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario.”³⁷⁶

En primer lugar, vemos que Vélez, nombra a dos tipos de animales: domésticos y feroces. A pesar de hacer ésta diferenciación, los efectos serán los mismos para el que responderá por el daño que el animal causase. En el artículo 1124 ARGCC establece quienes serán responsables por los daños causados por los animales: a) el propietario del animal que provoca el daño; b) el guardián del animal o sea la persona que por su cuenta tiene a su cargo el cuidado del mismo; y el artículo 1125 ARGCC añade: c) el tercero que hubiese excitado al animal provocando así el daño ajeno. Según el mismo 1124 ARGCC, el guardián del animal que resultase responsable por daño causado, puede deducir una acción de recurso contra el propietario, si demostrase que éste fue culpable de no advertirle las características del animal potencialmente dañosas.

Tienen el carácter de guardián del animal: el depositario, el comodatario, quien recibe el animal para faenarlo, el cuidador de un caballo de carrera, etc. Vale la pena resaltar que la responsabilidad del propietario y la del guardián son excluyentes la una de la otra. Así, pues, cesa la responsabilidad del propietario cuando se desplaza el animal quedando bajo la sujeción de otra persona que actúa por cuenta propia.

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la culpa. La ley reputa culpable a la persona a quien le atribuye responsabilidad. En el Código de Vélez no había responsabilidad que no se sustentara en la culpa:

“Artículo 1067. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”³⁷⁷

La responsabilidad por los daños causados por animales regulada por el Código de Vélez, no ha sido objeto de reforma, luego esa responsabilidad se sustenta en la culpa del responsable. Lo anterior se sustenta igualmente, por el hecho de poder

³⁷⁶ ZAVALIA, ARGCC., Art. 2424

³⁷⁷ ZAVALIA, ARGCC., Art. 1067

eximirse el dueño del animal de responsabilidad, cuando el animal se hubiera soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo:

“**Artículo 1127.** Si el animal que causó el daño, se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la responsabilidad del dueño.”³⁷⁸

Admite el ARGCC una exención de responsabilidad sobre la base de una prueba relativa a la ausencia de culpa, que la responsabilidad se funda en la culpa que presuntivamente el legislador atribuye a quien conceptúa como responsable. No obstante, hemos de resaltar, que si el daño es causado por un animal feroz que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el daño le será siempre imputable al guardián, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban (art. 1129). No hay en esta hipótesis una responsabilidad que no se funde en la culpa del guardián, sino que para la ley la culpa de él ha consistido en tener un animal feroz que implica un grave peligro para los demás.

Los daños comprendidos en esta especie de responsabilidad son los derivados de un hecho espontáneo e instintivo del animal, con independencia de cualquier incitación humana. Fuera de ello no hay distinción alguna que hacer entre animales domésticos o animales feroces: los daños que unos y otros provocaren, en aquellas condiciones, comprometen al propietario o guardián del animal. En este sentido, es un requisito indispensable para la aplicación del régimen de responsabilidad al que nos estamos refiriendo, que los animales pertenezcan a alguien, o que al menos se encuentren bajo una guarda o vigilancia. Los animales de la categoría *res nullius*, que no son propiedad de nadie, se encuentran excluidos de las normas de responsabilidad civil por los daños que pudieran causar.

Por su parte, el artículo 1130 ARGCC, regula los daños causados por un animal a otro:

³⁷⁸ ZAVALIA, ARGCC., Art. 1127

“**Artículo 1130.** El daño causado por un animal a otro, será indemnizado por el dueño del animal ofensor si éste provocó al animal ofendido. Si el animal ofendido provocó al ofensor, el dueño de aquél no tendrá derecho a indemnización alguna.”³⁷⁹

Puede ocurrir que el daño de cuya reparación se trata hubiera sido causado con motivo de una riña de animales. En tal caso es el propietario o guardián del animal agresor el que responde por los daños sufridos por el animal agredido. Por tanto el damnificado en ese supuesto debe probar la agresión de que fue víctima el animal de su propiedad y fallando esa prueba no procederá la indemnización del daño causado.

La responsabilidad relativa a los daños causados por animales, cesa en los siguientes casos: 1) cuando el propietario traspasa a otro la guarda del animal; 2) cuando el animal que causó el daño se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo (art.1127); 3) cuando el daño causado por el animal hubiese provenido de fuerza mayor (art. 1128); 4) cuando el daño hubiese sido causado por culpa de la propia víctima (arts. 1111 y 1128); 5) cuando el animal que hubiere causado el daño fue excitado por un tercero, en cuyo caso es responsable el tercero y no el propietario o guardián del animal (art. 1125). Pero tal y como anota LLAMBIAS “las excitaciones ordinarias provenientes de las características de la vida moderna como los ruidos excesivos o inesperados, o resultantes de hechos naturales como tempestades, truenos, etcétera, no eximen de responsabilidad al dueño o guardián del animal.”³⁸⁰

Por último, sobre los animales abandonados establece el ARGCC, que cuando el daño proviene de la acción de un animal de este tipo, no hay posibilidad de hacer valer la responsabilidad de su dueño o guardián. En tal caso el damnificado puede apropiarse del animal dañoso (arts. 2525 y 2527 del ARGCC) y de esa manera pagar el daño con el valor que tuviese el animal.

Como pudimos ver, Vélez dedicó un capítulo específico a éste tema, teniendo en cuenta la relevancia que tenían los animales en el ámbito del transporte y la

³⁷⁹ ZAVALIA, ARGCC., Art. 1130

³⁸⁰ LLAMBIAS, J.J., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones.* (Buenos Aires 1997) 676

producción económica en la época, aunque después de más de 130 años, desde la sanción del ARGCC, dichos artículos tienen poca relevancia por la sensible reducción del empleo de los animales en los referidos ámbitos. En la actualidad, tendrían más relevancia, disposiciones acerca de los daños producidos por las máquinas, u otras cosas riesgosas o peligrosas, tema que el codificador dejó por fuera. En palabras de LLAMBIAS, esta subespecie de responsabilidad “ha perdido parte de la importancia que tenía en la época de la sanción del Código Civil. Con la paulatina eliminación de la tracción a sangre y la proliferación de los instrumentos mecánicos, los daños causados por animales han pasado a un lugar relativamente secundario.”³⁸¹

La conocida tracción a sangre a la que hace referencia el autor, es un término que se refiere a los medios de transporte que utilizan animales en un ámbito urbano como forma de tracción, habitual aún en algunos lugares de Latinoamérica y que gracias a la presión social, ha ido desapareciendo paulatinamente en Argentina, a través del reemplazo de los animales, por tracción motora.

Vélez se basó en la redacción de éstos artículos, en las obras de Auby y Rau, Freitas, Goyena y en el Código Civil Chileno de Andrés Bello, cuyo artículo 2327 inspiró la redacción del 1129 del ARGCC ya estudiado

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN CHILE

Antes de pasar a examinar el conjunto de normas jurídicas destinadas específicamente a la protección de los animales, hemos de hacer referencia a las normas jurídicas del Derecho medio ambiental, puesto que la protección del medio ambiente ha incluido a los animales, (como fauna) aunque sea, desde un punto de protección de las diferentes especies.

En ese sentido, el art. 2.10 del proyecto de Convenio del Consejo de Europa de 21 de junio de 1993, sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades

³⁸¹ LLAMBIAS, DCO., 676

peligrosas para el medio ambiente (Convención de Lugano), establece que: “El medio ambiente comprende: los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la Flora y la interacción entre esos mismos factores; los bienes que componen la herencia cultural; los aspectos característicos del paisaje”³⁸². VAQUERO PINTO concluye que el medio ambiente “es un concepto indeterminado y variable, y el operador jurídico deberá integrarlo, en cada momento, atendiendo al alcance de protección de la norma concreta que deba aplicarse.”³⁸³

A. Derecho Ambiental Chileno

La Constitución Política de la República de Chile (CPRCh) fue aprobada en un plebiscito el 11 de septiembre de 1980 y entró en vigor, en un régimen transitorio, el 11 de marzo de 1981 y, en forma plena, el 11 de marzo de 1990. Su texto original contenía 120 artículos, con 29 disposiciones transitorias.

En materia ambiental consagra importantes avances. En primer lugar, se protege el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; en segundo lugar, se consagra la función social de la propiedad cuando se habla de conservación del patrimonio ambiental, y, por último, se refiere la posibilidad de decretar el estado de catástrofe como consecuencia de una calamidad pública.

En materia de garantías constitucionales, el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política de Chile consagra dentro de un amplio listado “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”³⁸⁴. Señala que es deber del Estado velar porque ese derecho no sea afectado y que debe tutelar la preservación de la naturaleza. Le corresponde a la ley establecer restricciones, de ser necesarias para proteger el medio ambiente. El numeral 23 del mismo artículo se refiere a los bienes

³⁸² OUWERKERK, W., *Environmental liability from the perspective of an operator: Council of Europe Draft Convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment*, en, *Transactional Environmental Liability and Insurance* (Londres 1993) 85-97

³⁸³ VAQUERO PINTO, M., *Responsabilidad civil por daño medioambiental.*, en, *Revista de Derecho Privado* 5-6 (2006) 36

³⁸⁴ Constitución Política de la República de Chile (1980) Núm. 8, Art. 19. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

comunes, y el numeral 24 de la misma norma, al derecho de propiedad, con implicaciones en la conservación del patrimonio ambiental.

Uno de los mayores logros que ha alcanzado Chile en materia de medio ambiente se refiere al denominado “recurso de protección”, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de 1980. Se trata de una acción cautelar establecida a favor de aquel que sea agraviado en el legítimo ejercicio de alguna de las garantías constitucionales señaladas en la Carta fundamental por un acto u omisión ilegal o arbitrario, para obtener de la corte de apelaciones respectiva las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

De la disposición constitucional se puede apreciar que el constituyente ha restringido el recurso de protección al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, estableciendo exigencias especiales que condicionan su aceptación (a diferencia de los demás derechos fundamentales amparados por esta acción cautelar en el inciso 1º del artículo 20). Dichas exigencias son las siguientes:

- a. En primer lugar, la conducta susceptible de fundamentar la protección sólo es posible que sea realizada a través de una acción. El recurso de protección en este caso sólo procede respecto de actos y no de omisiones. Se parte de la base de que “contaminar” es una acción, es un quehacer, es una actividad que implica un obrar positivo.
- b. La acción contaminante debe ser imputable a una autoridad o persona determinada. Es decir, que la acción contaminante debe tener un origen cierto y culposo. El recurrente puede desconocer el autor del agravio, y en este caso será tarea de la Corte de Apelaciones determinar dicha autoría.
- c. Se establece la doble exigencia de ilegalidad y arbitrariedad en la configuración de la antijuridicidad de la conducta. El constituyente, al exigir sucesivamente que la acción contaminante sea arbitraria e ilegal, claramente busca restringir la interposición de recursos de protección en lo referido al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El artículo 41 se refiere a la declaración de “estado de catástrofe”³⁸⁵ que puede hacer el presidente de la República cuando se haya producido una calamidad pública. Como se observa, es una figura constitucional muy similar a la del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, es decir a la declaratoria de emergencia ecológica. Para el caso chileno, en caso de calamidad pública el presidente de la República, según lo manifestado por el Consejo de Seguridad Nacional, podrá declarar la zona afectada, o cualquiera otra que lo requiera, en estado de catástrofe.

1. Ley 18892 o Ley General de Pesca y Acuicultura

La Ley 18892 de 1989, se aplica a toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura, de investigación y deportiva, que se realice en aguas terrestres, interiores, mar territorial o zona económica exclusiva de Chile y en las áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales.³⁸⁶ Esta Ley, por razones de conservación de la fauna, se establece la inapropiabilidad e in comerciabilidad de ciertas especies en los períodos de veda:

“Artículo 3°.- En cada área de pesca, independientemente del régimen de acceso a que se encuentre sometida, el Ministerio, mediante decreto supremo fundado, con informe técnico de la Subsecretaría y comunicación previa al Consejo Zonal de Pesca que corresponda y demás informes y aprobaciones que se requieran de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, para cada uno de los casos señalados en este inciso, podrá establecer una o más de las siguientes prohibiciones o medidas de administración de recursos hidrobiológicos: a) Veda biológica por especie en un área determinada, cuya duración se fijará en el decreto que la establezca, facultándose al Ministerio para exceptuar de esta prohibición la captura de especies pelágicas pequeñas destinadas a la elaboración de productos de consumo humano directo y a carnada. Las vedas se aplicarán procurando la debida concordancia con las políticas aplicadas al respecto por los países limítrofes. b) Prohibición de captura temporal o permanente de especies protegidas por convenios

³⁸⁵ CPRCh., Art. 41

³⁸⁶ Ley 18892 de 1989. Diario Oficial de 23.12.89. Art. 1

internacionales de los cuales Chile es parte. c) Fijación de cuotas anuales de captura por especie en un área determinada. d) Declaración de áreas específicas y delimitadas que se denominarán Parques Marinos, destinados a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat. Para la declaración se consultará a los Ministerios que corresponda. Los Parques Marinos quedarán bajo la tuición del Servicio y en ellos no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio. e) Establecimiento de porcentaje de desembarque de especies como fauna acompañante.³⁸⁷

2. Leyes Sanitarias

A partir de la expedición del Código Sanitario Chileno³⁸⁸, se estableció la necesidad de prohibir, por vía reglamentaria, el mantenimiento de determinadas especies de animales o el número máximo de ellos que pueden ser tolerados en una casa habitación o en locales públicos o privados, y las condiciones de higiene y seguridad que deben cumplirse para su mantención. Puede tratarse de una disposición establecida con el fin de evitar la propagación y el contagio de enfermedades, es decir, de salud pública. Sin embargo, este tipo de limitaciones, también van a beneficiar a los animales, pues la acumulación de animales, o el mantenimiento de los mismos en lugares no apropiados, según su naturaleza, les afecta directamente en su bienestar. Ahora bien, no existe una norma legítima que señale el límite. Al respecto, el reglamento que prevé el Código Sanitario para normar esta materia, no ha sido dictado a día de hoy. De cualquier forma, quienes mantengan animales domésticos en su casa deben evitar los riesgos sanitarios al vecindario y focos de insalubridad.

El mismo Código, al regular todo lo que atañe a la salud pública, hace algunas consideraciones en diferentes artículos, en dónde se protege, no solo a los humanos, sino también a los animales. Así, en su Artículo 89, promulga como principio, la

³⁸⁷ Ley 18892 de 1989. Diario Oficial de 23.12.89. Art. 3

³⁸⁸ Decreto Ley 725 de 1967. Diario Oficial de 30.01.68. Lit. e, Art. 77

protección de la salud, seguridad y bienestar de los ocupantes de edificios o locales de cualquier naturaleza, del vecindario y de la población en general, pero incluye también la de los animales domésticos contra los perjuicios, peligros e inconvenientes de carácter mental o material que provengan de la producción de ruidos, vibraciones o trepidaciones molestos, cualquiera que sea su origen. Igualmente, el artículo 90 establece el reglamento fijará las condiciones en que podrá realizarse la producción, importación, expendio, tenencia, transporte, distribución, utilización y eliminación de las sustancias tóxicas y productos peligrosos de carácter corrosivo o irritante, inflamable o comburente; explosivos de uso pirotécnico y demás sustancias que signifiquen un riesgo para la salud, la seguridad o el bienestar de los seres humanos y animales.

B. Código Penal Chileno

Fue promulgado el 12 de noviembre de 1874. En su texto originalmente promulgado, estaba compuesto por 501 artículos. Actualmente posee 544 artículos, distribuidos en el mismo número de libros. El Código Penal Chileno (CPCh) ha sufrido muy pocos cambios en su parte general desde la época de su promulgación. En este sentido, es importante destacar que sus redactores se habían formado en ideas de corte clásico. Cobró una importante relevancia, la influencia del jurista español, Joaquín Francisco Pacheco y su obra “El Código Penal concordado y comentado.”³⁸⁹

Inicialmente, el CPCh se refería a los animales, en el capítulo IX, que regulaba los delitos relativos a las epizootias. A los legisladores les preocupaba la propagación de enfermedades animales, que pudieran ser contagiosas, así como el mantenimiento de la salud pública. Se leía en el artículo 289:

“Simples delitos relativos a las epizootias.

ART. 289. Todo tenedor o guardián de animales afectados de enfermedades contagiosas determinadas por la autoridad local, que no hubiere dado aviso inmediatamente a dicha autoridad o a sus agentes, o que antes de que se haya

³⁸⁹ CURY, E., *Derecho Penal, Parte General* (Santiago 2005) 158

*respondido a su aviso no los tuviere encerrados, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de ciento a trescientos pesos.*³⁹⁰

Asimismo, se estipuló en el artículo 487, como delito, causar un daño cuyo importe excediera de quinientos pesos: *“Produciendo por cualquier medio infección o contagio en animales o aves domésticos.”*³⁹¹ Y en el artículo 491, sin perjuicio de lo ya estipulado en el Código Civil, se establecía algunas previsiones particulares sobre los cuasidelitos, en relación con los animales feroces que producían daño a un tercero, por descuido culpable de parte del dueño de los mismos. También, era castigado con la pena de prisión, aquel que arrojaré animales muertos en sitios vedados o quebrantando las reglas de policía. Por otro lado, y como es obvio, también se incluía al animal, dentro de la legislación penal, como bien mueble, dentro de los delitos que afectan el patrimonio. Ésta, es una disposición penal antropocéntrica, en la medida en que el animal, tal y como vimos en el análisis del CHILCC, sirve al hombre como objeto de propiedad.

Sin embargo, los animales no sólo fueron tutelados penalmente por su valor patrimonial, sino frente a su maltrato.

Es de vital importancia, que desde 1874, el CPCh, en su el artículo 496, que se encuentra incluido dentro del apartado de las Faltas, haya considerado, en su numeral 35, que sufriría la pena de prisión en su grado mínimo conmutable en multa de uno a treinta pesos:

*“35. ° El que se hiciere-culpable de actos de crueldad o mal trato excesivo para con los animales.”*³⁹²

Hablamos de una falta, culposa, que de su redacción se concluye, que repudia la crueldad, o el maltrato excesivo, con todos los animales y en cualquier uso que se hiciera de los mismos. Al usarse estos términos, se entiende que existe una protección, a la sensibilidad humana, y por razones éticas o morales, que llevan al legislador a tener una compasión frente al maltrato. El artículo no exige ningún

³⁹⁰ Código Penal de la República de Chile (Santiago 1874)

³⁹¹ CPCh., Art. 487

³⁹² CPCh., Núm. 35, Art. 496

resultado, simplemente, se cometerá falta, si se producen estos actos de crueldad o maltrato. Sin embargo, la palabra crueldad, o maltrato excesivo, es un elemento subjetivo, que produce dificultades, puesto que tendría que estipularse en cada caso, el alcance de la expresión. Por su dificultad probatoria, restringiría en exceso el ámbito aplicativo de la falta, porque excluye formas de maltratos que no sean crueles o excesivos.

El CPCh vigente en la actualidad, en su artículo 291 bis, contiene el delito de maltrato, considerado como tal, desde 2009. Dicha disposición es el artículo 18 de la Ley 20380 de 3 de octubre de 2009, sobre protección de los animales, que al contener una disposición penal, se incluye dentro del referido Código.

A continuación veremos, las diferentes leyes de bienestar y de protección animal existente en Chile, en dónde naturalmente nos referiremos a dicha ley 20380 de protección animal.

C. Leyes de protección Animal en Chile.

Actualmente Chile tiene una regulación general de protección animal que veremos más adelante. Sin embargo, inicialmente, el país ha abordado el bienestar animal desde la perspectiva de la producción y lo ha incorporado en otras regulaciones generales³⁹³.

El Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) es el organismo oficial del Estado de Chile, encargado de apoyar el desarrollo de la agricultura, los bosques y la ganadería, a través de la “protección y mejoramiento de la salud de los animales y vegetales”³⁹⁴. El SAG ha ido adaptando la normativa vigente en Chile, para dar respuesta a las exigencias de los mercados, entre ellos los aspectos de bienestar animal. El Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, establece en el Anexo IV, que corresponde al Acuerdo Sanitario y Fitosanitario, y específicamente en su artículo 1, que se debe alcanzar un entendimiento entre las partes en lo referente a normas de

³⁹³ ROJAS, H., STUARDO, L., BENAVIDES, D., *Políticas y prácticas de bienestar animal en los países de América: estudio preliminar*, en, *Rev. Sci.tech. Off.Epiz*, 24 (2005) 549-565

³⁹⁴ <http://www.sag.cl/>

bienestar animal. Para hacer operativo este trabajo, el Acuerdo Sanitario y Fitosanitario incluye un apéndice en donde se especifica el trabajo que se ha de realizar, estableciendo obligaciones relativas a la armonización de la normativa y a la cooperación, que en una primera etapa se refiere al aturdimiento en el sacrificio. Más aún, a través de un Plan de Acción en Bienestar Animal, convenido entre las partes, se reforzará la cooperación en apoyo a los aspectos científicos, de capacitación y de desarrollo normativo, entre otros. A continuación veremos la regulación específica de bienestar animal, desarrollada en Chile.

1. Sacrificio: Ley 19.162 de 1992

La Ley 19.162 o Ley de Carnes³⁹⁵ estableció un sistema obligatorio de clasificación de ganado, tipificación y nomenclatura de sus carnes, y reguló el funcionamiento de los mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne. Para poder aplicar lo establecido en la citada Ley, se promulgó el Decreto Supremo 342 que estableció el Reglamento sobre funcionamiento de Mataderos, Cámaras Frigoríficas y Centrales de Desposte y fijó el equipamiento mínimo para estos establecimientos. Regulación que incluyó a los bovinos, ovinos y cerdos.³⁹⁶ El reglamento incorpora aspectos de bienestar animal en los establecimientos en donde se sacrifican a los animales. Hace mención a instalaciones para el ingreso, recepción y manejo de los animales antes y durante el sacrificio.

En el caso de las aves, se consigna en la norma 54 del Ministerio de Salud, las condiciones de llegada de los animales al matadero, así como algunos aspectos a tener en cuenta antes y después de producirse la muerte.³⁹⁷ El cumplimiento de ambos reglamentos es fiscalizado por el SAG y el Ministerio de Salud, respectivamente.

³⁹⁵ Ley 19162/1992. Diario Oficial del 7 de septiembre de 1992. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30529>

³⁹⁶ Decreto 342/2004. Diario Oficial del 9 de septiembre de 2004. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225470>

³⁹⁷ Norma General Técnica sobre inspección medico veterinaria de aves de corral y de su carne. Disponible en: <http://historico.sag.gob.cl/common/asp/pagAtachadorVisualizador.asp?argCryptedData>

Adicionalmente a la Ley 19.162 y a la Norma 54, el SAG ha elaborado una normativa específica para los mataderos con destino a la exportación, descrita en el Manual de Procedimientos de Inspección de Carnes de Exportación (Bovinos, Cerdos y Ovinos) y en el Manual de Procedimientos de Inspección de Aves y sus Carnes de Exportación. Asimismo, el SAG, ha expedido un Manual de Procedimiento de Importaciones Pecuarias, con el propósito de describir los procedimientos generales y específicos del proceso de internación de mercancías pecuarias, es decir: animales, huevos fértiles, productos y subproductos de origen animal, alimentos y medicamentos de uso animal.³⁹⁸

Por otra parte, la protección animal, que incluye los animales de compañía, los animales utilizados en espectáculos, los animales en zoológicos, figuran en la Ley 20380 de 2009 y que estudiaremos a continuación.

2. Transporte

Dentro de la misma ley 19162, el reglamento 240 establece las regulaciones con respecto al transporte de ganado bovino y de carnes. Incorpora normas relativas al transporte por vía terrestre, marítima y aérea. Se establecen las características que deben tener los vehículos de transporte, y las normas para la carga, la descarga y las condiciones de transporte. Se incorporan periodos de descanso y abrevaje cada 24 horas y por un periodo de 8 horas. Los manuales de inspección para los mataderos de exportación incorporan las exigencias de los mercados para los animales que llegan al sacrificio. Además recomiendan las condiciones de transporte de los animales.

[=GP1TkTXdhRJAS2Wp3v88hE%2BnVHyp2gOD&argModo=&argOrigen=BD&argFlagYaGrabados=&argArchivoId=1096](#)

³⁹⁸ Disponible en:

http://www.sag.cl/sites/default/files/procedimiento_importaciones_pecuarias_1.pdf

3. Producción

En el año 2001 se creó la Comisión Nacional de Buenas prácticas Agrícolas (BPA), integrada por el sector público y privado, y liderada por el Ministerio de Agricultura. Esta comisión elabora los documentos de especificaciones técnicas o estándares de BPA, que comprenden un capítulo completo dedicado a especificaciones técnicas relativas al bienestar animal. Además, basándose en estas especificaciones, las organizaciones gremiales de productores de aves y de cerdos establecieron manuales de buenas prácticas para sus asociados, en donde se describen los tipos de construcciones, el manejo de las camas, la iluminación, las condiciones ambientales, la densidad, la vigilancia y monitoreo sanitario, entre otras prácticas de manejo.³⁹⁹

D. Ley 20380 de 2009 sobre protección de animales

La Ley 20380, de 2009, de aplicación en todo el territorio chileno, inicia su articulado, considerando a los animales como seres vivos y parte de la naturaleza, y que como tales, se les debe un trato adecuado, con el fin de evitar sufrimientos innecesarios. Vemos:

"Artículo 1.- 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.

El reglamento definirá las distintas categorías de animales domésticos y silvestres, según especie."⁴⁰⁰

Como vemos, la Ley, aboga por el respeto y la protección de todos los animales. Algo que según su artículo 2, se deberá inculcar en el proceso educativo, en sus niveles básico y medio. El mismo artículo 2, considera a los animales como seres

³⁹⁹ ROJAS, H., STUARDO, L., BENAVIDES, D., *Políticas y prácticas de bienestar animal en los países de América: estudio preliminar*, en, *Rev. Sci.tech. Off.Epiz*, 24 (2005) 549-565

⁴⁰⁰ Ley 20380/2009. Diario Oficial del 3 de Octubre de 2009. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006858&idParte=8787125&idVersion=2009-10-03>

vivientes y sensibles. Algo sin duda de vital importancia para el posterior desarrollo normativo en Chile. Dentro de los principios de la misma Ley, se establece que se dará prioridad a la educación para la tenencia responsable de animales, a fin de controlar especialmente la población canina y felina.

En términos generales, sobre el cuidado de los animales dice la Ley, que toda persona dueña de un animal debe darle alimento y albergue de acuerdo a sus necesidades mínimas y no restringir su libertad de movimiento de forma innecesaria, en especial si le causa sufrimiento o alteración de su desarrollo normal. Esto también se aplica al transporte de animales, que debe realizarse de tal forma que no cause maltrato y que esté acorde con la especie y medio de transporte utilizado. Establece cuáles son los recintos que deben contar con instalaciones adecuadas según las especies y además tener la correspondiente protección para las personas. Autoriza hacer experimentos con animales, siempre y cuando los conduzcan personal calificado que reduzca al mínimo el sufrimiento del animal.

Sobre el control de la población de animales callejeros, dice que las autoridades deben hacer campañas de educación respecto a la tenencia responsable de animales. Faculta para controles sistemáticos de la fertilidad de perros y gatos y se autoriza el sacrificio de animales pensando en el beneficio del animal.

Por último, establece la creación de un Comité de Bioética Animal permanente para definir las directrices bajo las cuales se podrán desarrollar experimentos en animales vivos. Un reglamento definirá las distintas categorías de animales domésticos y silvestres, según especie.

Destacamos la disposición general que hace el artículo 3:

“Artículo 3. Toda persona que, a cualquier título, tenga un animal, debe cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y categoría y a los antecedentes aportados por la ciencia y la experiencia.

*La libertad de movimiento de los animales silvestres no debe ser restringida de manera innecesaria, especialmente si ello les ocasionare sufrimiento y alteración de su normal desarrollo.*⁴⁰¹

Como vemos, es una disposición de carácter bienestarista, que tiene en cuenta las necesidades mínimas biológicas de cada animal, con el fin de evitarles el sufrimiento. Aquí, a diferencia de lo estipulado en el artículo 1, no habla de sufrimiento innecesario, sino simplemente de sufrimiento y alteración de su normal desarrollo. Nos parece más adecuado, pues en caso contrario, estaríamos aceptando que existen sufrimientos necesarios.

La Ley también regula lo referente a los animales de producción, y al sacrificio, abogando por el empleo de métodos racionales tendientes a evitarles sufrimientos innecesarios (artículo 11). Exceptúa de la aplicación de la Ley, a los deportes en que en que participen animales, tales como el rodeo, las corridas de vaca, el movimiento a la rienda y los deportes ecuestres, los que se regirán por sus respectivos reglamentos. En ese mismo sentido, se establece, que Las disposiciones contenidas en la Ley se aplicarán supletoriamente a lo dispuesto en las leyes números 18.892, General de Pesca y Acuicultura; 18.755, del Servicio Agrícola y Ganadero; 4.601, sobre caza; 19.162, sobre sistema obligatorio de clasificación de ganado y funcionamiento de mataderos, frigoríficos y establecimientos de la industria de la carne; en el decreto con fuerza de ley R.R.A. N° 16, de 1963, sobre sanidad y protección animal; en el Código Sanitario y sus normas complementarias, y en otras leyes especiales.

Es importante destacar, que a pesar de que la Ley establece que muchas de sus disposiciones se desarrollarán vía reglamentaria, hasta el momento no existe el reglamento que regule y tipifique las sanciones correspondientes en los casos de infracciones por el incumplimiento a lo señalado en ella. Por lo tanto solo podemos considerarla como norma que establece los principios generales respecto de la tenencia de animales.

No obstante lo anterior, es a través de esta Ley, en donde se establece la actual falta de maltrato:

⁴⁰¹ LPACH., Art. 3

“Artículo 18. Reemplázase el artículo 291 bis del Código Penal, por el siguiente:
"Artículo 291 bis.- El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última."⁴⁰²

Se establece así, que en Chile constituye delito contrario a la salud animal los actos de maltrato y crueldad a su respecto. La propiedad sobre los animales se encuentra limitada y restringida en este sentido.

El citado artículo, se encuentra dentro de los delitos relativos a la salud animal y vegetal. En total, son 3 artículos los destinados a éste bien jurídico (art. 289 – 291 bis). Sin embargo, el 289 nos hablan de propagación de enfermedad animal o plaga vegetal. Es una disposición más de carácter sanitario y antropológica. Por su parte, el 290, nos dice que Si la propagación de las enfermedades se originare con motivo u ocasión de la introducción ilícita al país de animales o especies vegetales, la pena asignada al delito correspondiente podrá aumentarse en un grado. Chile es Parte del Convenio CITES, con lo cual, al respecto, se aplicará el mismo, para entender si la introducción de determinada especie es ilícita o no.

Del estudio del desarrollo legislativo de protección animal en Chile, tenemos que los tenedores de animales se encuentran sujetos a cumplir una serie de obligaciones legales. Por numerosas razones, resulta gran importancia entender, que quienes asuman la responsabilidad de tener un animal bajo su cuidado, tienen en realidad una especie viviente, objeto de especial consideración por la ley, cuya tenencia involucra una serie de intereses públicos y privados.

⁴⁰² LPACH., Art. 18

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN COLOMBIA

A. Derecho Ambiental Colombiano

1. Normas ambientales del Código Civil Colombiano

Varias normas del Código Civil colombiano consagran disposiciones ambientales que gozan hoy de plena vigencia:

El artículo 669 del COLCC, inspirado en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que limita el derecho de propiedad de manera que con su ejercicio no se cause perjuicio a otro, establece:

“Art. 669 <CONCEPTO DE DOMINIO> El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella “(arbitrariamente)”, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”⁴⁰³

Se ha entendido que el alcance de esta norma, llega al medio ambiente, pues la contaminación es un problema de inmisiones, “una inmisión en los derechos de todos es una perturbación de vecindad.”⁴⁰⁴

ALESSANDRI RODRÍGUEZ expresa al respecto: “Si la vecindad obliga a soportar ciertas molestias o daños, que son el tributo que deben pagar a la vida en sociedad y el progreso, ello es a condición de ser tolerables. Si exceden ese límite, hay culpa de parte del propietario, del industrial, o del comerciante, culpa que obliga a reparar el daño causado y a hacerlo cesar en el futuro o, cuando menos, atenuarlo (...) el de una fábrica que despidе olores nauseabundos, emanaciones tóxicas o un humo o polvillo que todo lo ensucia o que hace irrespirable la atmósfera; de una fábrica que produce un bullicio ensordecedor o una trepidación constante o que con sus motores impide audiciones radiofónicas de los vecinos; de un teatro o cabaret o casa de

⁴⁰³ COLCC., Art. 669. El adverbio “arbitrariamente” entre paréntesis, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante *Sentencia C-595/99*

⁴⁰⁴ GONZÁLEZ VILLA, J., *Derecho Ambiental Colombiano* (Bogotá 2006) 42

tolerancia que con sus ruidos y algazaras excesivas perturba la tranquilidad del barrio, etc..”⁴⁰⁵

El artículo 1005 del COLCC, sobre acciones populares para prevenir y para obtener el resarcimiento de daños al ambiente, que introduce una recompensa al actor que prospere en sus pretensiones, así como el pago de la mitad de la multa que se imponga como sanción a quien infrinja las normas ambientales a favor de quien logra que se inicie el proceso sancionatorio correspondiente establece:

“Art. 1005 <ACCIONES POPULARES O MUNICIPALES> “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.”⁴⁰⁶

Hay que manifestar que esta norma que consagra las acciones populares no existe dentro del Código Civil napoleónico, sino que fue concebida por don ANDRÉS BELLO e inspirada directamente del derecho romano. Este artículo se consagró para proteger los bienes de uso público, y al respecto la Corte Constitucional expresó: “2. Bienes afectados al uso público. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, los torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta,

⁴⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago 1943) 273

⁴⁰⁶ COLCC., Art. 1005

dado que en la Ley 9 de 1984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63 CPC. 91)⁴⁰⁷

El artículo 994 del Código Civil, que prohíbe alegar la figura de la prescripción para adquirir derechos sobre obras que corrompan el aire o lo hagan conocidamente dañoso:

“Art. 994 <PERJUICIOS CAUSADOS POR OBRAS> Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre. Pero ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.”⁴⁰⁸

En nuestra opinión, esta figura de la no prescripción para alegar derechos adquiridos a contaminar en materia de emisiones se aplica por analogía a cualquier tipo de contaminación: vertidos, disposición de residuos, etc.

Como pudimos ver, el Código Civil colombiano, se limitó a regular las relaciones entre personas, entendiendo que lo pertinente al uso de los animales y también de los recursos naturales, se circunscribe a su propiedad, puesto que tienen un valor económico. Así la apropiación y uso de los animales podía hacerse sin limitación alguna, y de forma indiscriminada. Si le sumamos a lo anterior, que sobre el tema ambiental, antes de 1974, solo se había ordenado y regulado la propiedad agraria, al igual que del subsuelo colombiano, teniendo al agua, los bosques, la fauna y la flora, como elementos accesorios o subordinados a la libertad económica, la situación hasta entonces, no era muy buena para el ambiente ni para los animales.

Sin embargo, en Colombia, luego de la Declaración de Estocolmo, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2811 de 1974, por medio del cual se expidió el Código de

⁴⁰⁷ CCOC., *Sentencia T-566/92*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-566-92.htm>

⁴⁰⁸ COLCC., Art. 994

Recursos Naturales y Renovables y de Protección al Medio Ambiente (CRNR).⁴⁰⁹ Su expedición se hizo gracias a la Ley 23 de 1973 que concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir el CRNR⁴¹⁰. Dicho texto, reguló la propiedad y uso de los recursos naturales dentro de los que incluyó algunos animales.

La Ley citada y el CRNR son la columna vertebral de todo el sistema nacional ambiental colombiano. Antes de estas dos normas, solo teníamos el COLCC, que en materia ambiental, mantiene aún vigente sus disposiciones sobre aguas, prescripciones y acciones judiciales.⁴¹¹ Después, la Constitución de 1991 y la Ley 99 de 1993, que define las autoridades ambientales y las nutre de recursos en forma autónoma, completan el sistema ambiental en Colombia. Por otro lado, la normativa ambiental en Colombia, resulta a veces ambigua, por lo que es necesario, apoyarse en la interpretación que al respecto ha dado la Jurisprudencia. Razón por la cual, a lo largo de nuestro trabajo, iremos estudiando los pronunciamientos de la Jurisprudencia Colombiana, sobre el ambiente y sobre los animales, tal y como lo hemos hecho hasta ahora.

Debemos resaltar que la declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano –realizada en 1972-, fue de gran influencia, por no decir la causa principal, para que se expidiera en Colombia el CRNR, por lo que nos referiremos brevemente a ésta importante conferencia.

2. Conferencia de Estocolmo

El Club de Roma, fue una institución conformada por países desarrollados a partir de la crisis energética de 1970, elaboró 3 informes básicos: los límites del crecimiento, hacia un equilibrio total y la dinámica del crecimiento en un mundo finito.⁴¹² En sus investigaciones, el Club de Roma, uso los recursos del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT) que había trabajado sobre cuatro variables:

⁴⁰⁹ Decreto 2811 de 1974, Diario Oficial 34243 de enero 27 de 1975

⁴¹⁰ Ley 23 de 1973, Diario Oficial 34001 de enero 17 de 1974

⁴¹¹ GONZALEZ VILLA, J., *Derecho Ambiental Colombiano* (Bogotá 2006) 29

⁴¹² GONZALEZ VILLA, DAC., 57

crecimiento poblacional, demanda de alimentos, industrialización y recursos naturales, encontrando que las tres primeras variables crecían y la última decrecía.

La primera conferencia ambiental internacional, la Conferencia de Estocolmo, fue la consecuencia de estos informes del Club de Roma y en la cual se produjo un debate entre países desarrollados que veían la solución de los problemas ambientales con el freno de la tasa de natalidad y la posición de los países que consideraban que debía centrarse el interés en la erradicación de la pobreza.

En el verano de 1972 la ciudad de Estocolmo recibió por primera vez en la historia a 113 países a la primera conferencia mundial para el medio ambiente, convocada por la Organización de las Naciones Unidas. El tema ambiental se globaliza a partir de esta conferencia y comienza a ocupar lugar preferente en el concierto mundial.⁴¹³ Se trataba de fundar el movimiento ecologista mundial, darle consistencia, dotarlo de principios y planes de acción. Durante dos semanas se escucharon allí las voces de todos los países, lo mismo que voceros de organizaciones no gubernamentales y entidades sociales. Deben destacarse la Declaración de siete puntos, seguida por la proclamación de 26 principios y el Plan de Acción o recomendaciones con 108 puntos.

Definiendo la posición de Colombia, el representante de su delegación, el señor Luis Villar Borda, dijo en la plenaria de la Conferencia que:

“(…) creemos que existe la posibilidad de un crecimiento sin los aspectos muchas veces nefastos que la aplicación indiscriminada de la técnica y la ciencia han traído, especialmente para los países altamente industrializados. No creemos, por otra parte, que sean la técnica y la ciencia en sí mismas a quienes deban imputarse tales faltas sino a los sistemas, procedimientos y métodos que le han dado una aplicación indebida que no consulta las necesidades del hombre. Debemos sin embargo, tomar en cuenta que el problema de la perturbación del equilibrio en el mundo, tanto en sus causas como en sus efectos, presenta características diferentes en los países desarrollados y ricos, situados generalmente en las zonas templadas del planeta, y en los países

⁴¹³ TAMAMES, R., *Ecología y desarrollo sostenible* (Madrid 1995)

pobres y menos industrializados, frecuentemente ubicados en climas tropicales. En los primeros la industrialización se produjo más temprano y dotó a los ciudadanos de hoy, de instrumentos de producción poderosos, que les permiten la utilización de enorme cantidad de recursos, propios o importados, especialmente materias no renovables, cuyo uso excesivo y frecuentemente innecesario va llenando el mundo de residuos contaminantes que amenazan con destruirlo y están causando los fenómenos alarmantes que hoy nos reúnen en Estocolmo. Por el contrario, en los países pobres estos procesos se presentan en menor escala, generalmente en los grandes centros, que han importado sin la debida discriminación las tecnologías y los equipos de las naciones desarrolladas, a las que siguen en el camino que lleva a la contaminación. En estos países el peligro más grande es que la pobreza, las presiones de los compradores foráneos y el deficiente crecimiento científico de la potencialidad y manejo apropiado de sus reservas, está llevando frecuentemente a explotaciones que agotan, no solamente los recursos renovables, que suelen ser destruidos hasta niveles que ya no permiten su recuperación. Mientras los países altamente contaminados deberán gastar enormes sumas para eliminar los productos perjudiciales, los países subdesarrollados podrán evitar el problema impidiendo que se instalen en el suelo procesos contaminantes que además corresponden a tecnologías obsoletas, cuyos productos estarían siempre en desventaja en el mercado. Como alternativa los países tropicales pueden ofrecer la posibilidad de un desarrollo con nuevas tecnologías limpias, basadas en la utilización de los recursos renovables, que den a sus pueblos el necesario bienestar, la posibilidad de industrialización y comercialización de sus productos y contribuyan a mejorar el equilibrio ecológico de nuestro planeta.”⁴¹⁴

La denominada Declaración de Estocolmo, establece varios principios fundamentales sobre el medio ambiente. En el primero de ellos se dijo que:

“Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que

⁴¹⁴ VILLAR BORDA, L., *Presentación final de la posición de Colombia en la sesión plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo 1972)* en *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 20 años de vigencia* (Bogotá 2004) 25

le permita llevar una vida digna y gozar del bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.⁴¹⁵

Como vemos, se advierte que el derecho al medio ambiente es un derecho humano, que además es un derecho humano fundamental. Este aspecto es de trascendencia, si tenemos en cuenta el grado de protección que la comunidad internacional ha dado hoy a los derechos humanos y muy especialmente a los fundamentales.

Y es que el medio ambiente sano es esencial para el goce de los derechos fundamentales. Estocolmo proclamó:

I.(...) Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

II. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero”.⁴¹⁶

Estocolmo también estructuró el concepto de desarrollo sostenible de manera que se puedan conciliar los conceptos de protección al medio ambiente para las generaciones venideras reconociendo al mismo tiempo el derecho que tiene la humanidad a desarrollarse sirviéndose de los recursos naturales renovables, dentro de los que se encuentra la fauna. Al respecto la declaración consagró:

“Principio 2. Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga.”⁴¹⁷

⁴¹⁵ Declaración de principios aprobada por la Conferencia Mundial, Estocolmo 1972, en, *Tratados del Medio ambiente* (Madrid 1988) 372

⁴¹⁶ ESTOCOLMO, DP.

⁴¹⁷ ESTOCOLMO, DP.

Estocolmo también consagra el principio de precaución para visualizar todos los efectos posibles sobre el medio ambiente y poder prevenirlos, compensarlos o mitigarlos. Proclama 3 y 6 de Estocolmo:

“El hombre debe hacer constantemente recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecen su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio (...) debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra sociedad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre”⁴¹⁸

Asimismo, es importante resaltar, la concepción antropocéntrica que termina estructurando la necesidad de conservación del medio ambiente para las generaciones venideras de la humanidad. Proclama 5. De Estocolmo:

“De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano”⁴¹⁹

A partir de Estocolmo ha habido una toma de conciencia en zonas muy amplias de la población mundial y de buena parte de sus gobiernos sobre lo dramático de la situación y el “pavoroso desenlace que puede tener para nuestro planeta, si no se hacen políticas y correctivos enérgicos y se comprometen sociedades e individuos, en

⁴¹⁸ ESTOCOLMO, DP.

⁴¹⁹ ESTOCOLMO, DP.

la tarea común de resguardar y mejorar la vida sobre la tierra.”⁴²⁰ En el plano político, surgieron partidos, los llamados verdes, en toda Europa, logrando constituirse en varios países como fuerzas respetables, con presencia en el Parlamento y los gobiernos, con gran influencia en la opinión pública.

La Declaración de Estocolmo fue en Colombia, durante el gobierno del Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974) consecuencia directa, de la expedición por el Congreso de la República, de una ley de facultades especiales solicitada por el Gobierno para expedir un código de los recursos naturales renovables y del ambiente, con el fin de implementar la declaración de principios suscrita por Colombia en la capital Sueca. Fue así, como el órgano legislativo tramitó y expidió la Ley 23 de 1973 en diciembre de ese año y le dio facultades al Gobierno para que dentro del año siguiente, es decir, hasta diciembre de 1974, elaborara y expidiera mediante un decreto ley, un código para los recursos naturales renovables y el ambiente. Esta ley se convierte con sus 20 artículos en la norma ambiental por excelencia en Colombia.

3. Ley 23 de 1973

El artículo 1º de la ley, destaca la visión antropocéntrica de la normatividad ambiental al determinar que el objeto de la ley es lograr la protección del ambiente pero con un fin: el de garantizar la salud y el bienestar de las personas.

El artículo 2º dice que el ambiente es patrimonio común lo que conduce a que ni los particulares ni el Estado pueden dañarlo, y si lo hacen, ambos deben incurrir en responsabilidad. Esta concepción del patrimonio común contradice otros artículos que consagró el Código de los Recursos Naturales Renovables, que aunque manifestó que el ambiente era patrimonio común (art. 1º) aún patrimonio común de la humanidad (art 2º) dijo que los recursos naturales renovables eran propiedad de la Nación (art.42).

⁴²⁰ VILLAR BORDA, L., *Presentación final de la posición de Colombia en la sesión plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Estocolmo 1972) en *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 20 años de vigencia* (Bogotá 2004) 27

El artículo 4 de la Ley 23 de 1973 confunde un poco más cuando establece los alcances de la responsabilidad del Estado por contaminación. Sin embargo, al destacarse por la ley que el ambiente es patrimonio común, tanto del Estado como de la comunidad, no puede entonces colegirse que los daños producidos por el Estado a un patrimonio común no son indemnizables. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional al decidir la exequibilidad de la totalidad del CRNR.

El mismo artículo 2º de la Ley 23 de 1973 dice que el medio ambiente son los recursos naturales renovables, ya que son ellos los que lo constituyen. Esta decisión legal excluye al hombre dentro del medio ambiente, en armonía con lo ya dispuesto en el sentido de que el objeto de las normas sobre medio ambiente es garantizar el desarrollo futuro de la humanidad, garantizar su salud y bienestar, el hombre es el fin de la protección ambiental, no es la protección ambiental en sí misma, por tanto, el hombre hace parte de un medio, pero ese medio debe ser ambientalmente sano par que él pueda subsistir en condiciones dignas.

Sobre qué son los recursos naturales renovables, el CRNR los reguló y lo veremos más adelante. El artículo 3º de la Ley 23 de 1973 describe al agua, al aire y al suelo como los bienes que pueden ser contaminados. Debe anotarse que evitar la contaminación.

La Ley 23 de 1973 dejó en claro varios conceptos: qué puede ser contaminable (art.3º) qué es contaminación (art. 4º) cuándo se puede sancionar por contaminación (art. 18), etc.

Debemos resaltar así, la importancia de la Ley 23 de 1973 como norma que no es modificada por el CRNR, sino como norma orientadora y definidora del derecho ambiental en Colombia, que conserva aún su plena vigencia, porque las leyes ambientales posteriores no la han modificado.

4. Código de Recursos Naturales Renovables

Como consecuencia de la Ley de Facultades, Ley 23 de 1973, el Gobierno Nacional, dicta en diciembre de 1974, el Decreto 2811 de 1974 (CRNR), solo un par de años después de la Conferencia de Estocolmo.

Varios de los enunciados del CRNR tuvieron una influencia directa en las liberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y en el articulado de la Constitución Política de Colombia de 1991. Como veremos más adelante, en dicha Constitución, se incorporaron varios artículos relativos a la protección del medio ambiente, como el derecho a gozar de un ambiente sano, la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, lo mismo que la prohibición de la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos. A partir de entonces hay sin duda un avance institucional que refleja la inquietud creciente de sectores más amplios por los problemas del medio ambiente dentro del cual se ha incluido a los animales, a pesar de que se ven de una manera colectiva, mas no individual, al menos al inicio. Pero infortunadamente lo materializado en la Ley no se patentiza en progresos paralelos en la realidad. Solo las políticas activas de la administración, con la participación de los ciudadanos, la movilización de asociaciones, gremios, universidades, juntas de vecinos, podrá hacer la verdadera dimensión de los problemas e impulsar su solución.

Pasamos a estudiar algunos aspectos relevantes del CRNR, y del desarrollo de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto, pues es en gran parte, el Derecho Medioambiental, el lugar en dónde los Jueces colombianos y en particular la Corte Constitucional, han encontrado herramientas para desarrollar una doctrina de protección de los animales.

El CRNR está dividido en tres partes: Un título preliminar y dos libros. El título preliminar resalta, completa y perfecciona la Ley 23 de 1973, estableciendo los conceptos fundamentales y los objetivos del Código. El Libro I, consta de 4 partes a saber: definiciones, medios de política ambiental, problemas ambientales internacionales, normas de preservación relacionadas con los elementos ambientales. El Libro II es sobre la propiedad y uso de los recursos naturales, consta de las siguientes partes: normas comunes, de la atmósfera, de las aguas no marítimas, del mar, de los recursos energéticos primarios, de los recursos geotérmicos, de la tierra y los suelos, de la flora terrestre, de la fauna terrestre, de los recursos hidrobiológicos, de la protección sanitaria de la flora y fauna, de los recursos del paisaje, de los modos de manejo de los recursos naturales renovables.

El CRNR está fundamentado en diversas aproximaciones filosóficas al tema ambiental. En sus textos se reflejan opiniones de especialistas y juristas que dirigieron su elaboración. A nivel latinoamericano, el CRNR es el primero en ser expedido y su redacción estuvo encargada a Guillermo J. Cano, Antonio Barrera y a Joaquín Vanín Tello.⁴²¹

5. La propiedad sobre el medio ambiente

El CRNR en su primer artículo se define al medio ambiente como un patrimonio común:

“Art. 1. El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.”⁴²²

Vemos cómo el CRNR recoge el principio 2 ya visto, de la Cumbre de Estocolmo, que dice que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y desarrollo económico y social de los pueblos. El CRNR en su artículo 2º continúa en este sentido:

“Art. 2. Fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos, este Código tiene por objeto:

1º. Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.

⁴²¹ RODRÍGUEZ BECERRA, M., *La reforma ambiental en Colombia* (Bogotá 1998)

⁴²² CRNR., Art. 1

2°. Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.

3°. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente.”⁴²³

Una simple lectura muestra que ese artículo contiene, en germen, la idea del desarrollo sostenible, pues plantea que el crecimiento económico debe tomar en cuenta los límites que derivan de los equilibrios ecológicos, por lo cual la solidaridad intergeneracional debe ser un criterio básico para regular la explotación de los recursos naturales. No de otra forma se puede interpretar el mandato de ese estatuto, según el cual, debe protegerse la salud y bienestar no sólo de los colombianos de hoy sino también de los "futuros habitantes del territorio nacional". En cierta medida, el código consagró, sin mencionarlo, el imperativo constitucional según el cual el desarrollo debe ser sostenible. Y eso no es extraño, ya que la categoría del desarrollo sostenible empieza a formarse en la Declaración de Estocolmo del 16 de junio de 1972, efectuada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, y que, como se comentó anteriormente, sirvió de sustento al código.

Ahora bien, uno de los cambios más importantes en la legislación nacional que introdujo el CRNR, respecto del medio ambiente, fue el establecer que éste es un patrimonio común, cuyas actividades son de interés social y dónde el objetivo de la normatividad es lograr la preservación, reestructuración, mejoramiento, conservación y utilización racional de recursos naturales renovables.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció al respecto de la siguiente manera: “El derecho al ambiente es concebido como un derecho de propiedad colectiva que implica pertenencia y goce. La pertenencia involucra responsabilidad para cada uno de conservarlo y administrarlo, mientras que el derecho de goce hace relación al deber y responsabilidad de otros (Estado y particulares).”⁴²⁴

⁴²³ CRNR., Art. 2

⁴²⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 13 de junio de 2003.

Podemos observar, que dentro del CRNR, en su segundo artículo, antes citado, aparece el concepto de desarrollo, calificado como económico y social y se establece que el ambiente es necesario para la supervivencia humana. Se habla de supervivencia, pues se entiende que sin una protección adecuada del medio ambiente, existe la posibilidad de desaparición de la especie y de los recursos naturales. La necesaria conjunción de lo ecológico con lo social y lo económico aparece en numerosos artículos del CRNR.

Sobre la propiedad del ambiente, entendemos que no es un patrimonio de una comunidad en particular ya que otro de los principios del derecho del medio ambiente es el del desarrollo sostenible. La Cumbre de Estocolmo fue así como lo planteó en su principio 2º Anteriormente citado. En consecuencia, cuando el CRNR dice en sus artículos 42 y 80 que la propiedad de los recursos naturales renovables (incluida la fauna) es de la Nación o del Estado, se refiere es al dominio público afectado al uso público y no al dominio o propiedad como la define el COLCC (es decir, como el derecho patrimonial a usar, gozar y disponer de una cosa). El Decreto Reglamentario 1541 de 1978 en su artículo 7º, estableció claramente que el Estado no tenía sobre los recursos naturales renovables el dominio como si fuesen bienes fiscales, pues lo son de uso público, es decir, de toda la comunidad:

“El dominio que ejerce la nación sobre las aguas de uso público, conforme al artículo 8º del Decreto Ley 2811 de 1974, no implica su usufructo como bienes fiscales, sino por pertenecer ellas al Estado, a éste incumbe el control o supervigilancia sobre el uso y goce que les corresponde a los particulares, de conformidad con las reglas del Decreto Ley 2811 de 1974 y las contenidas en el presente Decreto.”⁴²⁵

Consideramos que la siguiente sentencia de la Corte Constitucional esclarece este concepto del dominio público afectado al uso público:

“**c. Bienes de dominio público.** Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su

⁴²⁵ Decreto reglamentario 1541 de 1978, Diario Oficial 35078 de agosto 21 de 1978

titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concorra el elemento del **destino** o de la **afectación** del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983.

c.1. Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989)

c.2. Bienes afectados al uso público Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la ley 9ª de 1.984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los **bienes de uso público del Estado**, tienen como característica ser **inalienables, imprescriptibles e inembargables** (artículo 63 de la Constitución Política). a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc. b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios. c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del

tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados. **c.3. Bienes afectados al espacio público.** La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9ª de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de **espacio público**. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste.⁴²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la propiedad sobre el medio ambiente es, por regla general del Estado, caso en el cual, se trata de dominio afectado al uso público o de los particulares. Es decir, que se tratan de bienes de uso público, tal y como se definieron en el Derecho Romano. Pero en segunda instancia tenemos que la propiedad sobre el medio ambiente en cabeza de los particulares es posible y común y se da, cuando éstos tengan sobre los recursos naturales renovables derechos adquiridos.

Ha sido un principio fundamental ese reconocimiento a la propiedad privada por parte del CRNR en los artículos 4 y 83 del mismo:

“Art. 4: Se reconocen los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables. En cuanto a su ejercicio, tales derechos estarán sujetos a las disposiciones de este Código”⁴²⁷

⁴²⁶ CCOC., *Sentencia T-566/1992*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-566-92.htm>

⁴²⁷ CRNR., Art. 4

“Art. 83. Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado”⁴²⁸

Lo que sucede es que esa propiedad de los particulares y del Estado sobre los recursos naturales, tiene una peculiar afectación al uso público. Esa afectación implica que existen serias limitaciones relacionadas con su uso, goce y disposición.

La misma Corte Constitucional llamó la atención al respecto:

“(…) lo propio de una norma ambiental es que considera a la naturaleza no sólo como un objeto de apropiación privada o social sino como un bien jurídicamente tutelable, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y la sociedad se transforma (…) El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía. En efecto, el ordenamiento jurídico ya no sólo buscará regular las relaciones sociales sino también la relación de la sociedad con la naturaleza, con el fin de tomar en cuenta el impacto de las dinámicas sociales sobre los ecosistemas, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social”⁴²⁹

6. Función social de la propiedad. CRNR

A la propiedad le es inherente una función social según el CRNR:

“Art. 43 El derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social, en los términos establecidos por la Constitución Nacional y sujeto a las limitaciones y demás disposiciones establecidas en este Código y otras leyes pertinentes.”⁴³⁰

Pero el concepto de función social no es suficiente para explicar la afectación de que estamos hablando pues la función social se ha entendido como “el ejercicio de los poderes del titular de la propiedad en su relación con los demás debido al carácter

⁴²⁸ CRNR., Art. 83

⁴²⁹ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2319>

⁴³⁰ CRNR., Art. 43

productivo del bien que posee. Sin embargo no llega a cubrir bajo sus esquemas conceptuales todas las necesidades que derivan de la progresiva limitación de determinados recursos naturales y de la exigencia cada vez más evidente de facilitar el disfrute de bienes no reproductibles, bienes ambientales, al mayor número de personas sin que por ello quede anulada la relación del propietario con las cosas sometidas a su dominio”⁴³¹

El principio de función social, que establece el CRNR, ha sido adoptado por la Constitución Política Colombiana, como principio de función ecológica de la Propiedad. Lo estudiaremos más adelante, junto con la jurisprudencia que ha desarrollado dicho concepto.

7. Acciones populares

Las acciones populares en Colombia tienen una larga tradición. En efecto, en el Código Civil, encontramos dos acciones populares con características particulares. Por un lado, se protegen los intereses colectivos mediante las acciones populares y se protegen colectivamente intereses individuales mediante acciones de grupo⁴³².

El Código Civil Colombiano, adoptó a la acción popular, del Código de Bello, que se caracteriza por tener una acción popular con un amplio espectro de actuación, toda vez que protege los bienes públicos pero también protege cualquier colectivo, no necesariamente una municipalidad, contra cualquier daño contingente.⁴³³ La acción popular para la protección de los bienes públicos está prevista en los artículos 1005 del COLCC y 948 del CHILCC. La acción popular contra daño contingente que amenaza a un grupo de personas indeterminadas está prevista en los artículos 2359 del COLCC y 2333 del CHILCC.

El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagró a la acción popular, de la siguiente manera:

⁴³¹ DELGADO DE MIGUEL, J., *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología* (Pamplona 1992) 30

⁴³² COLCC, Art. 2359

⁴³³ GUAYACÁN ORTIZ, J.C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005) 35- 56

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”⁴³⁴

Tenemos entonces que por vía de la Acción popular, se puede buscar la protección de derechos colectivos relacionados con el medio ambiente y los animales, tales como: la salud pública, la moral administrativa y el ambiente. Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana, definió esos intereses que se protegen a través de la acción popular, es decir, los colectivos, como aquellos que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una comunidad, y cuya existencia se concreta con su ejercicio ante la jurisdicción.⁴³⁵

Las acciones populares no fueron definidas por el Código Civil, y es a través de la Ley 472 de 1998, cumpliendo el mandato del artículo 88 de la Constitución de 1991, en donde se reguló el procedimiento de la acción popular y la definió como una de aquéllas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998). En el literal c) del artículo 4 de dicha Ley, consagra unos intereses colectivos que pueden ser protegidos a través de la acción popular. Dichos intereses son los siguientes:

- i) La existencia del equilibrio ecológico.
- ii) La preservación y restauración del medio ambiente.
- iii) La protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas.

⁴³⁴ CPC, 91. Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

⁴³⁵ CCOC., Sentencia C/215 de 1999.

iv) El manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales –renovables o no renovables– con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución.

iv) La conservación y protección de las especies animales y vegetales.”⁴³⁶

Entonces tenemos, que sobre el medio ambiente, y sobre los recursos naturales renovables de propiedad privada (como las aguas que nacen y mueren dentro de la misma heredad, el suelo, la flora dentro de un predio de propiedad privada, el paisaje, dentro de esa misma propiedad) o no, pueden protegerse mediante las acciones populares. Sucede lo mismo con la fauna, pues como veremos, más adelante, la misma Corte Constitucional, ha reiterado, que la fauna se encuentra dentro del mismo concepto de ambiente y por lo tanto, sobre ella, se aplican las mismas normas que se aplican a los demás recursos naturales. A pesar de ser vista la fauna como un recurso natural, del cual el hombre tiene el derecho a usar, hay ciertos límites en el uso del mismo, pero además, una especial protección.

Sobre las acciones populares, respecto de recursos naturales de propiedad privada, apunta GONZÁLEZ VILLA: “Cabén las acciones populares, porque aunque se traten de bienes de propiedad privada, son bienes peculiarmente afectados a una especie de uso público, porque su detrimento afecta a la comunidad en forma directa o indirecta. Piénsese en un árbol sembrado por un particular, como un guayacán que embellece con sus flores un determinado lugar y es cortado, afectando a los vecinos que gozaban contemplando su belleza.”⁴³⁷ Reiteramos, que al ser considerados los animales, como parte de la fauna, y por esta razón como un recurso natural, se ha entendido, como veremos, por la jurisprudencia, que pueden llegar a ser protegidos a través de la acción popular.

Como afirma DELGADO DE MIGUEL: “El propietario tiene un derecho de propiedad sobre sus recursos naturales renovables, pero la sociedad tiene derecho a la función ecológica que le es inherente a la propiedad”⁴³⁸ Es por ello que las actividades

⁴³⁶ Ley 472 de 1998, Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998

⁴³⁷ GONZALEZ VILLA, DAC., 120

⁴³⁸ DELGADO DE MIGUEL, J., *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología* (Pamplona 1992) 60

de protección del medio ambiente, es un deber del Estado y de los Particulares. Recordemos que el artículo 2 de la ley 23 de 1973 dice “(...) por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares”⁴³⁹.

A partir de la expedición del CRNR, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, que luego fue recogida por la Constitución del 91, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones al a apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”⁴⁴⁰

Lo anterior, da pie para recordar otro que el uso de los recursos naturales, se puede hacer, pero dentro de los límites tolerados que exigen las normas ambientales, límites que se establecen, atendiendo la capacidad de la naturaleza de neutralizar el efecto dañoso que sobre la misma se pueda producir. Al respecto el literal e del artículo 9º del CRNR establece:

“Los recursos naturales renovables no se podrán utilizar por encima de los límites permisibles que, al alterar las calidades físicas, químicas o biológicas naturales, produzcan el agotamiento o el deterioro grave de esos recursos o se perturbe el derecho a ulterior utilización en cuanto ésta convenga al interés público.”⁴⁴¹

Siendo entonces el medio ambiente un patrimonio común (dentro del cual está la fauna) de las generaciones presentes y futuras, y no exclusivamente de una persona, así sea su propietario, por la peculiar afectación a todos, se entiende perfectamente

⁴³⁹ Ley 23 de 1973, Diario Oficial 34001 de enero 17 de 1974

⁴⁴⁰ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2319>

⁴⁴¹ CRNR., Lit. e, Art. 9

que su protección pueda ser alegada por cualquier persona y no solamente por el inmediatamente afectado. Más adelante, cuando analicemos la jurisprudencia relativa a nuestro tema de estudio, producida en Colombia, veremos cómo en la Sentencia del Consejo de Estado Colombiano de 26 de noviembre de 2013, se consideró, que la acción popular, es un medio idóneo para la protección animal. Las acciones populares consagradas en la citada Ley 472 de 1998, se caracterizan porque pueden ser iniciadas por cualquier persona, a la cual se le reconoce un incentivo económico. “También las caracteriza que tienen funciones preventivas y restitutorias.”⁴⁴²

8. Definición del medio ambiente

A continuación veremos algunos pronunciamientos Judiciales, sobre la definición del medio ambiente, para pasar a comentarlas después. Antes que nada, resolveremos la cuestión de si el ser humano, se encuentra incluido dentro del medio ambiente o no, según el Derecho ambiental Colombiano.

La jurisprudencia ha entendido que el ser humano sí se encuentra dentro del concepto del medio ambiente. Como veremos en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional y de algunos Tribunales Administrativos colombianos:

Sentencia T-453/98 la Corte Constitucional Colombiana consideró lo siguiente:

“El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural (...) la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servidores públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como

⁴⁴² GUAYACÁN ORTIZ, J.C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005) 37

una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.”⁴⁴³

En Sentencia T-339/2002 afirmó que:

“Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales”⁴⁴⁴.

El planteamiento anterior, responde a los postulados de pertenencia y dependencia del hombre en la naturaleza, expuestos en la Carta Mundial de la Naturaleza⁴⁴⁵, en donde se identifica la cuestión ambiental como un elemento transversal que permea todas las actividades del hombre en el entorno.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala séptima de Decisión, en sentencia del 31 de agosto de 2000, consideró que:

“El concepto de medio ambiente santo tradicionalmente ha hecho referencia exclusiva a la naturaleza. El término comprende también la relación del hombre con su medio. Esta noción incorpora dos aspectos: de un lado, una realidad física, que incluye los factores químicos y biológicos que actúan sobre un organismo o sistema ecológico y de otro, un contexto social, que cobija no

⁴⁴³ CCOC., *Sentencia T-453/98*. Disponible en:

www.defensoria.org.co/ojc/sentencias/T-453-98.rtf

⁴⁴⁴ CCOC., *Sentencia C-339/2002*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-339-02.htm>

⁴⁴⁵ Naciones Unidas, *Carta Mundial de la Naturaleza*. Disponible en:

<http://www.mbigua.org.ar/uploads/File/CartaMundialNaturaleza.pdf>

sólo las relaciones que el hombre tenga con su naturaleza, sino también con su medio social. De acuerdo con lo anterior, las decisiones políticas y económicas afectan la calidad de vida de un individuo o de una colectividad humana. Al brindarle la posibilidad de disfrutar de un medio ambiente sano, se permitirá al ser humano alcanzar un normal desarrollo intelectual, moral, social y espiritual.”⁴⁴⁶

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por su parte, consideró en Sentencia de 13 de junio de 2003:

“El medio ambiente no sólo comprende el espacio terrestre, aéreo, acuático, sino que se encuentra integrado por el medio humano, constituido éste por el entorno social, cultural, histórico y artístico del hombre. El hombre tiene el derecho al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras, por ello el ambiente sano es considerado como el derecho de los seres humanos a la sobrevivencia frente a la depredación y contaminación irracionales de la naturaleza.”⁴⁴⁷

La Corte Constitucional Colombiana, sobre los pueblos autóctonos o aborígenes en el territorio nacional, comentó, en relación con el medio ambiente:

“En atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7º y 329. Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que

⁴⁴⁶ Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Séptima de Decisión. Sentencia de 31 de agosto de 2000

⁴⁴⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 13 de junio de 2003

se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepciones características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.”⁴⁴⁸

De las sentencias citadas anteriormente vemos que se confunde al hombre, con el medio ambiente sano en sí mismo. Puede en un principio parecer adecuado, pero consideramos que si se incluye al hombre dentro del concepto del medio ambiente sano se produce una concepción antropocéntrica del Derecho del Medio Ambiente y a continuación explicaremos el por qué. Si se incluye al ser humano dentro de ese concepto, el ser humano entonces, es igualmente objeto de protección y en consecuencia, cuando exista confrontación entre los demás componentes de la naturaleza y el hombre, primará el hombre. Lo anterior no tiene sentido, pues generalmente los perjuicios que se producen al ambiente, son realizadas por el hombre mismo para satisfacer sus necesidades. Por tanto, el objeto impactado está justificado por la actividad de impacto, generada por el hombre.

Por otro lado, si el ser humano, es incluido como objeto de protección dentro del concepto ambiental, dadas sus permanentes necesidades, toda la atención de las autoridades ambientales, tendría que dirigirse a solucionar esas necesidades insatisfechas del hombre. En consecuencia, no es cierto que el hombre, la cultura, el medio social, etc., sean parte del ambiente y objeto de protección de las normas ambientales. En este sentido, no hay que perder de vista el objeto de la protección y distinguirlo de la finalidad, pues de hacerlo no se protegerá el objeto sino la finalidad misma, perdiéndose el objeto y no logrando la finalidad.

El objeto de protección en el Derecho del medio ambiente son los recursos naturales renovables como se aprecia en los siguientes artículos:

“Art. 2. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente

⁴⁴⁸ CCOC., Sentencia T-342/94. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>

está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables”⁴⁴⁹.

Ahora bien, los recursos naturales renovables fueron definidos como tales por el CRNR.

“Art. 3 De acuerdo con los objetivos enunciados, el presente Código regula:

a). El manejo de los recursos naturales renovables a saber:

1o. La atmósfera y el espacio aéreo nacional.

2o. Las aguas en cualquiera de sus estados.

3o. La tierra, el suelo y el subsuelo.

4o. La flora

5o. La fauna

6o. Las fuentes primarias de energía no agotables.

7o. Las pendientes topográficas con potencial energético.

8o. Los recursos geotérmicos.

9o. Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República.

10. Los recursos del paisaje.

b). La defensa del ambiente y de los recursos naturales renovables contra la acción nociva de fenómenos naturales;

c). Los demás elementos y factores que conforman el ambiente o influyen en el denominador de este Código elementos ambientales, como:

1o. Los residuos, basuras, desechos y desperdicios.

2o. El ruido.

3o. Las condiciones de vida resultantes de asentamiento humano urbano o rural.

4o. Los bienes producidos por el hombre o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Ley 23 de 1973, Diario Oficial 34001 de enero 17 de 1974, Art. 2

⁴⁵⁰ CRNR., Art. 3

Con éste artículo, para el CRNR el concepto de ambiente está ligado al de recursos naturales. El ambiente a su vez, contiene elementos biológicos, físicos y socio-económicos. Se puede decir, que el ambiente está constituido por un conjunto de elementos definidos en el artículo 3. Este excluye únicamente a los recursos naturales no renovables (petróleo, gas, y minerales) y como ya comentamos, se excluye también al hombre, la cultura, el medio social, etc. El ser humano, es quien se va a beneficiar de que todo lo anterior se conserve y proteja.

Así, el medio ambiente son: los recursos naturales renovables. Este es el objeto de protección del derecho. En el numeral 5 del artículo 3 del CRNR, se establece expresamente, que el mismo regulará lo referente a la fauna, entendiendo a la misma, como parte de la definición de ambiente y por consiguiente, como parte de la protección normativa.

Como hemos visto, el concepto de medio ambiente en Colombia, es muy amplio. GUILLERMO J. CANO, clasifica a los elementos que compone el ambiente de la siguiente forma: “El ambiente natural lo forman, dentro del rubro de los recursos, la atmósfera, el agua, la tierra, el suelo, la flora, la fauna, la energía primaria, los recursos escénicos y panorámicos. Los economistas definen como recurso natural a los elementos de la naturaleza útiles al hombre. El ambiente inducido es el que el hombre provoca usando recursos naturales; esta intervención humana puede ser benéfica o perjudicial. El caso típico es el de la producción agrícola, pecuaria, la piscicultura, la silvicultura e inclusive los paisajes naturales reformados por el hombre. El ambiente sensorial es el creado por el hombre: ruido, vibración, olor.”⁴⁵¹

9. Medio ambiente como derecho de la persona

El artículo 7 que abre el Libro I del CRNR, que está sin duda, concebido desde un punto de vista antropocéntrico, consagra que: “*Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano*”⁴⁵². Es claro que el ambiente es un objeto, son las personas quienes tienen derechos y este antropocentrismo se refuerza por el verbo disfrutar, de claras connotaciones utilitaristas. No obstante, el artículo 8, identifica

⁴⁵¹ CANO, G., *Derecho, política y administración ambientales* (Buenos Aires 1978)

113

⁴⁵² CRNR, Art. 7

algunos factores que deterioran el ambiente. El verbo deteriorar se refiere al ambiente como sujeto, no al ambiente como objeto de uso humano y esta idea se refuerza con la aparición de la flora y la fauna como sujetos, cuando en la definición de contaminación se dice que con la misma se atenta contra la flora y la fauna. Vemos el artículo 8°:

“ARTICULO 8o. Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros:

a). La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares.

Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica;

b). La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras.

c). Las alteraciones nocivas de la topografía.

d). Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas;

e). La sedimentación en los cursos y depósitos de agua;

f). Los cambios nocivos el lecho de las aguas.

g). La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos;

h). La introducción y propagación de enfermedades y de plagas;

i). La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas;

j). La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales;

k). La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria;

l). La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios;

m). El ruido nocivo;

- n). El uso inadecuado de sustancias peligrosas;
- o). La eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas.
- p). La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud. ⁴⁵³

En este artículo vemos, que se establece que la naturaleza es sujeto que puede contaminar y la flora y la fauna son sujetos contra los cuales se puede atentar.

Los textos del CRNR ha cumplido una misión didáctica importante, no solo en escuelas y personas, sino en los procesos de redacción de numerosos textos constitucionales, legales y jurisprudenciales posteriores. Sin embargo persisten las críticas por su aparente falta de efectividad. El ambientalista Colombiano, Julio Carrizosa Umaña, apunta al respecto, que a quienes insisten en demostrar la aparente falta de efectividad del CRNR en Colombia, “cabe anotarles la situación de Colombia en otros dos temas en donde lo legal interviene: los temas civiles y los penales. En ambos existen códigos de mayor antigüedad que el ambiental y extensas estructuras administrativas encargadas de hacerlos cumplir. Sin embargo la impunidad en lo penal y las extremas dificultades en el funcionamiento de las normas civiles, constituyen en este momento problemas vitales que todos reconocemos”⁴⁵⁴

10. Jurisprudencia constitucional sobre el CRNR. Importancia

Tomando como base, la declaración de Estocolmo y el CRNR, la Corte Constitucional colombiana mantiene una concepción integral del ambiente, entendiendo que dentro de los elementos que lo componen, están incluidos los animales, que hacen parte del concepto de fauna que, a su vez, se ha entendido como parte de los recursos naturales. A pesar que se trate de una protección que parte desde un punto de vista antropocéntrico, y que los animales, son visto como un conjunto de elementos que hacen parte de la Fauna, y no de manera estrictamente

⁴⁵³ CRNR., Art. 8

⁴⁵⁴ CARRIZOSA UMAÑA, J., *Algunas observaciones sobre los orígenes y los efectos del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en, Evaluación y perspectivas del código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia* (Bogotá 2004) 39

individual, la Corte ha hecho pronunciamientos realmente importantes, en cuanto a la naturaleza de los animales y la protección que el Derecho debe tener para con ellos, al pronunciarse sobre materias muy diversas, pero siempre, haciendo énfasis, en que están protegidos por la Constitución, al hacer parte del concepto del Medio Ambiente.

Antes de pasar a estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto, hacemos un paréntesis para destacar, la importancia de sus pronunciamientos en la parte motiva de sus Sentencias, plasmada en el Numeral 1º del Artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) que establece que las Sentencias de la Corte Constitucional en su parte motiva tendrán el alcance de ser

“...criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace (la Corte Constitucional), tiene carácter obligatorio general.”⁴⁵⁵

Pero evidentemente no toda la parte motiva es obligatoria. La misma Corte Constitucional, ha determinado qué parte de la motivación de sus sentencias, es obligatoria: “Resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionen de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º de la Constitución.”⁴⁵⁶

Es por esta razón, por la que no deben ser pasador por alto, los fundamentos jurídicos de las decisiones de la Corte Constitucional, pues sus alcances, como hemos visto, son obligatorios.

⁴⁵⁵ Ley 270 de 1996, Diario Oficial 42745 de marzo 15 de 1996

⁴⁵⁶ CCOC., *Sentencia C-836 de 2001*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=17773>

11. Los animales dentro del concepto de ambiente

A continuación, veremos cómo se ha producido la inclusión que la Jurisprudencia Constitucional hace de los animales dentro del concepto de ambiente.

En Sentencia, T-760 de 2007, manifestó la Corte Constitucional, que dentro del concepto de ambiente debe comprenderse a toda la fauna que habita en nuestro territorio, que no sólo hará referencia a los animales salvajes o bravíos, o que mantienen el equilibrio de ecosistemas existentes, sino a todos los animales que se encuentran en dicho territorio.

En la referida Sentencia, la Corte entendió al medio ambiente como “el contexto en el que distintos seres sentientes llevan a cabo su existencia, base conceptual que excluye cualquier visión meramente utilitarista que valore a los animales exclusivamente en cuanto recurso, es decir, como elemento de explotación por parte de los seres humanos.”⁴⁵⁷ Dicha Sentencia, por su vital importancia en el tema que estamos tratando, será profundamente estudiada y comentada, cuando analicemos la Ley de protección animal colombiana.

Por su parte, en Sentencia C-666/2010 enfatiza la Corte Constitucional, que incluir a los animales dentro del concepto de ambiente, supera el enfoque eminentemente utilitarista de los animales –que los considera un recurso utilizable por los seres humanos- y se inserta en la visión de los animales como: “otros seres vivos que comparten el contexto en que se desarrolla la vida humana, siendo determinantes en el concepto de naturaleza y, por consiguiente, convirtiéndose en destinatarios de la visión empática de los seres humanos por el contexto –o ambiente- en el que desarrolla su existencia.”⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ CCOC., *Sentencia T-760/07*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>

⁴⁵⁸ CCOC., *Sentencia C-666/2010*. Disponible en

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-666-10.htm>

12. Fauna silvestre en el CRNR

Ahora bien, el CRNR en las disposiciones generales sobre fauna silvestre, dispone:

“Art. 247. Las normas de este título tienen por objeto asegurar la conservación, fomento y aprovechamiento racional de la fauna silvestre, como fundamento indispensable para su utilización continuada.”⁴⁵⁹

“Art. 248. La fauna silvestre que se encuentra en el territorio nacional pertenece a la Nación, salvo las especies de los zocriaderos y cotos de caza de propiedad particular.”⁴⁶⁰

Sobre dicha normatividad, es necesario profundizar en dos aspectos. En primer lugar, sobre el significado de fauna silvestre y, en segundo lugar, sobre la propiedad de la fauna silvestre. Como vimos anteriormente, el Código Civil, en el artículo 687 define lo que debe entenderse como animal. Dicho concepto se desarrolla en el capítulo de los modos de adquirir el dominio de las cosas. Recordamos, que en dicho artículo se determina que los animales pueden ser clasificados como bravíos, domésticos y domesticados.

Ahora bien, con la expedición del CRNR, el concepto de animal salvaje o bravío dentro del ordenamiento jurídico se modificó. Así el CRNR define la fauna silvestre, en el artículo 249, como:

“el conjunto de animales que no ha sido objeto de dominación, mejoramiento genético o cría y levante regular o que han regresado a su estado salvaje...”⁴⁶¹

De lo anterior, se puede concluir que el concepto de animal bravío se debe asemejar al concepto del fauna silvestre definido en el CRNR. Dicha asociación es de gran importancia, como se verá más adelante, dentro del ordenamiento jurídico respecto de la propiedad de estos.

⁴⁵⁹ CRNR., Art. 247

⁴⁶⁰ CRNR., Art. 248

⁴⁶¹ CRNR., Art. 249

Como bien se vislumbra en la sentencia C-126 de 1998, anteriormente citada, con la expedición del CRNR se cambió el concepto de la naturaleza, de tal forma que ésta ya no puede ser vista como “un objeto de apropiación privada o social sino como un bien jurídicamente tutelable, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y la sociedad se transforma (...)”⁴⁶². La expedición del CRNR implicó un cambio en la relación de las personas con la naturaleza, teniendo en cuenta el impacto de las dinámicas de éstas frente a los ecosistemas y la repercusión sobre el medio ambiente.

Por lo anterior, la normatividad contemplada en el Código Civil, estudiada anteriormente, en los artículos 686 y siguientes, relacionada con la adquisición de la propiedad de *animales bravíos* por medio de la ocupación en los casos de la caza y pesca, se ve limitada con la expedición del Código de Recursos Naturales y así lo ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia T-608/11.

Como vimos, antes de la expedición del CRNR, una persona podía apropiarse de cualquier animal salvaje a través de la caza y de la pesca, con el único condicionamiento de que si la persona no tenía permiso del dueño, lo que sea cazado pertenece al dueño del predio⁴⁶³. Sin embargo, luego de la expedición del Código de Recursos Naturales, en el 248, toda la fauna, salvo cuando existen derechos adquiridos por particulares, pero en términos generales, toda la fauna silvestre se encuentra en cabeza del Estado. Con lo que se ve una clara mutación en el concepto de propiedad privada frente a los recursos naturales, puesto que se cambia el paradigma en donde la disposición de éstos, se encuentra sujeta al deber que tiene cada individuo de proteger el medio ambiente. Así, la protección al medio ambiente se convierte en un límite específico de las potestades del ejercicio de la propiedad privada en algunos casos.

Si bien es cierto que la propiedad de la fauna silvestre dentro del territorio nacional está en cabeza del Estado, el ordenamiento contempla dos excepciones: los zocriaderos y los cotos de caza de propiedad particular. Es necesario manifestar que sólo el Estado tiene la potestad de autorizar qué tipo de animales se pueden cazar⁴⁶⁴,

⁴⁶² CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2319>

⁴⁶³ COLCC., Arts. 686-689

⁴⁶⁴ CRNR., Art. 258, Lit. b

entendiendo que para todo tipo de caza es necesario contar con un permiso, excepto en los casos de caza con fines de subsistencia o alimento⁴⁶⁵.

En conclusión, se entiende que respecto de la fauna silvestre, el ordenamiento nacional es el propietario. La posibilidad de acceder a la propiedad de éstos sólo puede hacerse de manera legal cuando se haga por medio de zocriaderos o de caza en las zonas permitidas, con permiso, autorización o licencia⁴⁶⁶. Por lo anterior, se evidencia que el concepto de propiedad respecto de la fauna silvestre, ha mutado dentro del ordenamiento nacional, por lo que el aprovechamiento de ésta se encuentra supeditado a evitar la disminución cuantitativa y cualitativa de las especies animales.

Adicionalmente, es menester enunciar que al analizar la definición de “animal” contenida en el artículo 687 Código Civil, la clasificación de animales “domesticados”, sólo puede aplicarse a aquellos animales cuya propiedad se haya obtenido a través de las dos formas mencionadas: animales de zocriadero con los permisos respectivos o animales cazados en zonas permitidas con permiso, autorización o licencia.

En la Sentencia T-608/11, la Corte Constitucional manifestó que la definición que el Código Civil hace de animal domesticado, particularmente en donde se describe que son los animales que “reconocen en cierto modo el imperio del hombre”, desconoce la visión del hombre como parte de la naturaleza que tiene un deber de cuidado y respeto frente a ésta y “se ajusta a una visión utilitarista de la naturaleza que no se ajusta a los presupuestos de la Constitución Verde”. Por lo anterior, la Corte estableció en dicha Sentencia que un animal de fauna silvestre, no puede asemejarse a un animal doméstico y su propiedad no puede ser obtenida porque estos “conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos (...).”⁴⁶⁷

En la misma Sentencia, más adelante la Corte Constitucional se pronunció en el sentido de que la visión que se tiene de los animales, no puede ser una meramente

⁴⁶⁵ Ésta, de acuerdo al literal a) del artículo 252 CRNR, debe ser entendida como: “a) Caza de subsistencia o sea que sin ánimo de lucro tiene como objeto exclusivo proporcionar alimento a quien la ejecuta y a su familia.”

⁴⁶⁶ Decreto 1608 de 1978, Diario Oficial, 35.084 de agosto 21 de 1978, Art. 31

⁴⁶⁷ CCOC., *Sentencia T-608/11*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

utilitarista, sino por el contrario, “deben ser entendidos como otros seres vivos que interactúan dentro del desarrollo o preservación del medio ambiente.”. En ésta Sentencia, la Corte Constitucional, Cita el texto *Animal Rights: current Debates and new directions*. (2005) de Cass Sunstein y Martha Nussbaum usándolo como fundamento importante para argumentar sus consideración.

B. Ley 5 de 1972 y Decreto Reglamentario 497 de 1973: Juntas Defensoras de Animales

Con la Ley 5 de 1972 se registra por primera vez en la historia legislativa colombiana un esfuerzo por brindar protección a los animales. Su trámite comenzó en 1965 y fue expedida por el Congreso de la República el 11 de octubre de 1972 con un decreto Reglamentario (número 197) expedido un año después.

Haciendo una lectura comprensiva de todos los argumentos expuestos por los distintos ponentes del proyecto de ley, encontramos que hay varios pilares que sustentan la expedición de la misma. El primero de ellos, muy preponderante en el discurso legislativo y político de la época, es la Religión; se habla de los consejos sobre buen trato animal que dan los santos patriarcas de la Iglesia Católica, de la experiencia bíblica de Noé con los animales y de una lectura seleccionada de algunos pasajes de la Biblia, donde se pretende mostrar la importancia de los animales en cuanto seres de la creación.

Por otra parte, la ley encuentra otro pilar en la idea de utilidad, diciendo que es necesario cuidar los animales, porque estos nos son útiles, ya que nos dan alimento, formas de abrigo, ayuda en trabajos difíciles, y compañía. De la mano con este argumento está el afán del legislador en crear un cuerpo normativo adecuado que brinde la posibilidad de educar generaciones futuras en el manejo y cuidado de los animales, especialmente de aquéllos que son útiles al hombre, y en este sentido se echa mano del conocido juicio según el cual “el trato a los animales útiles al hombre señala fundamentalmente el grado de civilización de los pueblos. En realidad

constituye una demostración de cultura la protección de los animales que sirven al hombre”⁴⁶⁸

Además de lo anterior, encontramos varios pasajes que denotan una preocupación por la cantidad de denuncias sobre maltrato animal y evidencias por observación general de esta situación y de crueldad con los animales. Estas estadísticas son llevadas al Congreso por la ADA, que viendo la influencia que ella misma tenía y el poder de las asociaciones defensoras de animales de Inglaterra y Estados Unidos, quiso que existieran más asociaciones como ella en todo el territorio.

Quizá el proyecto resultó un poco ambicioso en la medida en que se quiso crear una asociación por cada municipio, sin consideración al número de habitantes, extensión o presupuesto, lo que tal vez condujo a una inaplicación más evidente del espíritu de la ley.

Como última fuerza que presiona el origen encontramos a los medios de comunicación, como mecanismo para sondear la opinión pública y para demostrar la importancia del proyecto. En virtud de lo anterior, el ponente se vale de cartas publicadas en periódicos de la época de ciudadanos del común, de un presuntamente importante número de denuncias hechas en la radio y en congresos internacionales y columnas de opinión, que abogan por la creación de un sistema legal que proteja a los animales. De esta manera, el Congreso se siente más legitimado para expedir el proyecto, porque el ponente muestra cómo se ha fortalecido el tema en el pueblo, Constituyente primario. Respecto a un mensaje publicado en un periódico de Barranquilla, el ponente dice que: “aunque me extienda en esta ponencia, lo transcribo en su integridad, para que el proyecto de que se trata, se torne en ley de la República”⁴⁶⁹

Estos cuerpos normativos son ley general de la República, y por tanto, tienen aplicación obligatoria en todo el territorio Nacional. La Ley 5 hace una referencia específica a una obligación en cabeza de cada uno de los municipios de nuestro país.

⁴⁶⁸ MARÍN VANEGAS, D., *Proyecto de ley 99 de 1965*” en *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910) 196

⁴⁶⁹ MARÍN VANEGAS, D., *Proyecto de ley 99 de 1965* en *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910) 196

Para finales de 2005, se instauró con resultado favorable la primera de una serie de Acciones Populares que exige a los municipios a hacer efectiva tal obligación, lo que le da un poco más de fuerza jurídica a este cuerpo normativo.

La Ley 5 de 1972 y su Decreto Reglamentario 497 de 1973 adoptan como sistema de protección animal la creación de deberes para con los animales, tal como se expresa en la exposición de motivos: “Esta idea que a muchos ha de parecer extraña, tiene a lograr el laudable objetivo de enseñar a las gentes a dar buen trato, alimento, bebida, descanso, sombra, drogas, vacunas curativas y preventivas; a que se les disminuya, a los de carga, el demasiado peso, control de la natalidad canina (...) cuidado del bienestar y mejoramiento de todas las razas animales”.⁴⁷⁰

El sistema nos resulta bastante precario y sobre él hemos de hacer las siguientes consideraciones.

El proyecto de ley, cuyo trámite tuvo inicio en 1965, época en la que difícilmente se le reconocían derechos equitativos a hombres y mujeres, o a blancos y negros, goza de una intencionalidad bien sana, que se explica y argumenta, además de los pilares que acabamos de comentar, en lo que los ponentes buenamente tuvieron a bien:

“Los argumentos teológicos no me convencen mucho(...). Pero sí considero prueba el hecho de que Jesús no entró a Jerusalén en hombros de las multitudes, como los toreros, sino en el lomo de un asno, más sabio y cuerdo que el oscuro e inepto vulgo. (...) por razón de experiencia, de mí sé decir que tengo un perro Boxer demostrablemente más inteligente que varios Senadores de la República; todo el mundo sabe que cualquier caballo es más noble que su jinete y los delfines dan lecciones de inteligencia a los gringos en jardines zoológicos en Florida y California.”⁴⁷¹

⁴⁷⁰ PERILLA BARRETO, F., *Proyecto de ley 99 de 1965*, en, *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910) 186

⁴⁷¹ PERILLA BARRETO, F., *Proyecto de ley 99 de 1965*, en, *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910) 191

A pesar de lo candente de los debates, la ley que finalmente se promulgó 7 años después, y que consta de 7 artículos buscaba la protección de los animales por una vía llena de trámites y burocracia. Era necesaria la creación en cada municipio de un comité, conformado por las personalidades del mismo; el Alcalde, el Párroco, el Personero Municipal, un representante del Secretario de Agricultura y Ganadería del respectivo departamento y un delegado elegido por las directivas de los centros educativos locales; para que dirigiera la creación y funcionamiento de las juntas defensoras de animales, cuya labor era la de recibir las quejas de crueldad, maltratamientos o el abandono injustificado. Recibida la queja, las juntas tramitaban una solicitud que dirigían al Alcalde municipal para que éste, mediante resolución motivada impartiera multa, convertible en arresto, al que resultare responsable de las mentadas actitudes, sin que el artículo explique cómo es el proceso de endilgamiento de responsabilidad en forma alguna.

Como se ve el trámite es engorroso y en su origen no tiene ninguna capacidad de coacción por parte de los recién creados entes de protección. Les dejó, eso sí, la función de crear campañas educativas y culturales en el municipio para propender a “despertar el espíritu de amor hacia los animales”⁴⁷² labor esta que nos parece de gran importancia, porque la falta de una cultura de respeto hacia los animales, es la fuente más firme de la desprotección hacia los animales, hoy. Por desgracia, las lecciones acerca de los animales en los programas educativos de educación primaria hoy día se limitan a meras clasificaciones en las cátedras de ciencias naturales, lo que facilita el proceso mental de enajenar y discriminar, y a experiencias de campo o de laboratorio que implican sufrimiento y tortura innecesaria.

Lo que sí nos resulta imperdonable de la Ley 5ª de 1972 es su ámbito de aplicación. El legislador de aquel entonces consideró suficiente, sin que se explique en la exposición de motivos o en las ponencias para debates de la ley, el criterio de utilidad, para delimitar el campo de acción de la ley, como si los únicos animales que tuvieran capacidad de sufrimiento por la crueldad del hombre fueran los productivos o los que están en la facultad de brindarnos compañía y/o entretenimiento. El resto de la fauna no tuvo importancia alguna, ni mereció la protección de las Juntas de Protección Animal creadas por esta ley; marco que se cierra aún más si se tiene en cuenta que

⁴⁷² Ley 5 de 1972, Diario Oficial 33717 de 19 de octubre de 1972, Art. 3

nada tenían que ver con la protección los pollos, ovejas, cerdos, ganado y otros animales de consumo, y que la ley tampoco tiene aplicación en lo referente a los vehículos de tracción animal y al sistemático abuso que sobre los animales usados para tales efectos. Para la regulación de esto último, se dejó en cabeza de las autoridades competentes desarrollar lo atinente al transporte, como servicio público, en los códigos de Tránsito correspondientes.

La ambigüedad en su redacción y la amplitud de sus términos se corrigió un poco con el Decreto Reglamentario 497 de 1973, que explicó adecuadamente las funciones y deberes de las Juntas Defensoras de Animales, y por primera vez en Colombia, introdujo un completo catálogo de las conductas que constituyen crueldad o maltrato para con los animales.

Contrario a lo que podría pensarse, el catálogo del maltrato no sólo incluye la violencia física directa sobre el animal, sino que también regló aspectos como el transporte adecuado, el proporcionar un ambiente sano, el uso de aparejos y herramientas adecuadas para los animales de trabajo e incluso la prohibición de ponerlos con otros animales que los perturben o aterricen.

La tipificación de estas conductas se hace sin consideración a un sujeto determinado, es decir, son conductas sin sujeto activo calificado, que amplían el espectro de su aplicación, diferenciándolas de algunos modelos anglosajones primarios que dejaban por fuera del espectro de la ley a los propietarios de las especies.

Desafortunadamente este cuerpo normativo descansa en la buena voluntad de las personas a quienes preocupa la situación animal en Colombia, ya que los modelos de Juntas de Protección Animal fueron creados para quienes están dispuestos a sacrificar su tiempo y recursos; el sostenimiento de las juntas depende de las donaciones y de recursos presupuestales estatales que difícilmente logran ser ejecutados, además, los cargos en las juntas son ad honorem, según el párrafo único del artículo 1º. Así, pues, resulta muy complejo dar aplicación a esta ley, sobre todo cuando no existe conciencia ni voluntad de los entes públicos y menos aún, coacción para lograr estos propósitos, por una vía que no sea la Acción de Cumplimiento de la Justicia Contencioso-Administrativa. Por esta razón, no es de

extrañarse que la Ley 5ª de 1972 haya sido una ley olvidada en nuestro ordenamiento: “dígalo, si no, la suerte de la Ley 5ª de 1972 (...) que ha sido ignorada olímpicamente por las mismas autoridades encargadas de su aplicación, a causa de su nulo poder coactivo”⁴⁷³

C. Estatuto Nacional de Protección de los Animales

El congreso Colombiano, dictó en el año 1989, la Ley 84 de 1989, por medio de la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Protección de los Animales (ENPA)⁴⁷⁴. Se trata de un cuerpo normativo que tiene como meta impedir el maltrato animal y procurar el bienestar de los animales que puedan verse afectados por actividades humanas. Con este objetivo, el Estatuto contiene un primer capítulo donde establece los principales fines de esta regulación; un segundo capítulo es dedicado a los Deberes para con los animales; el tercero señala las actividades que se entienden como crueldad con los animales y cuya realización, en consecuencia, se encuentra prohibida; el cuarto contiene el régimen de las sanciones que pueden imponerse a los que infrinjan las prohibiciones contenidas en el Estatuto; el quinto es dedicado a las condiciones en que los animales deben ser sacrificados para evitarles sufrimientos innecesarios; el sexto trata de la experimentación con animales vivos; en el séptimo se detallan las condiciones en que deben ser transportados en los casos en que sea necesaria su movilización; el octavo consagra la prohibición general de caza y pesca en el territorio nacional, aunque contiene una serie de excepciones a dicho limitante; y, finalmente, se incluye un capítulo de disposiciones generales.

La Ley 84 objeta la relación abusiva o cruel del hombre con la naturaleza e inicia sus consideraciones con el siguiente epígrafe: “los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre”⁴⁷⁵; enseguida, dentro de sus objetivos, la misma

⁴⁷³ CABRERA CAICEDO, J., *Proyecto de ley 231 de 1987: Estatuto Nacional de Protección de los Animales. Exposición de Motivos*, en, *Anales del Congreso 142* (Bogotá 1987)

⁴⁷⁴ Dicho Estatuto se aplica a los animales “silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos o domesticados, cualquiera sea el medio físico en que se encuentren o vivan, en libertad o en cautividad”. En virtud del parágrafo del artículo 1°.

⁴⁷⁵ Ley 84 de 1989, Diario Oficial 39120 de diciembre 27 de 1989

insiste en rechazar el dolor y sufrimiento animal, plantea la promoción de su salud, bienestar, respeto y cuidado, y propone desarrollar medidas efectivas para la preservación de la fauna silvestre. Como tal, la Ley impone un conjunto de obligaciones específicas para lograr su cometido, todas ellas enmarcadas en el compromiso de evitar causar daño o lesión a cualquier especie (art. 4º), y enlista el conjunto de actos que considera perjudiciales y crueles. Este estatuto, refleja así un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sentientes.

1. Origen

El ENPA es el gran hito legislativo en lo que a protección animal se refiere en nuestro país. Su trámite inicia en el Congreso en el mes de noviembre de 1987, aunque una versión del mismo cruzó fugaz e infructuosamente en las salas del legislador colombiano un año antes. Los motivos que la sustentan son mucho más complejos que los de la Ley 5ª de 1972, y parten de la idea sobre la existencia de los derechos animales intrincado con una serie de consideraciones de toda estirpe, muy importantes a la hora de abordar el tema con alguna seriedad. A pesar de esto, es necesario remarcar que un estandarte del origen del ENPA, es precisamente la Ley 5ª de 1972 y su decreto reglamentario, el 497 de 1973, pues la expedición de la Ley 84 no contraría el espíritu de los otros cuerpos normativos, sino que los complementa, explica y desarrolla. Así las cosas, podemos sostener que la Ley 5ª de 1972 y el Decreto 497 de 1973 siguen vigentes en Colombia, pero su falta de efectos prácticos fue una razón para que el legislador de 1989 expidiera el estatuto que ocupa nuestra atención en este momento. En primer lugar, encontramos un argumento sociológico, que pretende mostrar cómo están relacionados aspectos de índole criminal, de manera que en el maltrato animal se configura como un porqué de la violencia de nuestras gentes; un análisis que se hace extensivo a los pueblos latinoamericanos. Nuevamente se esgrimen frases de varios pensadores que apuntan a relacionar el avance cultural de un pueblo o Nación con la forma en la que son tratados sus animales. Por otra parte, preocupa al legislador el hecho de la ruptura de un orden natural originario, en el que le hombre es el protagonista, por supuesto, antagónico, del desequilibrio ecológico, que entre sus muchas manifestaciones tiene el maltrato animal y la forma en la que el progreso industrial va a abrumando sus hábitos y ecosistemas. Aquí se introduce el tema de la conservación de la fauna y de cómo conductas como la

caza sin control o el comercio ilegal de especies, van en contra de un patrimonio universal, y particularmente, nacional. ⁴⁷⁶

Como ley general de la República, el ENPA es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional. La ley se encuentra vigente, pero se han hecho varios esfuerzos de actualización de la misma, que han sido infructuosos hasta el momento.

En la exposición de motivos del ENPA, el Parlamentario Jorge Eliseo Cabrera, expuso lo siguiente:

“El Estatuto Nacional para la Protección del Animal pretende otorgar reconocimiento y amparo legal a los derechos que tienen los animales como parte integral de la naturaleza (...) Pocos dueños de animales se creen en la obligación de informarse de sus verdaderas necesidades y sus derechos. Casi ninguno cree que los tengan. (...) En un país donde poco se respeta la vida humana, menos aún se respetan la vida y los derechos animales (...) La filosofía de este proyecto es muy clara, se trata de derivar normas legales de unos principios morales, que son los que debieran regular las relaciones del ser humano con el resto de seres vivos de su contorno.” ⁴⁷⁷

El estatuto crea así unos deberes para con los animales. El fenómeno normativo animal colombiano, tiene como núcleo los deberes hacia los animales, y no le otorga derechos a los mismos. En primer lugar se estudiará la fuente a partir de su aproximación sustancial, es decir, la tipificación de las conductas y deberes permitidos o prohibidos para con los animales. La segunda parte, más breve, hace un análisis de la parte procedimental y la forma de acercarse a la justicia usando como conducto el estatuto, las sanciones que pueden imponerse a los trasgresores de las conductas descritas, así como las autoridades competentes para la imposición de las mismas.

La Ley 84 de 1989 sienta unas bases y principios generales, luego hace un listado de contravenciones, estableciendo para tales una serie de sanciones y por último enseña el procedimiento a seguir por aquellos interesados en promover una

⁴⁷⁶ CABRERA CAICEDO, 1987., 9-11

⁴⁷⁷ CABRERA CAICEDO, 1987.

acción en contra de un trasgresor determinado.

Según el párrafo del Art. 1 del ENPA estarán cobijados bajo la norma los animales “silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos y domesticados, cualquiera que sea el medio físico en que se encuentren o vivan, en libertad o cautividad”⁴⁷⁸. Con este aparte se está dando un límite al alcance de la palabra animal sin entrar a definirlo, razón por la cual es necesario remitirnos a otras normas del ordenamiento jurídico colombiano, en aras de obtener una primera conclusión acerca de la relación hombre-animal.

Como ya vimos, el COLCC clasifica los animales como bienes y en esta medida los encasilla en el Libro Segundo, de los bienes y de su dominio, posesión uso y goce; lo cual, de plano, no está dando una idea muy clara: los animales interesan al hombre en tanto que son objeto material sobre el cual recaen sus derechos. Así, la definición jurídica civilista actual de animal es cosa animada indivisible que tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos que pueden transportarse ellas a sí mismas de un lugar a otro (bien mueble, también llamado semoviente) y que son objeto del dominio, posesión, uso, goce y demás derechos que puedan recaer sobre las cosas corporales.

Recordemos que el COLCC define los criterios de animal bravío o salvaje en su artículo 687, anteriormente vistos, en contraposición a los domésticos o domesticados, clasificación ésta que acoge el ENPA:

“Art. 687.- Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, ovejas, y domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.”⁴⁷⁹

En este punto, podemos ampliar, que la definición que se nos ofrece hasta este punto por parte de las normas del COLCC, es absolutamente incompleta y arbitraria,

⁴⁷⁸ ENPA., Art. 1

⁴⁷⁹ COLCC., 687

por cuanto la evidencia científica demuestra que los animales son criaturas esencialmente sentientes, capaces de experimentar dolor, alejándose así, de ser simples objetos materiales de los derechos del hombre.

Jorge Eliseo Cabrera Caicedo, quien fue el ponente del Estatuto en 1987 tras el fallido intento del Senador Polanía Sánchez, expone una visión mucho más generosa de la definición civilista. Según se manifiesta en la Exposición de motivos, los animales están divididos en silvestres, de producción, y por último de compañía, haciéndose énfasis en que sea cual sea el animal y su cabida en una u otra categoría, la utilidad no será más un criterio para la aplicación de la ley en nuestro país, demostrando la evolución legislativa desde el año 72. Lo que aquí se afirma, se manifiesta en la tipificación legal que se ocupa de la caza y la pesca y el control y sobre exportación ilegal de fauna.

En cuanto a los animales destinados a la producción, afirma el ponente del proyecto que: “Mientras necesitemos el concurso de los animales de producción o de renta, debemos tratarlos en forma más apropiada a sus necesidades y naturaleza. Los malos tratos redundan en perjuicio de la producción misma. No se trata sólo de consideraciones humanísticas sino de criterios económicos”⁴⁸⁰.

Las conductas descritas por la Ley 84 de 1989 no derogaron los preceptos de la Ley 5ª y del Decreto 497 de 1993, pero evidentemente hay un esfuerzo legislativo por mejorar y ampliar la protección en otros niveles, que hasta el momento no habían tenido lugar. Este hecho se manifiesta de plano con los deberes para con los animales, e incluye brindar una alimentación “en cantidad y calidad suficientes”, así como la protección física de la intemperie en un ambiente adecuado que le permita al animal una adecuada movilidad en un espacio ventilado, iluminado y limpio, la protección en contra de enfermedades, y el suministro de medicinas y/o atención veterinaria cuando estas se requieran. El artículo 4º enuncia otro deber muy importante, el de denunciar cualquier acto de abuso cometido en contra de los animales por cualquier persona; deber que de ser cumplido a cabalidad, evitaría muchas de las situaciones que hemos venido describiendo a lo largo de este escrito. En línea con los deberes positivos, el mismo artículo 4º describe el deber negativo

⁴⁸⁰ CABRERA CAICEDO, 1987.

genérico de no causar daños y lesiones.

Las prohibiciones o conductas constitutivas de crueldad animal, por ende sancionables como corresponda, están enunciadas en el artículo 6° de la ley, que debemos entender como meramente enunciativo, pues este listado sirve al legislador y al juez que aplica la ley, como presunciones de crueldad. En el escenario de un debido proceso, tales presunciones admiten la presentación de pruebas en contrario.

Como parte del régimen de protección general contra el maltrato animal, previsto en el artículo 6°, esta disposición prevé en algunos de sus literales:

“Artículo 6. Se presumen hechos dañinos y actos de crueldad para con los animales los siguientes:

a. Herir o lesionar a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego;

(...)

d. Causar la muerte inevitable o necesaria a un animal con procedimientos que originen sufrimiento o que prolonguen su agonía. Es muerte inevitable o necesaria la descrita en los artículos 17 y 18 del Capítulo V de esta Ley;

e. Enfrentar animales para que se acometan y hacer de las peleas así provocadas un espectáculo público o privado;

f. Convertir en espectáculo público o privado, el maltrato, la tortura o la muerte de animales adiestrados o sin adiestrar;

g. Usar animales vivos para entrenamiento o para probar o incrementar la agresividad o la pericia de otros animales;”⁴⁸¹

El primer grupo de conductas se enmarca en la relación física directa hombre-animal; de esta manera se prohíbe realizar o causar deliberada e injustificadamente la muerte; o cuando esta sea necesaria o inevitable causársela con dolor; asimismo prohíbe las lesiones, golpes, quemaduras, mutilaciones, desmembramientos, su uso como blancos de tiro, despellejamiento envenenamiento, sepultarlo vivo, ahogarlo, drogarlo o estimularlo con fines competitivos o demostrativos, matarlo o lastimarlo “por

⁴⁸¹ ENPA., Art. 6

simple perversidad”, entre otras. En este catálogo de conductas prohibidas para con los animales encontramos dos que tienen lugar a diario los colegios y las facultades colombianas. Dice el literal s) así:

“s) Hacer con bisturí, aguja o cualquier otro medio susceptible de causar daño o sufrimiento prácticas de destreza manual con animales vivos o practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizadas para ello.”⁴⁸²

Esta conducta además está especialmente prohibida por los artículos 15 y 25:

“Art. 15 Queda prohibido a profesiones o estudiantes, cualquiera sea el establecimiento educativo o de enseñanza en el que desempeñen o asistan, causar daño, lesión o muerte a un animal en ejercicio de sus actividades didácticas o de aprendizaje, u ordenar o promover que se causen. Igualmente les está prohibido utilizar por sí o por otro, animales con fines didácticos, educativos o de aprendizaje, cuando por esa causa se pueda derivar lesión o muerte a los mismos”⁴⁸³

“Art. 25 Se prohíbe realizar experimentos con animales vivos, como medio de ilustración de conferencias en facultades de medicina, veterinaria, zootecnia, hospitales o laboratorios o en cualquier otro sitio dedicado al aprendizaje o con el propósito de obtener destreza manual”⁴⁸⁴

El ENPA amplía la responsabilidad a las modalidades de acción por comisión, de manera directa o por vía indirecta, cuando medie un mandato o un ejecutor material, bien sea que le provecho sea para sí o para otro. Esta previsión es similar a la establecida en la Convención Europea de Protección de los Animales Utilizados en Experimentos y para otros propósitos científicos, sin embargo, la disposición que se estudia aquí es más clara y amplia que la europea.

⁴⁸² ENPA., Art. 6

⁴⁸³ ENPA., Art. 15

⁴⁸⁴ ENPA., Art. 25

En línea con lo anterior, el ENPA en su capítulo VI, lo dedica a la experimentación animal. En primer lugar, se ordena que cada experimento, cuyo carácter principal es el de imprescindible, debe contar con la autorización del Ministerio de Salud, hoy ministerio de la Protección Social, que será otorgada previo concepto y existencia de un Comité de Ética, cuyas funciones de coordinación y supervisión recaen sobre las condiciones físicas y procedimientos del experimento. En todo caso, se deben procurar el bienestar de los animales, la idoneidad de quien lo realiza, el uso de anestésicos, el control sobre número de especies utilizadas y al comité se le otorga la doble facultad de inspeccionar los lugares destinados a la experimentación, y el poder para suspender y sacrificar los animales que hagan parte de los experimentos cuando se viole o se crea que se puede violar el estatuto.

Estos comités no han tenido gran éxito, situación que se agrava con las trabas legales que han tenido que enfrentar, porque desafortunadamente, para muchas personas, es más importante la celeridad que la ética. La Ley introduce además un serie de requisitos para que pueda llevarse a cabo la experimentación en animales vivos, de lo cual se puede deducir que el espíritu de la misma fue el de limitar la experimentación con animales al máximo.

La mayoría de experimentos conllevan una crueldad injustificada e innecesaria, porque bien sea que se conocen los resultados con anticipación, o bien que en otros muchos casos son prácticas que se han llevado a cabo una y otra vez, sin que se sepa a ciencia cierta qué propósito se persigue con su continuidad.

Al parecer la Ley quiso evitar esta dinámica, razón por la cual exige que el experimento de llevarse a cabo deba ser, además de imprescindible, imposible de llevar a cabo por otros procedimientos. Adicionalmente, dice la ley, el experimento debe ser beneficioso para el tratamiento de enfermedades humanas o animales y que sea imposible de *“ser sustituidos por cultivo de tejidos, modos computarizados, dibujos, películas, fotografías, video y otros procedimientos análogos”*.⁴⁸⁵ Se añade además, un pequeño catálogo de prohibiciones a la experimentación, tales como el conocimiento previo de los resultados del experimento, la experimentación con fines didácticos o con miras a adquirir destreza, la realización del mismo *“con animales*

⁴⁸⁵ ENPA., Art. 24

vivos de grado superior en la escala zoológica al indispensable⁴⁸⁶ como por ejemplo usar un chimpancé cuando la experiencia puede realizarse con un reptil, y una prohibición muy importante, a la vez que ignorada, en Colombia está prohibido realizar experimentación animal con fines no científicos, especialmente con fines comerciales.⁴⁸⁷

Dado el hecho que estos preceptos que se estudian tienen su mayor campo de acción entre los profesionales que tratan con animales (veterinarios, biólogos, bacteriólogos, zootecnistas y afines) bien vale la pena resaltar algunos puntos del Código de ética de su ejercicio profesional. Para el efecto, analizaremos la Ley 576 de 2000 o Código de Ética para el ejercicio profesional de la Medicina Veterinaria y Zootecnia⁴⁸⁸ y la Ley 841 de 2003, que reglamenta la profesión de Bacteriología y dicta el Código de Bioética⁴⁸⁹ para establecer con recientes adelantos legislativos, los parámetros de la relación profesional-animal.

En el Título II de la Ley 576 de 2000, en el Capítulo 1 (De la relación de los profesionales con los animales objeto de su profesión) se dice que los animales no serán sometidos a prácticas quirúrgicas y tratamientos innecesarios, ni a procedimientos de los que sólo pueda derivarse un lucro para el profesional. A la vez, en el artículo 15 se dice que la *“producción, transformación, comercialización, salud, docencia, investigación y administración deben estar enmarcadas dentro de un trato humanitario que implica el respeto por todos los seres vivos de la naturaleza”*⁴⁹⁰ creando una obligación moral que está muy por encima de los principios de celeridad y eficiencia, en aras a la protección animal.

La protección de los recursos medioambientales y de la fauna silvestre está consagrada en el capítulo 6 del título II, en 5 artículos que en suma le imponen al profesional una *“obligación ética y moral”*⁴⁹¹ de proteger, conservar, promover y actuar a favor del cuidado y la mesura de los recursos aprovechados y/o que pudiese aprovechar.

⁴⁸⁶ ENPA., Art. 25

⁴⁸⁷ ENPA., Art. 25

⁴⁸⁸ Ley 576 de 2000, Diario Oficial 43.897 de febrero 17 de 2000

⁴⁸⁹ Ley 841 de 2003, Diario Oficial 45.335 de octubre 9 de 2003

⁴⁹⁰ Ley 576 de 2000, Diario Oficial 43.897 de febrero 17 de 2000, Art. 15

⁴⁹¹ Ley 576/2000, Art. 50

En punto de la investigación y experimentación, el artículo 83 del Código los somete expresamente a los preceptos que recién se estudiaban de la Ley 84 de 1989. Además, de la sanción que de por sí conlleva contrariar el ENPA, este artículo afirma que su incumplimiento es una falta ética. El procedimiento previsto para adelantar un proceso por una de estas faltas se regula por los artículos 99 y siguientes, donde se faculta al Tribunal Nacional de Ética Profesional de Medicina Veterinaria y Zootecnia, con sede en Bogotá, para conocer las quejas e imponer las sanciones disciplinarias correspondientes a los profesionales de la salud animal.

En 2003 se expidió la Ley 841 que regula la profesión del bacteriólogo y dicta las disposiciones del Código de Bioética, en la que se encuentra una normatividad benevolente para con los animales sujetos de experimentación e investigación y que además pretende regular la profesión de manera que sea social y ecológicamente responsable.

En el capítulo VIII del título IV, artículos 19 y siguientes, se establecen los deberes impuestos por el Código de Bioética frente a la investigación. El primero de ellos es evitar la experimentación con seres vivos, en toda la escala evolutiva:

“Es un imperativo ético que las instituciones universitarias y aquellas empresas que se dedican a la investigación científica dispongan de los métodos alternativos para evitar que se proceda directamente a utilizar organismos vivos (cultivos celulares, microorganismos, plantas, animales y humanos) en estudios científicos”.⁴⁹²

Aún así, reconoce que la experimentación con animales puede llegar a ser indispensable en algunos ámbitos. En virtud de lo anterior, se permite la investigación y experimentación con animales, pero siempre de acuerdo a lo preceptado por la Declaración de los Derechos de los Animales de la Unesco, haciendo un proceso completo de trasplante de dicha declaración.

Al respecto, hemos de apuntar, que la Declaración de los Derechos de los

⁴⁹² Ley 841 de 2003, Diario Oficial 45.335 de octubre 9 de 2003, Art. 20

Animales de 1978, que fue proclamada en la UNESCO, no fue aprobada por ninguna organización internacional, y en este sentido, no tiene ninguna fuerza vinculante.⁴⁹³

En adición a esta referencia, el mismo código trae una regulación en torno al mantenimiento de los animales sujetos de experimentación, sometiéndola a unos principios que veremos a continuación:

“Principios básicos para investigación en animales. Son principios básicos para investigaciones en animales:

- a) Cuando sea posible en vez de animales deben emplearse modelos matemáticos, simulacros en computador y sistemas biológicos in vitro;
- b) Los experimentos con animales sólo deberán realizarse cuando se haya comprobado debidamente su interés para la salud humana;
- c) Debe utilizarse el mínimo número de animales necesarios para obtener resultados científicamente válidos;
- d) Los animales empleados para investigación deben mantenerse en las mejores condiciones posibles ambientales, alimentarias y de salud, con asistencia médico-veterinaria de acuerdo con las normas establecidas para garantizar la calidad de los bioterios;
- e) Los animales deben recibir alimentos en calidad y cantidad suficiente para sus necesidades y para conservar la salud y tener acceso libre de agua potable, a menos que el objeto del experimento sea estudiar el efecto de las variaciones de estos nutrientes;
- f) No someter a ningún dolor, sufrimiento o estrés a los animales del laboratorio. Hacer uso adecuado de anestesia y de calmantes y asegurárseles el restablecimiento de la salud;
- g) En caso de sacrificar animales para la investigación científica, compensar a la madre naturaleza con acciones restauradoras y preservativas de la biósfera;
- h) El material biológico desechable debe ser debidamente incinerado y

⁴⁹³ NEUMANN, J.M., “*The Universal Declaration of Animal Rights or the creation of a new equilibrium between species*”, en, *Animal Law Review* 19 (2012)

cumplir con todos los protocolos de bioseguridad.⁴⁹⁴

Como vemos, este código que crea un estatus legal de protección animal mucho más fuerte y completo que el que existe para otras regulaciones. Cuando estudiemos la jurisprudencia sobre protección animal en Colombia, y en particular, la Sentencia del Consejo de Estado Colombiano de 26 de noviembre de 2013, haremos unas consideraciones relativas a la investigación con animales en este país.

Volviendo al ENPA, el artículo 7° establece que ciertas actividades constituyen excepciones a este régimen de protección general; es decir, permite la realización de ciertas actividades que implican maltrato animal en las formas descritas en los literales transcritos del artículo 6° de la ley 84 de 1989. Así, el mencionado artículo 7° establece:

“Artículo 7. Quedan exceptuados de lo expuesto en el inciso 1, en los literales a), d), e), f) y g) del artículo anterior, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, las novilladas, corralejas, becerradas y tientas así, como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos.”⁴⁹⁵

Como podemos observar, el artículo 7 enlista una serie de actividades productoras de sufrimiento innecesario y sustancial pero carentes de antijuridicidad, que no entran en las conductas que han de considerarse crueles dentro de nuestro país, siendo éste el más fuerte impedimento de la protección animal en Colombia, como por ejemplo las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas y riñas de gallos. Para nosotros, estos espectáculos macabros deberían ser los primeros en incluirse en las prohibiciones del hombre hacia los animales. Para explicar esta exclusión, es mejor que sea en las palabras del ponente:

“Ni este proyecto, ni la versión del mismo presentada al Congreso el año pasado, contiene prohibiciones para algunos espectáculos con animales como las corridas de toros y las riñas de gallos. Debiera tenerlos. La filosofía que lo inspira

⁴⁹⁴ Ley 841 de 2003 de 7 de octubre, Diario Oficial 45.335 de octubre 9 de 2003, Art.

22

⁴⁹⁵ ENPA., Art. 7

y los razonamientos que los sustentan conducen a esa veda. Pero alguna concesión había que hacer a la barbarie nacional, para no crearle obstáculos a la iniciativa, que aparecieron de inmediato cuando una lectura apresurada produjo la noticia errónea de que se prohibirían los sangrientos festejos”⁴⁹⁶

En 2010 se demandó ante la Corte Constitucional, el artículo 7º del Estatuto. La Corte decidió declarar la Exequibilidad de la norma, en Sentencia C-666 de 2010, pero realizó una serie de manifestaciones e interpretaciones sobre los animales, que valen la pena poner de relieve. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional, manifestó que los animales sufren, que son Seres Sentientes, y que un Estado Social no puede ser indiferente a dicha condición.

La Corte consideró en la mencionada Sentencia, que en virtud de los conceptos constitucionales de ambiente y de dignidad humana el Estado Social no puede ser indiferente al sufrimiento de los seres sentientes como son los animales, por lo que, “un Estado social debe buscar, entre otros, el bienestar animal, por ser éste un elemento connatural al desarrollo del principio de solidaridad, del cual el constituyente derivó diferentes deberes que se consagran en variadas partes de la Constitución, entre ellos el artículo 8º -deber consagrado dentro de los principios fundamentales-, el inciso 2º del artículo 79 –deber consagrado en el capítulo dedicado a los derechos sociales- y el numeral 8º del artículo 95 –deber consagrado en el artículo dedicado a los deberes para las personas y los ciudadanos-.”⁴⁹⁷

Más aun, en virtud de la noción de dignidad humana, no puede afirmarse que la relación que surge entre una persona y un animal no se encuentra cubierta por dicho principio. Esto por cuanto los animales son seres sentientes y por tanto el comportamiento del ser humano hacia ellos debe ser un comportamiento digno, siendo un límite no causar sufrimiento o dolor a seres no humanos, en determinadas circunstancias. Debido a que “no hay interés más primario para un ser sentiente que el de no sufrir daño o maltrato. Y debe ser este uno de los valores primordiales dentro de una comunidad moral que actúa y construye sus relaciones dentro de los parámetros

⁴⁹⁶ CABRERA CAICEDO, 1987.

⁴⁹⁷ CCOC., C-666/10

del Estado constitucional.”⁴⁹⁸

Por lo que el desarrollo normativo consagrado en el Estatuto de Protección Animal, refuerza el planteamiento de la mutación en la visión de la naturaleza. De tal forma que esta dejó de ser entendida desde una visión antropocéntrica como un instrumento para el hombre, a una visión que contempla limitaciones a las actuaciones humanas frente a los animales.

Así que se “reitera que la protección derivada de la Constitución, y que resulta útil en los términos de este caso en concreto, es aquella respecto de los animales en general, de la cual surge la obligación constitucional de prohibir su maltrato. Así, el deber constitucional de protección de los recursos naturales resulta fundamento eficaz para alcanzar dicho objetivo y constituir el bienestar animal en parámetro constitucional de interpretación de todas las normas infraconstitucionales que, de cualquier forma, regulen las relaciones de las personas con los animales.”⁴⁹⁹

Por otra parte, existen otros animales en Colombia que han sido objeto de graves maltratos por parte del hombre, pero que están excluidos de la protección en la ley colombiana: los caballos impulsores de los vehículos de tracción animal. Este vacío, que viene desde 1973 tiene tras de sí un desarrollo que por su importancia se analizará en el acápite correspondiente y en la sección dedicada a los fallos constitucionales.

Al dar inicio a la explicación de las conductas presuntivas de crueldad para el ENPA hablamos acerca de la muerte del animal, como conducta prohibida cuando se hacía deliberada e injustificadamente, y permitida en los casos en que ésta era necesaria e inevitable; conceptos que se explican a lo largo del Estatuto y en especial en los artículos 17 y 18 como se explica a continuación.

Por un lado hay conductas que encuentran su agravante cuando el resultado de las mismas es la muerte del animal. Toda conducta que esté destinada a proteger la integridad del mismo cuyo resultado, querido o no, sea la muerte del animal, tendrá un

⁴⁹⁸ CCOC., C-666/10

⁴⁹⁹ CCOC., C-666/10

aumento en su sanción tanto en los días de arresto, como en el monto de la multa a imponer.

Por otro lado, el artículo 17 explica en qué circunstancias un animal no destinado al consumo humano puede ser sacrificado, en una lista que tiene una semejanza con las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal. En esta lista, el legislador permitió la eutanasia animal, tema álgido entre las personas que se ocupan de la protección animal, y que cuenta con tantos detractores como partidarios. La eutanasia además, se reglamentó en el artículo 19 de la Ley 576 de 2000 y que en dicho Código se aplicará como medida sanitaria en caso de enfermedades zoonóticas, y al presentarse incurabilidad o cronicidad del animal. En el párrafo 2º de dicho artículo se definió la eutanasia así:

“PAR. 2º. Defínase la eutanasia como “la muerte sin dolor” y podrá realizarse con la voluntad y previa autorización del usuario de los servicios o responsable del animal. Considérese la eutanasia en medicina veterinaria como un recurso terapéutico y como una medida sanitaria, en cuyo caso será obligatoria. El método aplicado deberá ser farmacológicamente aceptado, humanitario e indoloro.”⁵⁰⁰

Junto con la eutanasia por estos fines, la muerte de un animal sin reproche punitivo puede darse por legítima defensa, estado de necesidad, peligro inminente, cumplimiento de un deber legal o de orden legítimamente impartida de autoridad competente, y la causal analizada de la muerte en experimentación con las precisiones hechas en su momento. La otra causal de sacrificio es la denominada caza de control, que será analizada en el capítulo siguiente, correspondiente a las normas sobre protección de la fauna silvestre, así como las normas del estatuto referidas a la pesca.

El segundo grupo de conductas del artículo 6º del ENPA describe la relación animal-entorno y animal-animal. En esta suerte, se encuentran prohibidas las peleas entre animales, el uso de unos para agredir o entrenar otros, su tortura, maltrato o muerte como espectáculo público, el uso de animales ciegos, enfermos, deformes o con cualquier otra anomalía para trabajo y el exceso del mismo que les pueda

⁵⁰⁰ Ley 576/2000, Art. 19, Par. 2

provocar maltrato o muerte, el dejarlos en un ambiente tóxico o insuficientemente ventilado, iluminado, higiénico o donde no tenga lo necesario para su subsistencia.

La agrupación complementaria de uno y otro grupo de conductas se traducen para nosotros en un reconocimiento de la Ley colombiana de los deberes para con los animales. No se trata de un simple esbozo de prohibiciones, sino que efectivamente hay una protección legal de la vida, salud, integridad, ambiente sano, libertad para movilizarse, alimentarse y beber, etc.

Sobre el transporte de animales, el estatuto prevé que el mismo debe hacerse en condiciones “que no entrañen crueldad, malos tratos, fatiga extrema o carencia de descanso, bebida y alimento para los mismos”⁵⁰¹ y que en todo caso deberán estar protegidos de la intemperie.

En la geografía colombiana predominan las regiones montañosas, lo que dificulta en extremo el transporte de mercancías, personas y animales, ya que las carreteras construidas para carear los obstáculos naturales, están permanentemente expuestas a derrumbes, inundaciones y daños parciales y permanentes. Junto con esto, la delicada situación de orden público, donde son frecuentes las tomas de carreteras por grupos al margen de la ley, las huelgas o paros de transportadores, y en fin, el gran número de situaciones que obligan a los transportadores a permanecer en carretera por tiempo indefinido, resultan tremendamente dañinos a los animales. Consciente de esta situación, el ENPA previó un procedimiento que impidiera la muerte de los animales detenidos por causa extraña y consiste en su entrega al municipio donde se encuentren, el cual a costa del dueño, deberá proporcionar agua, alimentos y un lugar ventilado hasta que se reanude el viaje.

La normativa referente al transporte de animales está en concordancia con el Decreto 1608 de 1978, reglamentario del Código de Recursos Naturales. Dicho Decreto impone la obligación de obtener un salvoconducto para el transporte de animales, el cual contiene una vigencia limitada por el tiempo del viaje, se expiden de forma *intuitu personae* y ampara únicamente la especie o producto que en él se establezca.

⁵⁰¹ ENPA., Art. 27

Por su parte el Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002⁵⁰², tiene algunas normas especiales en lo que al transporte de animales se refiere, pero son de menor entidad (por ejemplo, prohibición de llevar animales en vehículos de transporte público, disposición que fue ya demandada ante la Corte Constitucional y que ya se ha estudiado dicha sentencia). El capítulo correspondiente a la movilización de animales, más que regular su transporte por el hombre, dicta un mandato acerca de qué comportamiento debe seguirse para con los animales en las vías públicas. De esa manera obliga a la creación de los depósitos o cosos municipales para que las autoridades puedan llevar allí los animales abandonados que estén interfiriendo con el normal flujo de las vías vehiculares, también establece la ley la creación de tres tipos de cosos, diferenciándolos entre sí por su función, unos para animales pequeños, otros para animales grandes y otros para fauna silvestre.

Esta norma está en concordancia con el artículo 34 numeral 1° del Código de Policía de Bogotá pues este impone el deber de “transportar los animales en lugares o vehículos que garanticen las condiciones mínimas de bienestar para ellos y que ofrezcan la debida seguridad para las personas”⁵⁰³. Esta y otras conductas de este cuerpo normativo, junto con sus sanciones se analizarán en el acápite correspondiente.

La otra norma del Código de Tránsito referida a los animales era la referente a la erradicación de los vehículos de tracción animal en ciertos municipios, desafortunadamente la Corte Constitucional dejó sin efectos este artículo, tema del cual nos ocuparemos más adelante. Otro tema que nos ocupa en este segundo grupo de conductas presuntivas de crueldad es el de los espectáculos públicos con animales. Derivado de las letras F, T y U del artículo 6° de la Ley 84 de 1989 junto con otras consideraciones como la preservación adecuada de las especies y la existencia de:

“denuncias sobre el maltrato que sufren los animales en el entrenamiento, como la extirpación de garras en los felinos para evitar accidentes, o la extirpación de dientes incisivos en los chimpancés, así como la utilización de varas, palos y

⁵⁰² Ley 769 de 2002, Diario Oficial 44893 de agosto 7 de 2002

⁵⁰³ Acuerdo 79 de 2003 de 20 de enero, por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6671>

látigos.”⁵⁰⁴

La expedición del Acuerdo 58 de 2002 del Consejo de Bogotá prohibió, a partir del 23 de abril del mismo año, el otorgamiento de licencias para la presentación de animales silvestres o mamíferos marinos en el territorio de la ciudad.

El acuerdo en su artículo 4º destinaba los dineros objeto de las multas por contravenir las normas circenses y de exposición de animales silvestres o mamíferos marinos, a la creación de un fondo para la protección de especies silvestres y endémicas en el territorio de su aplicación. Con una sanción ejemplarizante de 100 salarios mínimos y el decomiso del animal, la ciudad de Bogotá fue la primera, donde hubo un intento por ponerle fin al maltrato circense.

La expedición de este acuerdo provocó una airada reacción de los empresarios de los circos, lo que eventualmente condujo a la demanda del mismo. En principio, dicha demanda se tramitó ante al Corte Constitucional, que como era de esperarse se declaró inhibida para la resolución de este conflicto. Posteriormente y como consecuencia de lo anterior, el caso se llevó a la jurisdicción contencioso administrativa y como resultado de este proceso, la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acuerdo el 25 de marzo de 2004, eliminando de nuestro sistema jurídico la única norma en este sentido.

Por último, debe decirse que el estatuto faculta a las sociedades protectoras de animales para realizar visitas a “todo tipo de lugares o instituciones donde hay manejos de animales con el fin de comprobar el cumplimiento de la presente ley para instaurar ante la autoridad competente la denuncia respectiva cuando hubiere lugar a ello”⁵⁰⁵

De esta manera puede decirse que parte de la función investigativa para este tipo de conductas, está en manos de las entidades más preocupadas por el bienestar animal en nuestro país.

⁵⁰⁴ ENPA., Art. 6

⁵⁰⁵ ENPA., Art. 59

2. Régimen Sancionatorio

Las sanciones que impone el ENPA a los trasgresores de sus normas son de 3 tipos: la pena de arresto, la imposición de multas y el decomiso de las especies involucradas, sin perjuicio de otro tipo de sanciones que imponen otras normas; y que siendo de carácter administrativo en nada impiden la aplicación concurrente con las sanciones de la Ley 84 de 1989.⁵⁰⁶

El estatuto trabaja con una sanción genérica de arresto y multa consagrada en su artículo 10, a partir de allí, dependiendo de los agravantes o de la regulación de ciertas conductas especiales, como normas sobre transporte o experimentación en animales vivos, los montos y número de días de arresto se modifican. Para tasación de las multas, se siguen los criterios del artículo 40:

“La cuantía de la multa será fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario de su trabajo, las obligaciones comerciales a su cargo anteriores a la contravención y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.”⁵⁰⁷

Las sanciones, cuya actualización sería bianual en un monto de 15%, pueden ser impuestas individual o colectivamente, pues el articulado prevé la posibilidad de actuación por intermedio de otra persona, y la actuación en complicidad. Toda la normatividad relativa a las multas del Código Penal tiene aplicación por remisión expresa del estatuto.

La parte procedimental de la Ley 84 de 1989 tuvo un dramático cambio con la expedición de la Ley 228 de 1995, que en su artículo 15 impone un límite al tope de las multas impuestas por contravenciones, calificativo que originalmente tuvieron las conductas del ENPA. El gran problema que enfrentó el estatuto con la entrada en vigencia de este artículo es que se perdió la posibilidad de imponer penas privativas de la libertad a los infractores de la ley, “las contravenciones actualmente sancionables

⁵⁰⁶ RAMÍREZ, S.J., *El Hombre y el animal. Su relación en una concepción legal y filosófica* (Bogotá 2001) 164

⁵⁰⁷ ENPA., Art. 40

con pena de arresto serán sancionadas con pena de multa hasta de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales”.⁵⁰⁸

Entrando en punto de la otra sanción prevista por el Estatuto, el artículo 14 habla del decomiso de especies en los casos en que su tenedor, propietario, criador, comercializador, persona natural o jurídica, o instituciones sin ánimo de lucro que tengan la custodia de un animal, y no puedan proporcionarles los “medios indispensables para su subsistencia”, deberá entregarlos al Alcalde del municipio quien podrá disponer de ellos, si pasados 30 días la persona no se acerca a reclamar las especies decomisadas.

El incumplimiento de este mandato ocasiona una multa equivalente a 5 veces el valor comercial de los animales, multa que puede resultar sumamente cuantiosa si se trata de animales de producción.

El depósito de los animales deberá hacerse en el coso municipal, instalación que debe cumplir con los estándares mínimos de higiene, ventilación, espacio, etc. “En la práctica, tales instalaciones así dotadas, no existen en casi ningún municipio del país, incumpliendo lo normado en este estatuto”⁵⁰⁹ y en la actualidad el código de Tránsito, como se explicó líneas atrás.

En últimas, el propósito central de esta medida es la protección del animal, sacándolo de la órbita de quien puede estarle provocando un mal, para ponerlo en manos de las sociedades protectoras de animales, cuyo objetivo no es otro que el de entregarlos a personas que verdaderamente estén en capacidad de brindarles a los animales unas adecuadas y dignas condiciones de vida, de acuerdo a los deberes que con ellos tenemos.

3. Procedimiento y autoridades competentes

En primer lugar, debe decirse que el Estatuto Nacional de Protección Animal calificó las conductas objeto de su articulado como contravenciones. De esta manera, el capítulo X titulado Competencia y Procedimientos estableció que la autoridad

⁵⁰⁸ Ley 228 de 1995, Diario Oficial 42161 de diciembre 22 de 1995, Art. 15

⁵⁰⁹ RAMÍREZ, EHYA., 127

competente para adelantar los procesos de crueldad animal derivados de la aplicación de la parte sustancial sería en primera instancia el Alcalde o Inspector de policía que haga sus veces y en Bogotá los llamados Inspectores penales de policía y en segunda los Gobernadores y en Bogotá el Consejo de Justicia. Con todo, en caso de conflicto de competencias entre estas autoridades y una autoridad jurisdiccional, el expediente deberá remitirse a esta última si hay insistencia.⁵¹⁰ Desafortunadamente este procedimiento ha tenido un traspíe, debido a la interpretación que se ha hecho de la legislación colombiana en los siguientes términos:

Dos años después de expedido el ENPA, con la Constitución de 1991, las autoridades administrativas perdieron la facultad de imponer sanciones privativas de la libertad, de manera que “todas las contravenciones en las cuales la penalización fuese de arresto pasarían a ser de conocimiento de los jueces penales municipales”⁵¹¹ que es la conclusión que algunos tienen de la lectura de la Ley 228 de 1995.

En una posición diametralmente opuesta con la anterior, hemos encontrado que tal interpretación no es adecuada. Haciendo un análisis de la Ley 228 de 1995 llegamos a la conclusión de que esta ley no modificó el procedimiento de la Ley 84 de 1989. Con esto, el procedimiento actualmente aplicable es el que reseña la misma Ley 84, y que salvo lo anotado para las autoridades pertinentes, es muy similar al procedimiento penal, al punto de que este regula ciertos aspectos por remisión expresa del estatuto (art. 56). Es un procedimiento que se inicia con denuncia o de oficio, se instituye el sindicado con apoderado, o se le declara ausente, se le recibe indagatoria, se abre un periodo probatorio y se dicta sentencia. No hay separación de la función investigativa y de juzgamiento, pero sí aplican otras figuras características del derecho penal, como lo son la excarcelación y la libertad provisional del condenado.

Desafortunadamente las diferencias interpretativas expuestas no son un mero debate académico. El único caso por crueldad animal conocido en Colombia se llevó a cabo en un Juzgado Penal Municipal, lo que se hizo sin que mediara competencia.

⁵¹⁰ ENPA., Art. 57

⁵¹¹ RAMÍREZ, EHYA., 162

Lo más preocupante es que para el año 2000, los inspectores penales de policía ya habían desaparecido. Por otra parte, hemos de decir que la doble instancia en este proceso también debe entenderse derogada, pues nuestro ordenamiento abandonó la idea de la superioridad jerárquica de los gobernadores sobre los alcaldes.

Así las cosas, el capítulo X de la Ley 84 de 1989 necesitaba hace mucho tiempo una urgente reforma que unifique o clarifique el asunto; bien que el legislador le confiera un nuevo y expedito proceso, o bien que se ajuste normativamente a las normas del procedimiento penal; las contravenciones del ENPA no pueden seguir en el limbo jurídico en el que se encuentran hoy en día.

4. Proyectos de reforma al ENPA

El proyecto de Ley 289 de 2003 de la Cámara (021/02 en el Senado) tuvo tras de sí unas consideraciones muy similares a aquéllas que dieron lugar a la expedición de la ley del 89. Se hacen constantes referencias a la relación existente entre el trato con los animales y las distintas formas y caracteres de la violencia que azotan al país. Incluso se valen de muchas de las citas que se usaron en la exposición de motivos y ponencias para debates de la ley del 89.

La narración detrás del proyecto de ley es mucho más rica y trae a colación textos indígenas norteamericanos “Qué es el ser humano sin las bestias? Si todas las bestias desaparecieran, el ser humano moriría de una gran soledad en el espíritu, porque cualquier cosa que le pase a las bestias también le pasa al hombre. Todas las cosas están relacionadas”⁵¹² (Velasco y Paredes, 2003). También se alude mucho el recurso de la superioridad del hombre, y la consecuente inferioridad del animal para apelar a su sentido natural de compasión y responsabilidad con aquellos que necesitan de su tutela, asimilando dichos conceptos a ideas como el desarrollo cultural, o la proximidad a un respeto verdadero por los derechos del mismo hombre.

Más aún, creemos que la razón más fuerte que da pie a la expedición de este proyecto de ley es la falta de claridad procedimental, que en palabras de los ponentes, ha repercutido en una absoluta impunidad de las conductas sometidas en contra de

⁵¹² VELASCO, L., PAREDES, M., *Proyecto de Ley 289/03*, en, *Historia de las Leyes* (Bogotá 2003)

los animales; lo que encuentran contrario al espíritu de la Constitución de 1991, que califican como ecologista.

Estas consideraciones fueron tenidas como suficientes por los ponentes del proyecto para sustentar la reforma del ENPA. El texto de la nueva ley no riñe con el espíritu de la primera en forma alguna, sino que por el contrario la enriquece y aclara. Sobre estos cambios, el proyecto de ley no abarcaba solamente una reforma respecto del ENPA, sino que proponía una adición a la Ley 599 de 2000, actual Código Penal colombiano, en el sentido de elevar las conductas constitutivas de crueldad a delitos. Es en este sentido que se plantea reformar el artículo 3 por el siguiente texto

“Art.3 La violación de las disposiciones contenidas en el presente estatuto tiene la categoría de delitos y su conocimiento compete a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces penales.

Parágrafo. Serán aplicables a los casos de maltrato en contra de los animales el artículo 62, el Capítulo Sexto, artículos 446 y 447 de la Ley 599 de 2000 con relación a la comunicabilidad de las circunstancias y al encubrimiento, así como todas las disposiciones concordantes de la norma.

PAR. 2º- Del decomiso o aprehensión inmediata. La policía nacional podrá aprehender en forma inmediata y sin necesidad de orden judicial o administrativa previa, en forma preventiva a cualquier animal.

Los efectivos policiales deberán atender de inmediato las denuncias que por tales causas sean formuladas por cualquier persona.

Esta misma facultad la tendrán las entidades de protección animal que estén legalmente reconocidas por el Estado, con carácter preventivo y temporal en ausencia de las autoridades y por motivo de urgencia, en cuyo caso tendrán carácter de depositarios del animal mientras se define su estado.”⁵¹³

⁵¹³ VELASCO, PAREDES, PL289/03.

Esta disposición es la de mayor importancia, actualmente la falta de una normatividad clara sobre el procedimiento implica impunidad de las conductas cometidas en contra de los animales, como tuvimos oportunidad de apreciar líneas atrás.

Con este artículo se pretendía eliminar la traba jurídica del proceso especial de la regulación del 89, y se subsana el vacío normativo en lo que a autoridad se refiere ha dejado la evolución constitucional colombiana. Por otra parte, se revive la posibilidad de privar de la libertad a las personas que cometen actos de crueldad animal, facultad que había desaparecido con la previsión constitucional de prohibir la imposición de dichas penas por parte de autoridades administrativas. Como complemento de lo aquí expresado, los artículos 27 a 31 reiteran el carácter de delito que se pretende dar a las que antes eran contravenciones en contra de los animales al establecer como autoridades encargadas de la sanción a la Fiscalía y a los Jueces Penales Municipales, y aplicar de manera expresa las disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal colombiano.

El establecimiento de este tipo de conductas como delitos cambiaría radicalmente la relación del hombre con los animales en Colombia. En este sentido es muy importante traer a la discusión el nuevo literal que se pretendía añadir al artículo 2 del ENPA:

“g) Sancionar con pena privativa de la libertad a toda persona que atente o viole los derechos de los animales consagrados en esta ley, en caso de que el maltrato sea definido como grave mediante concepto emitido por las entidades protectoras de animales”⁵¹⁴

Es realmente sorprendente encontrar la expresión derecho de los animales. Encontramos equivocado el vocablo, por cuanto esta ley continúa manifestando deberes para con los animales, más no estableciendo derechos en cabeza de los mismos.

⁵¹⁴ VELASCO, PAREDES, PL289/03.

Este proyecto fue archivado por cuestiones de trámite. Desafortunadamente, no se logró surtir el trámite legislativo en su integridad y por falta de prioridad en la agenda legislativa del Congreso fue archivado.

D. Constitución Política de 1991

En 1991, se promulgó en Colombia una nueva Carta Política. La Constitución hizo regulaciones particulares sobre diversas instituciones civiles, como el matrimonio y la familia, y se elevaron a rango constitucional ciertos principios clásicos del Derecho, como el principio de legalidad.⁵¹⁵ En ninguna parte de su articulado, la Constitución Política de Colombia, usa la palabra animal o animales. No obstante, con la expedición de la Constitución, el cambio de perspectiva del medio ambiente continuó lo que el CRNR había iniciado. Por ejemplo: Si bien se continuó garantizando la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, y se preservó su función social con obligaciones, se dispuso como novedosa la función ecológica como inherente a ella.

Hasta 1991 en Colombia la razón fundamental de protección del ambiente era su incidencia sobre la salud de las personas. Pero la Constitución colombiana de 1991, acoge la protección y defensa del medio ambiente desde varios puntos de vista. En primer lugar, como una obligación en cabeza del Estado y de los particulares; en segundo lugar, como un derecho y un deber colectivo⁵¹⁶; en tercer lugar, como un factor determinante del modelo económico que se debe adoptar y, por último, como una limitación al ejercicio pleno de los derechos económicos.⁵¹⁷

⁵¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Principio de legalidad. Estado material de derecho y facultades imperativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, en, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho* (Madrid 1984) 85 ss

⁵¹⁶ El medio ambiente, en la Constitución Política, representa una dualidad en el sentido de ser calificado como un derecho-deber. Es un derecho por cuanto ha sido señalado específicamente como tal y, además, se encuentra íntimamente ligado con la salud, la vida y la integridad física de las personas. Y también es un deber por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones encaminadas a su protección. Ver: CCOC., *Sentencia C-059/94*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-059-94.htm>

⁵¹⁷ AMAYA NAVAS, O., *La Constitución Ecológica de Colombia* (Bogotá 2010) 133ss

Ha señalado la corte Constitucional Colombiana, que la Constitución de 1991:

“La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, "unos deberes calificados de protección".⁵¹⁸

Para la Corte Constitucional, “La concepción de la Constitución ecológica hace parte integral del estado social de derecho, en esa medida, es un elemento central de sus instituciones, no accesorio”⁵¹⁹.

A continuación veremos las razones por las cuales, la Corte Constitucional ha denominado a la Constitución de 1991 como Constitución ecológica o Constitución verde.⁵²⁰

⁵¹⁸ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2319>

⁵¹⁹ CCOC., *Sentencia T-774/98*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-774-98.htm>

⁵²⁰ Al respecto se pueden consultar las sentencias de la CCOC., *T-760/07*, *C-595/10*, *T-055/11*, entre otras.

1. Obligación de proteger las riquezas naturales de la Nación:

El artículo 8 de la Constitución Política de Colombia declara que:

“Art. 8: Es obligación del estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (...)”⁵²¹

La Constitución así, impone una carga en cabeza del Estado y de los particulares, de realizar todo lo que esté a su alcance para proteger las riquezas naturales de la Nación. Riquezas naturales, es un término muy amplio, pero dentro del cual se encuentran sin duda, el patrimonio ecológico de la nación. El citado artículo, debe interpretarse en concordancia con el artículo 95 de la Constitución, que establece los deberes de la persona y del ciudadano y en su numeral 8 consagra que es un deber: “Proteger los recursos culturales y naturales del País y de velar por la conservación de un ambiente sano.”

Aunque en el primer artículo citado, se hable de riquezas naturales y en el segundo de recursos naturales, consideramos que se son términos que han sido utilizados indiferentemente por el Constituyente para proteger el mismo bien jurídico.

Ha dicho la Corte Constitucional que para el cumplimiento del deber de protección de las riquezas naturales de la Nación, están establecidas dos vías: por una parte la planificación y fijación de políticas estatales y, por otra, la consagración de acciones judiciales encaminadas a la preservación del ambiente y a la sanción penal, civil o administrativa, cuando se atente contra él, las cuales pueden ser impetradas por el mismo Estado o por cualquier ciudadano⁵²².

Por su parte el artículo 80 de la Constitución Política consagra:

“Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

⁵²¹ CPC, 91., Art. 8. Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

⁵²² CCOC., Sentencia C-423/94

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.⁵²³

Como podemos observar, el deber de protección de los recursos naturales va aparejado con la función de planificación en el manejo y aprovechamiento de esos recursos, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

En el artículo 334 de la Constitución, se establece:

“Art. 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. (...)”⁵²⁴

2. El medio ambiente como Derecho y deber colectivo

Tal y como hemos visto hasta ahora, la Corte Constitucional, creada a partir de la Constitución de 1991, ha desarrollado algunos de los principios ambientales plasmados en la Constitución, en consonancia con las leyes ambientales vigentes.

En la Sentencia de la Corte Constitucional T-411 del 17 de junio de 1992, se dijo que la normatividad jurídica colombiana está soportada en cuatro grandes columnas:

⁵²³ CPC, 91., Art. 80

⁵²⁴ CPC, 91., Art. 334

La económica, la social, la ecológica y la cultural, pues la historia constitucional concreta la evolución del derecho y cada una de esas columnas constitucionales expresan históricamente la evolución de los derechos humanos desde distintos puntos de vista: el económico, el social y el colectivo. En dicha Sentencia la Corte dijo: “La Constitución no es sólo el fundamento de validez del ordenamiento -en la medida que regula la creación jurídica-, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural”⁵²⁵

Es el punto de partida para considerar al medio ambiente, como un derecho humano. Al mismo tiempo, el medio ambiente, encuentra un lugar propio y autónomo de protección: los derechos colectivos. La Corte Constitucional colombiana hizo ese reconocimiento al ambiente como un derecho humano en la Sentencia T-415 de 1992 de la siguiente manera: “Los organismos de las Naciones Unidas responsables de asuntos de derechos humanos han empezado a considerar la interrelación entre ambiente y derechos humanos. La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, agregó este tema a su agenda (1989) y adoptó una resolución para acometer el estudio del ambiente y su relación con los derechos humanos. El informe preliminar de dicho estudio apareció en agosto de 1991. Es de señalar que empieza por discutir si hay bases para afirmar que el derecho al ambiente es un derecho humano fundamental, o si el problema debería limitarse al de un derecho que se protege a través de otros derechos (conexidad). Sobre este particular observa justamente un autor que “Los derechos fundamentales y la protección ambiental son dos de las preocupaciones fundamentales del derecho constitucional moderno. Ellos representan valores sociales diferentes pero interrelacionados por un conjunto de metas comunes. Los esfuerzos para realizarlos ambos buscan lograr y mantener la más alta calidad de vida humana. En este ámbito, los derechos fundamentales dependen de la protección ambiental y la protección

⁵²⁵ CCOC., *Sentencia T-411/92*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm>

ambiental depende del ejercicio de los derechos fundamentales ya existentes como el derecho a la información y el derecho a la participación política.⁵²⁶

De la misma manera se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

“Nuestra Constitución Política preceptúa: “Todas las personas tienen derecho de gozar de un ambiente sano ...” Derecho éste, concebido como bien en sentido jurídico que apunta al Derecho Humano, al medio Ambiente, comprendiendo al hombre y a la naturaleza que lo rodea, en la medida en que éstos forman un todo ecológicamente equilibrado o apropiado al Derecho de la Vida.⁵²⁷

Respecto a la estrecha relación entre el medio ambiente y el aspecto social, dijo la Corte Constitucional: “Dicha libertad no es absoluta porque su ejercicio puede ser limitado por la ley en aras del bien común, esto es, del interés público o social, dentro del cual, la preservación del ambiente ocupa una posición privilegiada, por ser un elemento vital para la supervivencia de la humanidad”⁵²⁸

Ahora bien, el artículo 79 de la CPC 91., establece que:

“Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (...)”

El artículo citado, es una norma sin precedentes en el derecho constitucional de Colombia, aunque como ya vimos, en el CRNR se consagró en su artículo 7 una fórmula similar: “(...) toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano (...).”

⁵²⁶ CCOC., *Sentencia T-415/92*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-415-92.htm>

⁵²⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 13 de junio de 2003

⁵²⁸ CCOC., *Sentencia T-254/93*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-254-93.htm>

Este nuevo derecho constitucional, clasificado como derecho colectivo, “forma parte de los denominados derechos de la tercera generación, los cuales superan la noción subjetiva de los derechos por cuanto su titularidad se otorga a toda la comunidad”.⁵²⁹

A partir de 1991, se produce en Colombia, el reconocimiento de los derechos ambientales por parte de la más alta jerarquía normativa existente en todo el País: su Constitución. Como afirma GONZÁLEZ VILLA, “este reconocimiento constitucional del medio ambiente como un derecho es un reconocimiento del constitucionalismo de la posguerra. Casi todas las constituciones que se elaboraron después de la Segunda Guerra Mundial incluyeron en sus textos el derecho constitucional al ambiente sano: artículo 45 de la Constitución española. Artículo 71 de la Constitución polaca de 1971 (...) artículo 24 de la constitución suiza, artículo 24 de la Constitución griega de 1975.”⁵³⁰

Del texto constitucional la Corte Constitucional infiere que el derecho al medio ambiente sano es uno de los principales objetivos y pilares de nuestra sociedad. Para aquel entonces, el cambio de mentalidad se debía a que “(...) el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.”

Por lo tanto, teniendo en cuenta la importancia de la protección a este derecho, la Constitución de 1991 le asigna su protección al Estado y a los particulares. El texto constitucional se refiere puntualmente al derecho al medio ambiente en los artículos 8°, 79, 80 y 95 numeral 8; adicionalmente hay más de 25 alusiones dentro del texto relacionadas con la protección de éste. Así mismo, se estableció que en cabeza del Estado está el deber y facultad de prevenir y controlar los factores de deterioro del medio ambiente, garantizar su desarrollo sostenible y garantizar su conservación,

⁵²⁹ AMAYA NAVAS, O., *La Constitución Ecológica de Colombia* (Bogotá 2010) 153

⁵³⁰ GONZÁLEZ VILLA, DAC., 32

restauración y sustitución.⁵³¹

Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el derecho al medio ambiente se compone de tres facetas: i) proporciona la facultad a cada individuo de gozar de un medio ambiente sano, derecho que es exigible por medio de acciones judiciales; ii) dispone una obligación a todos los ciudadanos nacionales y al Estado, de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, estableciendo respecto del Estado que dichos deberes son “calificados de protección” y finalmente, iii) determina la protección del derecho al medio ambiente, como principio constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico, y por tanto debe ser protegido de manera transversal.⁵³²

La Corte Constitucional, en Sentencia T-760/07 se manifestó: “Obsérvese que la Carta prevé una estrategia definida frente a la relación entre la persona y su entorno natural: el aprovechamiento de los recursos no puede engendrar de manera alguna un perjuicio de la salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad medio ambiental. Así, desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución hacen parte de la garantías contenidas en nuestra Constitución para que el bienestar y el quehacer productivo-económico del ser humano se efectúe en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza”

La Jurisprudencia constitucional colombiana, establece así una estrecha relación entre los derechos a la salud y a la vida con el derecho al medio ambiente. No obstante, la protección de la naturaleza no sólo tiene la finalidad de proteger al ser humano. Así lo ha entendido la misma Corte Constitucional. En Sentencia T-608/11, la Corte consideró que “El medio ambiente no debe ser concebido solamente desde una perspectiva antropocéntrica, entendiéndose que el único fin de preservación es que en un futuro la naturaleza tenga alguna utilidad para el ser humano y no sea aliciente en el progreso de la humanidad, sino que la postura frente a éste bien debe ser de respeto y de cuidado. Teniendo en cuenta que debe haber un desarrollo armónico en

⁵³¹ CCOC., *Sentencia T-760/07*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>

⁵³² CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2319>

donde el actuar de los seres humanos en relación al medio ambiente debe responder a la visión en donde los demás integrantes del medio ambiente son entes dignos que no se encuentran a disposición absoluta e ilimitada del ser humano. De tal forma que debe ser vista y entendida bajo el supuesto de que el ser humano es un elemento más de la naturaleza y no un superior que tiene a su disposición el medio ambiente.⁵³³

De tal forma que se sobreentiende que el “aprovechamiento de los recursos no puede engendrar de manera alguna un perjuicio de la salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad medio ambiental.” Dicha postura, que deja de lado el utilitarismo, y el antropocentrismo de las normas ambientales, nace con la expedición del CRNR y se desarrolla plenamente en la Constitución de 1991 o constitución verde.

Como se comentó anteriormente, para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, los animales, como fauna, se encuentran dentro de la esfera de protección de la naturaleza y el medio ambiente, no solo como protección de las especies. También se ha entendido, que debe protegerse a los animales de manera individual y que tienen dignidad. Estando los animales, dentro del concepto de fauna, y siendo éste un concepto protegido por la Constitución Colombiana, por el CRNR y por el Estatuto de Protección de los animales, entendemos, que la inclusión de los animales, en el tradicional concepto de cosas y en la clasificación de los bienes muebles, como Semovientes que hace el Código Civil, es impropia y extemporánea.

Es de gran importancia para nuestro trabajo, analizar el pronunciamiento que hizo de la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia ya citada C-666/2010 al respecto: “En este sentido resalta la Corte que el concepto protegido como parte del ambiente es la fauna, siendo ésta el conjunto de animales de un país o región; la protección que se deriva de la Constitución supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas, para reconocer la importancia que éstos tienen dentro del entorno en que habitan las personas, no simplemente como fuentes de recursos útiles al hombre, sino en cuanto seres sentientes que forman parte del

⁵³³ CCOC., *Sentencia T-608/11*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

contexto en que se desarrolla la vida de los principales sujetos del ordenamiento jurídico: los seres humanos.”⁵³⁴

La Corte llega a esta conclusión, teniendo en cuenta, disposiciones constitucionales, como la que establece el segundo inciso del artículo 79 de la Constitución:

“Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.⁵³⁵

La Corte entiende, que dentro de éstos deberes en cabeza del Estado, respecto de la integridad del ambiente, no se excluye a la fauna. En conclusión, el derecho al ambiente sano se extiende a la protección de la vida animal, pues ésta, se encuentra incluida dentro de todas las dimensiones necesarias para el equilibrio del medio en el cual se desarrolla la vida.

El derecho a disfrutar y a vivir en un ambiente sano es considerado como un derecho básico y como un prerrequisito y fundamento para el ejercicio de otros derechos humanos. Por un lado, un ambiente sano, es condición *sine qua non* de la vida misma y que bajo ese mismo esquema, ningún otro derecho podría ser realizado en un ambiente alterado, pero más importante aún, es que según la jurisprudencia que hemos visto, los elementos que componen el medio ambiente, y en particular los animales no humanos, son entes con dignidad, que merecen una protección propia, desvirtuándose así, una concepción antropocéntrica del medio ambiente.

3. Función social y ecológica de la propiedad

El Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente

⁵³⁴ CCOC., C-666/10

⁵³⁵ CPC, 91., Art. 79

una función ecológica.”⁵³⁶ De esta manera, la Constitución le encomienda a la propiedad una función social por una parte, y una función ecológica por otra, Habilitando al legislador para determinar su sentido en cada caso concreto y faculta a las autoridades para despojar a los propietarios de su derecho a cambio de una indemnización cuando así lo exijan razones de interés general o para declararlo extinguido sin compensación cuando éste haya sido adquirido mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.⁵³⁷ En otras palabras, la propiedad no puede ser caracterizada hoy en día como un derecho absoluto, inviolable, y sagrado, frente a cualquier bien, o frente a los animales. Al respecto comenta SANTAELLA: “Resulta procedente asumir que una vez incorporado en el texto constitucional, el concepto de propiedad cobra un sentido propio, con independencia de aquél que le era atribuido en el ámbito jurídico del cual procede.”⁵³⁸

g. Función Social

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia 595 del 18 de agosto de 1999, declaró contraria a la Constitución la expresión “arbitraria”, contenida en el artículo 669 del Código Civil, redactado originalmente de la siguiente forma:

“ARTICULO 669. <CONCEPTO DE DOMINIO>. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”⁵³⁹

La Corte consideró que la inclusión de esta expresión en la norma impide darle a tal regulación un cabal entendimiento a la luz de los postulados que hoy consagra la Constitución respecto de la propiedad, en razón a que hoy es una función social que conlleva obligaciones, y como tal le es inherente una función ecológica. Para la Corte Constitucional “es claro que el paso dado por el Constituyente de 1991, aleja aún más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora

⁵³⁶ CPC, 91., Art. 58.

⁵³⁷ SANTAELLA QUINTERO, H., *Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana*, en, *Revista de Derecho Privado* 21 (2011) 233 - 253

⁵³⁸ SANTAELLA QUINTERO, NCYGPCC., 241

⁵³⁹ COLCC., Art. 669

sí de modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes) contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio arbitrariamente, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra”⁵⁴⁰

Dijo la Corte Constitucional, que la Constitución del 91 reconstituyó a Colombia al determinarla como un Estado Social de Derecho y, en particular, al fundar esa nueva configuración política, entre otras categorías, en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.⁵⁴¹

La Corte Constitucional, en la misma Sentencia, explica, el contenido de la función social de la propiedad, de la siguiente manera: “(...) el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado.”⁵⁴² Se trata de un concepto creado para dar respuesta a las múltiples demandas sociales que clamaban por la transformación del Estado liberal, en una entidad que se encargara de garantizar patrones mínimos dentro de los que fuera posible vivir dignamente: el salario, la alimentación, la salud y la educación serían asegurados para todos los ciudadanos, bajo la idea de derecho y no simplemente de beneficencia.⁵⁴³

Sobre las consecuencias de la renovada concepción de la propiedad, con sus caracteres individualistas bastante más diluidos y sus implicaciones sociales más salientes, ha elaborado la Corte una consistente doctrina contenida en múltiples decisiones, de las cuales resulta pertinente citar:

“El desarrollo económico y social es el responsable último de la mutación del concepto y del sentido que la sociedad colombiana tiene y asigna a la propiedad privada. Las leyes expedidas a partir de los años 30 se inscriben

⁵⁴⁰ CCOC., *Sentencia C-595/99*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-595-99.htm>

⁵⁴¹ CPC, 91., Art. 1

⁵⁴² CCOC., *Sentencia C-595/99*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-595-99.htm>

⁵⁴³ CABRERA, J., *La Constitución de 1991: ¿Un nuevo régimen para la propiedad privada en Colombia?*, en, *Revista de Derecho Privado* 7 (2001) 105-118

bajo el signo de la sociabilidad, como lo atestiguan sus textos y la copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas, que remiten incesantemente a las categorías del interés social y de la función social de la propiedad. El alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil es notorio y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y se garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del interés social y de la función social. En este sentido, la afectación legislativa expresa de actividades e importantes ámbitos de la propiedad privada al interés social ha permitido sustentar medidas expropiatorias tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva. Por su parte, en términos generales, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y la generación de riqueza.”⁵⁴⁴

Y en el mismo sentido:

“Como lo reconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y lo ha venido sosteniendo la doctrina de esta Corte, desde la reforma constitucional de 1936 y, con mayor razón, a partir de la vigencia de la Carta de 1991, que caracterizó a nuestra organización política con el significativo e ineludible concepto de Estado social de Derecho, la propiedad privada ya no puede reclamar para sí el atributo de la arbitrariedad ni el carácter absoluto que en tiempos ya superados constituyeron elementos inherentes a ella”⁵⁴⁵

Al mismo tiempo, la Corte ha recalcado las diferentes modalidades a través de las cuales se manifiesta el derecho de propiedad, y a esos casos también ha extendido una interpretación que antepone el contenido social al residuo individualista que aún subyace en esta institución:

⁵⁴⁴ CCOC., Sentencia C-066/93. Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-066_1993.html

⁵⁴⁵ CCOC., Sentencia T-431/94. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-431-94.htm>

“La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que, por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad”⁵⁴⁶

Todo esto ratifica algo que la Corte había sostenido desde sus inicios:

“Las formas de economía solidaria son consideradas no sólo como una eficaz alternativa para satisfacer las necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluye el afán indiscriminado de lucro, sino también, lo que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo. Por esta razón, desde hace varios años las más variadas iniciativas han propuesto otorgar garantías constitucionales a las formas de propiedad y economía solidaria. Estas propuestas encontraron amplia resonancia no sólo en sectores comprometidos tradicionalmente con el movimiento cooperativo, sino también en otros, como el de los indígenas, cuya presencia en la vida política ha sido vista con especial complacencia, como quiera que constituye el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación colombiana y valioso aporte en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico. Igualmente se ha sugerido que la solidaridad se constituye en un elemento propio y característico de algunas formas de propiedad, lo cual en verdad no es nada distinto a reconocer la existencia de este fruto natural de la función social (...) En virtud de lo anterior, lo que ahora se busca es, pues, darle carta de ciudadanía a una nueva Constitución, al menos en igualdad de condiciones con otras formas de organización económica destinadas también a satisfacer necesidades sociales”⁵⁴⁷

Dijo además la Corte en Sentencia C-506 del 21 de agosto de 1992, considerando a la propiedad como un instrumento posibilitador de los derechos de igualdad y de libertad formales: “Las revoluciones sociales de principios de siglo

⁵⁴⁶ CCOC., Sentencia C-589/95. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-589-95.htm>

⁵⁴⁷ CCOC., Sentencia C-074/93. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-074-93.htm>

pusieron en evidencia la imposibilidad de lograr el pleno respeto de los derechos humanos sin el supuesto de cierta realidad en materia de derechos económicos y sociales. Fue la insuficiencia de los derechos de libertad e igualdad formal como mecanismos para lograr la efectiva libertad e igualdad entre los hombres lo que hizo necesaria la introducción de los derechos económicos y sociales”⁵⁴⁸

Las profundas transformaciones experimentadas por el orden económico y social de nuestro tiempo, que han privado a la propiedad inmueble de su protagonismo⁵⁴⁹, y a la noción de dominio de Código Civil de su carácter de principal referente en esta materia, no pueden más que justificar y ratificar la importancia del concepto constitucional de propiedad con función social. Aunque es cierto que la propiedad sigue teniendo por finalidad procurar la libre y responsable autoconfiguración de la existencia individual en la esfera patrimonial, las necesidades de protección jurídica de los intereses patrimoniales de los particulares no son hoy las mismas que a finales del siglo XIX, la propiedad privada conoce hoy una pluralidad de formas que es preciso unificar y homologar en términos constitucionales. “En una sociedad post-industrial, empeñada en la desmaterialización de los activos y en donde los valores fundamentales proceden de la producción, procesamiento y distribución del conocimiento y la información, así como de la explotación de bienes públicos (minas, espectro electromagnético, recursos naturales, etc.) caracterizada además por la creciente dependencia del individuo frente a fuentes externas de asegurar su subsistencia (puesto de trabajo, prestaciones públicas, etc.), una noción de propiedad como la prevista en el Código Civil resulta demasiado estrecha y disfuncional para servir de soporte a la construcción del régimen constitucional de este derecho. Su inclinación –explicable por el momento de su expedición- a ver en la propiedad de la tierra o de las cosas el objeto preferente del derecho, su contenido esencialmente dijo (los tradicionales *ius utendi*, *fructu* y *abusus*), su finalidad originalmente individualista y su lógica centrada en la titularidad como apropiación y dominio de los bienes hace de ésta una concepción incapaz de colmar las exigencias que debe atender la noción constitucional del derecho”⁵⁵⁰ Nosotros hemos de comentar, que

⁵⁴⁸ CCOC., *Sentencia C-506/92*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-506-92.htm>

⁵⁴⁹ DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid 1993)

⁵⁵⁰ SANTAELLA QUINTERO, NCYGPCC., 241

dentro de esos valores fundamentales, que han ido evolucionando en la sociedad, se encuentra el de la preocupación por la protección de los animales, viéndose reflejada, como veremos más adelante, en la expedición de legislación al respecto. Asumir una concepción jurídico-civil de la propiedad equivaldría a dejar por fuera de la cobertura constitucional de este derecho a un importante número de posiciones jurídico-patrimoniales que a pesar de no recaer sobre un objeto tradicional, (como por ejemplo, un animal, entendido el mismo, como parte de la fauna, y del ambiente, es decir, como un recurso natural) ni conceder a su titular las clásicas facultades de goce y disposición, en consideración a su naturaleza y finalidad.

SANTAELLA comenta, que “la idea constitucional de propiedad debe emanciparse conceptualmente de su homóloga de la codificación para poder explotar todas las posibilidades que la Constitución le ofrece y poder cumplir las funciones que le asigna”⁵⁵¹. No de otra forma se puede brindar una cobertura constitucional única a una realidad patrimonial cada vez más dilatada y compleja, cuya regulación se encuentra fragmentada en reglas pertenecientes a diversos órdenes jurídicos (civil, comercial, administrativo, Derecho de la seguridad social, y por supuesto, Derecho animal, o normas de protección animal).

El concepto de propiedad difiere cuantitativa y cualitativamente de su homólogo de la codificación: cuantitativamente abarca un mayor número de posiciones jurídico-patrimoniales; cualitativamente presenta un mayor grado de abstracción y de generalidad, lo cual se traduce en una menor capacidad descriptiva, como consecuencia de la mayor elevación conceptual desde la cual se formula.⁵⁵² De esta manera, existen diferentes tipos de propiedad, y según nuestro entender, la propiedad sobre los animales, tiene unos contenidos, valores y fines constitucionales, diferentes a otras realidades y otros tipos de propiedad, englobadas, dentro del concepto general constitucional de propiedad. SANTAELLA, entiende que la propiedad privada pasa de ser un derecho sobre las cosas a ser un derecho sobre los derechos, “cuya misión no es otra que proteger lo adquirido y asegurar su subordinación a la exigencias del

⁵⁵¹ SANTAELLA QUINTERO, NCYGPCC., 242

⁵⁵² LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona 2001) 445

interés general y la correlativa apertura a las distintas formas de intervención estatal sobre este ámbito.”⁵⁵³

h. Función ecológica

La función ecológica de la propiedad, es un principio que se constitucionaliza del CRNR. La Corte Constitucional, en diversas Sentencias que comentaremos a continuación, ha resaltado la influencia y cambios que la Constitución de 1991 imprimió en el Código Civil de 1887, imponiendo el límite de la función ecológica a la propiedad.

En la Sentencia C-126 de 1998, la Corte Constitucional, analizó si el Gobierno nacional se extralimitó al expedir el CRNR, puesto que en sus artículos se modifican algunas disposiciones que estaban consagradas en el Código Civil. El texto se demandó, pues la Ley 23 de 1973, que habilitó al Gobierno para expedir el CRNR, no facultó expresamente al Gobierno para modificar el Código Civil ya que la competencia excepcional fue otorgada para que el Gobierno procediera a "reformular y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovables y preservación ambiental". La Corte concluyó en dicha oportunidad, no hubo exceso por parte del Gobierno al expedir el Decreto 2811 de 1974. A continuación veremos algunos extractos de dicha Sentencia, que ya había sido citada anteriormente, cuando iniciamos a hablar de la Constitución, de vital importancia para el tema que estamos tratando.

“Esta Corporación considera que la decisión gubernamental de modificar ciertas normas civiles es totalmente congruente con la finalidad de la regulación ecológica que se quería expedir en ese momento, puesto que uno de sus objetivos, tal y como lo establece la ley habilitante y las primeras normas del propio código, era lograr un aprovechamiento racional y una adecuada conservación de los recursos naturales renovables. En tales circunstancias, resultaba perfectamente razonable que el Presidente haya querido sustraer ciertos asuntos relacionados con el uso y la explotación de tales recursos de la legislación civil, por cuanto ésta se rige primariamente por el principio de

⁵⁵³ SANTAELLA QUINTERO, NCYGPCC., 247

autonomía de la voluntad, el cual puede entrar en conflicto con la función ecológica de la propiedad (CPC, 91 art. 58) y con la nueva relación entre la sociedad y naturaleza, que es propia de una legislación ambiental, como la que se quería expedir.”⁵⁵⁴

Y es que la finalidad del Código fue la de crear una legislación ambiental en el país, por lo cual se decidió sustraer de la legislación civil ciertas materias relacionadas con el uso de los recursos naturales. Como habíamos comentado anteriormente, en el Código Civil Colombiano, se previeron algunas normas relativas a recursos naturales renovables. No obstante, eran normas que no tenían una finalidad de protección de los mismos, sino simplemente la regulación de la propiedad y del tráfico sobre ellos. Al respecto, la Corte, en la referida sentencia comentó:

“En efecto, no toda disposición jurídica que regula el empleo de un recurso natural debe ser entendida como una norma ambiental. Por ejemplo, muchos artículos del estatuto civil establecen cómo se adquieren y transfieren los bienes materiales, que son en muchos casos recursos naturales, pero no por ello esas disposiciones civiles se transforman normas ambientales, ya que no sólo están basadas en el principio de autonomía de la voluntad sino que, además, están interesadas fundamentalmente en regular la circulación social de estos bienes, por lo cual la relación entre las personas y los ecosistemas pasa prácticamente en silencio.”⁵⁵⁵

Lo anterior, puesto que una norma ambiental considera a la naturaleza no sólo como un objeto de apropiación privada o social, sino como un bien jurídicamente tutelable, que merece protección especial, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y el hombre cambia.

Continúa la Corte: “El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía. En efecto,

⁵⁵⁴ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2319>

⁵⁵⁵ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2319>

el ordenamiento jurídico ya no sólo buscará regular las relaciones sociales sino también la relación de la sociedad con la naturaleza, con el fin de tomar en cuenta el impacto de las dinámicas sociales sobre los ecosistemas, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social. En tales circunstancias, si la finalidad de las autorizaciones conferidas al Presidente era crear una verdadera legislación ambiental, entonces es natural que esa competencia incluyera la posibilidad de modificar la legislación civil sobre recursos naturales con el fin de convertir esas disposiciones de derecho privado en normas ambientales.”⁵⁵⁶

Es muy interesante que la Corte en ésta consideración, manifestara que la evolución del pensamiento ecológico y de las diferentes normas ambientales, obliga necesariamente a repensar el alcance de muchas de las instituciones jurídicas tradicionales. En este particular caso, se refiere a la propiedad, sobre el medio ambiente, ya que la misma, ahora tiene limitaciones y cumple una función social.

Nosotros estamos de acuerdo con lo que la Corte manifiesta en esta sentencia, añadiendo, que otra de las Instituciones jurídicas tradicionales, que ha de modificarse y que se encuentra consagrada en el Código Civil Colombiano, es inevitablemente, aquella en donde se consideran a los animales como cosas, equiparándolos a cualquier bien corporal mueble, en la aplicación de sus normas.

En este importante pronunciamiento, la Corte Constitucional, reitera la gran importancia de la protección del medio ambiente en la Constitución. Esta dimensión ecológica de la Constitución, simboliza un cambio de paradigma, que había iniciado con el CRNR. Esta dimensión ecológica de la Constitución, como norma de normas que es (CPC,, 91 art 4), confiere un sentido totalmente diverso a todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Estos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economista, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución.

⁵⁵⁶ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2319>

Es así, como en la misma sentencia, la Corte consideró que: "Hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad. Y eso sucede en particular con el concepto de que la colonización puede ser predatoria, puesto que, por las razones empíricas y normativas señaladas anteriormente, estos procesos son inaceptables ya que se efectúan en contradicción con los principios ecológicos establecidos por la Constitución. Hoy en Colombia no es legítima una colonización incompatible con la preservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible"⁵⁵⁷

4. Desarrollo sostenible, crecimiento económico, uso de los recursos naturales

De otro lado, la Corte mantiene, que el desarrollo sostenible no es incompatible con el crecimiento económico ni con la idea según la cual los recursos naturales deben ser usados y explotados para satisfacer necesidades humanas. Lo que pretende la Carta es que la tensión entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente se resuelva "en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional (CPC, 91. arts. 80, 268-7, 334, 339 y 340)". Así lo dijo en la Sentencia que seguimos comentando. Por ello la Corte ha entendido, que la obligación estatal de proteger la diversidad e integridad del ambiente (CPC, 91. art 79 inciso 2) no debe entenderse en un sentido puramente conservacionista, esto es como la imposibilidad de utilizar productivamente los recursos naturales para satisfacer las necesidades de las personas, ya que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Afirma lo anterior, la Corte, citando la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte entiende, que la Constitución lo que hace, es obligar a efectuar una utilización sostenible los recursos naturales. En este

⁵⁵⁷ CCOC., *Sentencia C-126/98*. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2319>

sentido, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de Naciones Unidas, define en su artículo 2 como utilización sostenible

"la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras"⁵⁵⁸.

En efecto, como ya se mostró, el ordenamiento colombiano, autoriza el dominio sobre los recursos renovables, aunque, debido a la función ecológica que le es inminente (CPC, 91. art. 58), ese derecho de propiedad se encuentra sujeto a las restricciones que sean necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible (CPC, 91. arts 79 y 80).

Al respecto, la Corte, en la Sentencia que estamos estudiando, consideró:

“Como vemos, el cambio de paradigma que subyace a la visión ecológica sostenida por la Carta implica que la propiedad privada no puede ser comprendida como antaño. En efecto, en el Estado liberal clásico, el derecho de propiedad es pensado como una relación individual por medio de la cual una persona se apropia, por medio de su trabajo, de los objetos naturales. Esta concepción fue legitimada, desde el punto filosófico, por autores como Locke, para quien el trabajo es necesario para que el ser humano subsista, pues sólo de esa manera puede satisfacer sus necesidades materiales, por lo cual se entiende que, por medio del trabajo productivo, la persona se apropia del bien sobre el cual ha recaído su labor, con lo cual saca ese objeto del estado originario en que todos los recursos naturales pertenecían a todos. A su vez, la economía política clásica, de autores como Adam Smith, defendió la idea de que esa apropiación individualista era socialmente benéfica ya que permitía una armonía social, gracias a los mecanismos de mercado. Sin embargo, con la instauración del Estado interventor, esa perspectiva puramente liberal e individualista de la propiedad entra en crisis, con lo cual el dominio deja de ser

⁵⁵⁸ Naciones Unidas, *Convenio sobre la diversidad biológica* (1992) Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

una relación estricta entre el propietario y el bien, ya que se reconocen derechos a todos los demás miembros de la sociedad. Es la idea de la función social de la propiedad, que implica una importante reconceptualización de esta categoría del derecho privado, ya que posibilita que el ordenamiento jurídico imponga mayores restricciones y cargas a la propiedad, al decir de Duguit, como la propiedad reposa en la utilidad social, entonces no puede existir sino en la medida de esa utilidad social. Ahora bien, en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios."

Es por ello que, la Corte precisó, como vimos anteriormente, que los imperativos ambientales de la Carta obligan a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales del derecho privado. Sin embargo, esa necesaria reconceptualización del dominio privado sobre los recursos naturales renovables a la luz de la Constitución ecológica no hace en sí misma inconstitucional la apropiación privada de tales recursos, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, pues la Carta expresamente reconoce la propiedad adquirida con arreglo a las leyes.

De acuerdo con la sentencia en comento, la ecologización de la propiedad es producto de la evolución del concepto de Estado, de un parámetro puramente individual (liberal clásico) a un mandato que supera -inclusive- el sentido social de la misma para, en su lugar, formular como meta la preservación de las generaciones futuras, garantizando el entorno en el que podrán vivir.

Recopilando, las ideas tenemos que: el nuevo paradigma de organización política conlleva la imposición de restricciones a las libertades individuales, v. gr. el derecho de propiedad, mediante la determinación de condiciones para la apropiación y disfrute de los recursos naturales. La ecologización de la propiedad está precedida por

el cambio radical del concepto absoluto de propiedad privada previsto en el Código Civil y consiste en la superación del carácter individual de tal derecho para, en su lugar, establecer el conjunto de limitaciones necesarias para salvaguardar, conservar y restaurar un medio ambiente sano.

E. Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano

El Código Penal que actualmente rige en Colombia, tiene un capítulo destinado a la tipificación de conductas tendientes a la protección del medio ambiente y los recursos naturales (L. 599 de 200, título XI, capítulo único). Estos delitos no tienen un sujeto activo calificado ni admiten modalidad culposa, salvo los delitos de daño en los recursos naturales, contaminación ambiental y contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo.⁵⁵⁹

Contrario a lo que hemos visto hasta el momento, las penas previstas por estos artículos son bastante intensas. Así, en el caso de la experimentación ilegal el Ministerio de Salud, previo concepto del Comité de Ética “o con incumplimiento de la normatividad vigente” tendrá prisión de 2 a 6 años y multa de 50 a 200 salarios mínimos.

Otro de los tipos directamente encaminado a la protección animal es el artículo 328, que habla del tráfico ilegal de especies. Los verbos rectores de este delito son bastante amplios en su enumeración, ya que incluyen la introducción, explotación, transporte, tráfico, comercialización y/o aprovechamiento de los recursos naturales o sus productos. La pena prevista para esta conducta es de 2 a 5 años de prisión y una multa de hasta 10.000 salarios mínimos. Este tema, que en la Exposición de Motivos de la Ley 84 de 1989 tuvo tanta importancia, pero que ni en el estatuto mismo ni en sus normas complementarias tuvo una protección trascendente, encontró por fin con éste artículo una adecuada salvaguarda.

Siendo Colombia un país tan rico en flora y fauna, es susceptible del aprovechamiento ilícito de sus especies y demás recursos naturales por parte de extranjeros. En atención a esta particularidad, el Código Penal prevé que el

⁵⁵⁹ Ley 599 de 2000, Diario Oficial 44097 de julio 24 de 2000, Arts. 331, 332 y 333

aprovechamiento de que se hablaba en el párrafo anterior, cuando es cometido por extranjero no autorizado, tendrá una sanción de 4 a 8 años de prisión y una ejemplarizante multa de 100 a 30.000 salarios mínimos, sin que para ello medie tratado explícito de reciprocidad que permita aplicar la ley colombiana a un forastero. En conexión con lo anterior, hay otros 2 delitos que están encaminados a la protección de la fauna silvestre, también con penas ejemplarizantes: la caza y pesca ilegales.

Desafortunadamente la ley penal, mucho más moderna, ejemplarizante y actualizada conformó únicamente estas tres conductas referentes a la protección animal; situación que escapa a nuestra comprensión, por cuanto existen conductas tan o más graves para el conglomerado que las descritas en este capítulo y que se quedaron con la irrisoria multa que impone el ENPA, imposibles de sancionar a la luz de la legislación penal por ser contrarias al principio de tipicidad.

Por último, quisiéramos decir que los animales son protegidos por el Código Penal en cuanto objeto de apropiación con el delito de daño en bien ajeno, tipificado en nuestra legislación en el artículo 265 de la Ley 599 de 2000, con circunstancias de agravación punitiva en el artículo siguiente. Este tipo de protección es sumamente irregular para la exposición que estamos realizando, pues aquí verdaderamente se están equiparando a los animales con cualquier otro objeto apropiable y sin vida, mas sin embargo, debido a los problemas procedimentales de la ley especializada en el asunto hoy en día, es la mejor forma de protección animal vigente en Colombia.

F. Acuerdo 79 de 2003: El Código de Policía de Bogotá

El Código de Policía de Bogotá es una norma de carácter local, expedida por el Concejo de la ciudad el 6 de diciembre de 2002, cuya finalidad primordial fue la modernización del viejo Código de Policía que databa de 1989, en concordancia con el Código Nacional de Policía (D.L. 1355 de 1970) en el que no hay normatividad alguna de protección de los animales.

Dentro del articulado del Acuerdo 79 de 2003, que tratan especialmente la convivencia, el uso de espacio público, seguridad, etc., encontramos dos capítulos referentes a la protección de los animales en la ciudad.

De un lado, el capítulo 4º del título V, para conservar y proteger el ambiente tiene unas obligaciones genéricas de protección de la fauna silvestre e impone el deber de denunciar a la autoridad competente cualquier abuso que sobre estas especies recaiga, en este caso, el Departamento Administrativo del Medio Ambiente, DAMA.

El capítulo 4º del título III, para la conservación de la salud pública es mucho más específico. La protección de los animales se da por medio de deberes (proteger, cuidar, impedir su maltrato y asegurar su tenencia y manejo adecuados) y brinda una lista de aquellos comportamientos en pro de la protección animal, con una clara tendencia a la protección humana (art. 34). Entre estos comportamientos está uno genérico de crueldad, artículo 34 numeral 10: “No realizar procedimientos que ocasionen dolor o sufrimiento a los animales”; y otros más concretos como el de transportar en medios adecuados a los animales, de vacunarlos, recoger sus excrementos, recoger y devolver o darle aviso a la Policía de los animales extraviados o dar aviso de animales sospechosos de rabia u otra enfermedad. Quizá el que más llamó nuestra atención al momento de analizar la norma fue el numeral 2 del mismo artículo, que dice lo siguiente:

“Num. 2. Remitir a los animales enfermos o heridos, por parte de los propietarios o tenedores, a los veterinarios, a las asociaciones protectoras de animales o lugares destinados para el efecto en las localidades, con el fin de realizar los procedimientos establecidos para garantizar su protección”⁵⁶⁰

Se denota un esfuerzo legislativo por brindar protección a la población animal más vulnerable, es decir a la población enferma. Desafortunadamente las condiciones económicas colombianas no permiten que el fin último que persigue la norma pueda llevarse a cabo, de manera que la solución que brindan los centros de veterinaria en Bogotá es la de la eutanasia del animal.

Adicionalmente sobre los animales en el espacio público, la Ley 746 de 2002, en su artículo 108 letra B, obliga a los dueños de animales de compañía, al uso de correa, trailla, bozal y otros elementos para el correcto desplazamiento de estas, en zonas que se consideren de uso público. Esta ley es de gran importancia, debido a

⁵⁶⁰ CPBDC., Art. 34, Núm. 2

que estableció sanciones ejemplarizantes para sus trasgresores, imponiendo sendas multas, trabajo social y comunitario. En línea con esto último, es importante resaltar que esta medida sobre la movilización de animales en lugar público es una de las normas que propenden por la sanidad y salubridad públicas.

La sanción derivada de la inobservancia de estos preceptos está contenida en el Libro III del Código con las medidas correctivas cuya finalidad, según el mismo código es tripartida: hacer cumplir las reglas de convivencia, educar al infractor y prevenir en el futuro la comisión de conductas semejantes. Entre estas están las amonestaciones, la multa, la expulsión de lugares, retención y decomiso de bienes y especies, cierre de establecimientos, la asistencia obligatoria a cursos pedagógicos y el trabajo público entre otras; cada una de estas conductas está prolijamente desarrollada en los artículos 165 y siguientes. Como anotábamos anteriormente, las autoridades de policía no tienen el poder para imponer sanciones que impliquen una privación de la libertad.

G. Jurisprudencia relativa a la protección Animal en el sistema legal Colombiano

1. Sentencia C-439/2011 de la Corte Constitucional colombiana

En la Sentencia de la Corte Constitucional C-439 de 2011, la Corporación, analizó el alcance de la expresión “animal” en el contexto jurídico colombiano. Por la importancia de éste pronunciamiento, entraremos a estudiarla a fondo.

La Corte Constitucional, en la Sentencia citada, estudió la constitucionalidad del artículo 87 de la Ley 769 de 2002, por el cual se expidió el Código Nacional de Tránsito Terrestre colombiano.

El aparte de la disposición demandada es el siguiente:

“Art. 87. DE LA PROHIBICIÓN DE LLEVAR ANIMALES Y OBJETOS MOLESTOS EN VEHÍCULOS PARA PASAJEROS. En los vehículos de servicio público de pasajeros no deben llevarse objetos que puedan atentar la

integridad física de los usuarios; **ni animales**, salvo que se trate de perros lazarillos. El equipaje deberá transportarse en la bodega, baúl o parrilla.”⁵⁶¹

La demandante manifestó que al establecer el artículo que en los vehículos de servicio público no deben llevarse animales, se vulneran los artículos de la Constitución, referentes al derecho a la igualdad, al derecho a la intimidad personal y familiar, al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de locomoción y al que hace referencia a la propiedad privada.

A juicio de la actora, el que la norma acusada impida transportar animales en el servicio de transporte público como lo es, por ejemplo, el servicio de taxi, genera una discriminación negativa; así, si una persona tiene la imperiosa necesidad de transportar a su mascota y carece de vehículo particular no tiene opción de movilizarlo, mientras que, quien cuente con vehículo privado, sí. La norma, a su juicio, es abiertamente discriminatoria, pues en Colombia, la gran mayoría de personas no cuentan con vehículo particular. En esos términos, si el dueño del animal toma las debidas medidas de seguridad y transporte, no existe razón fundada para crear condiciones de desigualdad en cuanto al libre acceso al servicio público de transporte de pasajeros. De esta forma, la medida restrictiva vulnera sin necesidad el derecho a la igualdad.

A ello se suma que el derecho a tener animales es una expresión del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad personal y familiar. Señala la demandante que limitar el derecho de una persona a transportar su animal de compañía, coarta la libertad de locomoción de los dueños de los animales, cuando quiera que sea necesario trasladarse con éstos.

Sobre el punto la demandante afirmó, que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto a propósito del mantenimiento de animales de compañía en unidades de propiedad horizontal y la prohibición de que éstas fuesen transportadas en ascensores, caso frente al cual la Corporación señaló que no existe razón para prohibir el desplazamiento de animales de compañía en ascensores o en determinadas áreas comunes, mientras no se cause daño a sus habitantes, en tanto tal limitación atenta contra los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la

⁵⁶¹ Ley 769 de 2002, Diario Oficial 44893 de 7 de agosto de 2002

intimidad personal. Al respecto, consideró que la misma lógica debe operar respecto del transporte público; tal prohibición resulta restrictiva de la libertad de locomoción.

Expuso además la demandante que la expresión cuya inexecutable se solicitó, limita el derecho de una persona a tener un animal de compañía, ya que en el evento en el que tuviera la necesidad de llevarla en transporte público le sería imposible. La demandante afirmó que existen múltiples normas que regulan el tratamiento que los dueños deben dar a sus animales, entre ellas, la Ley 84 de 1989 por la cual se establece el Estatuto Nacional de Protección Animal, la cual tiene por objeto, entre otras cosas, promover la salud y el bienestar de los animales asegurando su higiene, sanidad y condiciones apropiadas de existencia, así como imponer una serie de deberes a sus propietarios, de forma que si estos deberes se cumplen adecuadamente no hay razón alguna para impedir su movilización en el transporte público.

En el proceso intervino la empresa de transporte público Transmilenio S.A., que se encarga de prestar el servicio público de autobuses en la ciudad de Bogotá.⁵⁶² La empresa consideró que la norma era constitucional, pues ellos están obligados a garantizar la guarda, protección e integridad de los usuarios del servicio, y la prohibición de acceso de animales, está fundamentada en reglas de seguridad, tranquilidad, buen comportamiento, solidaridad, seguridad y convivencia ciudadana. Expuso la empresa, que su prioridad es maximizar el número de personas transportadas en la menor fracción de tiempo. En tal sentido, consideró, que pretender el transporte de animales en un sistema masivo de transporte, comporta disminuir la capacidad para movilizar pasajeros en un estado donde la demanda de transporte público supera la oferta. Así, teniendo en cuenta que en cada bus de transporte se movilizan un promedio de 160 pasajeros, no es posible llevar paquetes grandes ni ingresar mascotas con excepción de perros lazarillos que acompañan a personas con discapacidad y que por tanto tiene cierto grado de entrenamiento y están sujetos a una debida identificación.

⁵⁶² En Bogotá, el transporte en vehículos particulares representan el 24% de los viajes totales y 17.335 buses, busetas, microbuses, y buses del sistema TransMilenio (articulados, biarticulados y alimentadores) que movilizan el 69% de la población. El restante 7% de los viajes en la ciudad, corresponde a buses privados, escolares y camiones. Fuente:

http://www.transmilenio.gov.co/WebSite/Contenido.aspx?ID=TransmilenioSA_QuienesSomos_SistemaDeTransporte_Infraestructura

Recuerda la representante de Trasmilenio S.A., que la Ley 105 de 1993 dispone que el transporte público es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de acceso, seguridad y calidad, lo cual impone la racionalización de los equipos de acuerdo con la demanda. De igual forma, recuerda que de conformidad con la Ley 336 de 1996, el servicio público de transporte debe ser prestado por empresas privadas, previa expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión u operación y, es a esas empresas, dentro del criterio de libertad de empresa a quienes corresponde la operación del Sistema.

Es así como, frente al cargo por la supuesta vulneración del artículo 13 superior, advierte que la norma tiene una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto los sistemas de servicio público están diseñados para el transporte de pasajeros en condiciones de igualdad, al punto que personas con discapacidad o en condiciones de vulnerabilidad puedan recibir tratamiento especial en el servicio público en condiciones de comodidad, tranquilidad y seguridad.

Considera la interviniente que tampoco se vulnera el artículo 15 Superior, dado que si bien es cierto la tenencia de animales domésticos es una expresión del derecho a la intimidad en los términos de la sentencia T-035 de 2007, su interpretación no puede llevar al menoscabo de reglas básicas de convivencia. El ejercicio de los derechos implica una serie de deberes y obligaciones para sus titulares. Así, en tanto no existe una restricción inequívoca en el derecho a tener animales domésticos como expresión de la misma dignidad humana, tampoco se vulnera el derecho a la intimidad.

Indica además que la norma acusada tampoco vulnera los artículos 16 y 24 Superiores, en la medida que existen limitaciones legales válidas para hacer uso del derecho a la libre locomoción, cuando prima el interés general. Al respecto, cita como sustento un aparte de la sentencia T-508 de 2010, frente a la libertad de locomoción y el acceso al transporte público.

Finalmente, afirma que no se viola el artículo 58 superior, porque la tenencia de mascotas y su correspondiente transporte no se puede confundir con el derecho a la propiedad privada estatuido en la Constitución. Ello constituye un desconocimiento de

la finalidad de la disposición acusada en tanto lo que se pretende es la regularización de la tenencia de animales.

La Alcaldía de Bogotá también intervino en el proceso y consideró que por Ley, los vehículos de servicio público y masivo están establecidos con destinación exclusiva para el transporte de pasajeros, sin que se permita el transporte de animales. Indicó además, que el transporte de mascotas acarrea para el pasajero desde la simple incomodidad, hasta la perturbación de su salubridad e integridad física. Al respecto concluyó que es necesario mantener la vigencia de la norma, dadas las características de esta clase de vehículos, el alto volumen de pasajeros que transportan y, la obligación de garantizar la salubridad e integridad física de los ciudadanos.

Señaló igualmente la Alcaldía de Bogotá, que se debe tener en cuenta que lo que pretendió el legislador fue garantizar el interés social y, en esa medida se encuentra autorizado para imponer limitaciones y restricciones a otros derechos. La disposición acusada parte de la base que llevar animales en vehículos de servicio público para pasajeros genera un riesgo para la comunidad, lo cual no atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, serán admisibles aquellas limitaciones que sean legítimas, idóneas, necesarias y proporcionales para conservar la integridad de los intereses públicos.

El Señor Procurador General de la Nación se vinculó al proceso igualmente, considerando que la norma acusada debe declararse exequible de manera condicionada. Basa su concepto, explicando que la prohibición que se demanda debe circunscribirse únicamente a la fauna silvestre, cuyo acceso, manejo, disfrute y aprovechamiento se encuentra restringido por el Código Nacional de Recursos Naturales – Decreto 2811 de 1974-, por la Ley 99 de 1993 y por el Código Penal y las demás disposiciones que adicionan, reforman y reglamentan tales normas.

Respecto de los animales domésticos, el Procurador consideró, que es posible transportar animales domésticos en un vehículo de servicio público, siempre que no ocasionen perjuicio a los demás pasajeros o a los conductores, previa adopción de medidas de precaución razonables. Señala el Procurador, es posible constatar que buena parte de la población colombiana, por razones de subsistencia, se ve en la

necesidad de transportar animales domésticos en vehículos de servicio público, muchos de ellos: campesinos, indígenas y afrodescendientes que carecen de otro medio de transporte para llevar sus animales (refiriéndose a animales domésticos pequeños de granja como, gallinas, chivos, cerdos). Para el Procurador, Impedir el traslado de estos animales no solo afectaría los derechos al libre desarrollo a la personalidad y a la intimidad personal, sino al mínimo vital.

Por las anteriores razones, el Procurador solicitó, que se condicione la exequibilidad de la expresión acusada, a la interpretación según la cual los animales que no pueden transportarse en vehículos de pasajeros son los silvestres. Para el Procurador, los animales domésticos pueden ser transportados, siempre que el propietario tome las medidas necesarias para evitar el riesgo social que se pueda generar.

En la Sentencia, objeto de estudio, la Corte Constitucional revisó en primer lugar, su jurisprudencia respecto de la tenencia de animales y el ejercicio de derechos fundamentales que ello supone, para luego establecer a partir de las normas que regulan el servicio público de transporte de pasajeros, la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la prohibición de llevar animales en el servicio público de transporte de pasajeros, en tanto medida restrictiva de derechos fundamentales de las personas tenedoras de animales. Dicho análisis lo realiza, a partir de una revisión de los modos y clasificación del transporte público de pasajeros, así como del alcance de la expresión “animal” en el contexto jurídico colombiano.

Para la Corte Constitucional colombiana, la tenencia de animales domésticos es una expresión de los derechos fundamentales, y así lo ha sostenido en su jurisprudencia. Para la Corporación, no hay duda del estrecho vínculo que surge entre el animal y el hombre con ocasión de su convivencia, y el mismo, es una expresión positiva del ejercicio inherente al derecho del libre desarrollo de la personalidad (entendido como el derecho a la autodeterminación o libertad general de acción) y del derecho a la intimidad, que se desenvuelve en el ámbito de la vida privada, protegido a intrusiones externas, que impidan, por ejemplo, el derecho de convivir con un animal de compañía sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás y el orden jurídico. De esta manera, para la Corte, que tales derechos deben ser objeto de protección y garantía jurídica.

A pesar de que la argumentación que desarrolla la Corte, respecto a la controversia planteada, parte de esta base, antropocéntrica, y con el fin de proteger dichos derechos, en cabeza de los ciudadanos, en la Sentencia, se hacen unas consideraciones realmente importantes, respecto a la protección de los animales, y al respeto de los mismos, como seres sentientes y dignos que son.

La Corte Constitucional, entiende que pueda existir controversia, entre aquellos que tienen la tenencia de animales domésticos, y aquellos que quieren mantener la distancia sobre los mismos. Entre los que clasifica, como tenedores de animales domésticos incluye a: los que construyen lazos de afecto con sus mascotas, los que aprecian su compañía o sencillamente necesitan de sus animales por razones de discapacidad física o subsistencia económica.⁵⁶³

La Corte, citando jurisprudencia anterior sobre el tema, recordó que ha mediado en ocasiones para resolver la tensión que surge entre los derechos de tenedores de animales y quienes se oponen a su permanencia en zonas abiertas al público, avalando, por ejemplo, la posibilidad de permanencia de ejemplares caninos en edificaciones sometidas al régimen de propiedad horizontal, siempre que sus dueños se sometan a algunos condicionamientos dirigidos a preservar la seguridad y salubridad de los habitantes de las unidades residenciales. Al respecto, en Sentencia, T-035 de 1997, la Corte señaló en su momento que lo siguiente: “Con apoyo en el principio general que rechaza la existencia de derechos absolutos y como quiera que todo derecho detenta un deber correlativo, no sólo ante él mismo sino también frente a los derechos de los demás, unido a la necesidad de una coexistencia armónica entre el ejercicio de los derechos que confluyen en la copropiedad y que con la permanencia de un animal se ponen en contacto, será imperioso que en el seno del órgano de administración supremo - asamblea general- se lleve a cabo una labor de definición de las medidas mínimas que regulen esa convivencia pacífica, las cuales deberán consignarse en el respectivo reglamento.

Para el efecto conviene precisar que las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, como los que aquí se consignan, se justifican plenamente a fin de que

⁵⁶³La Corte constitucional Colombiana, se había referido a este tipo de controversias, en las Sentencias T -035/1997 y T-595/2003.

el régimen de propiedad horizontal pueda garantizar la convivencia tranquila de la comunidad, sin alteraciones entre los copropietarios que habitan el mismo inmueble. Desde luego que el desarrollo de los derechos fundamentales como el señalado, implica, a su vez, para el propietario el respeto a las condiciones de protección de los animales durante su tenencia, según el ordenamiento legal vigente - Ley 84 de 1989-, las cuales están encaminadas a garantizar la vida, la promoción de la salud y el bienestar de los animales. Esas hacen referencia al deber de cuidado en cuanto a sus necesidades de movilidad, luminosidad, aireación, aseo e higiene o de abrigo, suministro de bebida y alimento, así como de medicinas y cuidados indispensables para mantener al animal con buena salud y sin enfermedades, a efecto de garantizar su integridad física y mantenerlos en condiciones apropiadas para la convivencia respectiva.⁵⁶⁴

Como podemos observar, en dicha oportunidad, la Corte dio gran importancia a la convivencia armónica entre los tenedores de animales de compañía y el resto de habitantes de un determinado inmueble. Para garantizar dicha convivencia armónica, promueve, el establecimiento de establecer unas reglas de convivencia, que se deben reflejar en el reglamento. Coincidimos con la Corte, con la necesidad de ir estableciendo medidas en los contextos urbanos, para garantizar una armónica convivencia entre los animales, los tenedores de los mismos y el resto de ciudadanos. Para la Corte, un animal de compañía no supone *per se* molestia o peligro para los demás habitantes, especialmente, si se siguen los lineamientos legales establecidos por la Ley de Protección Animal, la Ley 84 de 1989.

En la citada Sentencia, la Corte garantizó así, la tenencia de animales domésticos en sitios de habitación, pues entendió que se trataba de un justo ejercicio de los derechos fundamentales del tenedor del animal, pero ajustado a límites que fueron posteriormente definidos en la Ley 746 de 2002⁵⁶⁵, por la cual se prescribió que

⁵⁶⁴ CCOC., *Sentencia T-03/97*. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-035-97.htm>

⁵⁶⁵ Estas reglas de convivencia entre perros y quienes cohabitan con ellos fueron introducidas al Código Nacional de Policía mediante la Ley 746 de 2002. Con ellas se busca permitir una convivencia armónica, sobre todo en edificaciones sometidas a propiedad horizontal y cuando se trata de ejemplares caninos clasificados como potencialmente peligrosos. Artículos 108- A, 108 -B incorporados al Código Nacional de Policía. “Artículo Artículo 108-C. En las vías públicas, en los lugares abiertos al

los animales domésticos en las viviendas urbanas requieren que las condiciones de su alojamiento se den en un ambiente higiénico y sanitario, así como que los alimentos y custodia sean los adecuados para que no se produzca ninguna situación de peligro o incomodidad para los vecinos u otras personas y para el bienestar del propio animal. De igual forma, se exigió la compañía del dueño o de un tercero mayor de edad en ascensores o edificaciones; además se estableció que en las zonas comunes de propiedad horizontal o conjuntos residenciales, los ejemplares caninos debían ir sujetos por una trailla y provistos de bozal cuando se trate de perros potencialmente peligrosos; las anteriores exigencias también aplican, según la misma ley, cuando el animal pasee en vía pública, en algún medio de transporte o en lugares abiertos al público donde sea permitida su estancia.

Desde éste mismo momento, podemos ver, hacia dónde va encaminada la argumentación de la Corte para resolver la cuestión de constitucionalidad que le ha sido planteada, pues asimila ambos casos (transporte y habitación). Con este propósito de resolver la controversia, la Corte Constitucional colombiana, revisó a partir de las normas que regulan el servicio público de transporte de pasajeros, en primer lugar, la finalidad de la medida demandada. Concluye la Corte, que si bien el legislador no realizó ningún señalamiento respecto de los motivos que lo llevaron a establecer la prohibición de llevar animales en el transporte público de pasajeros, se infiere que el propósito de la disposición no era otro, más que asegurar la comodidad y seguridad de los usuarios. Y que dicha finalidad, resulta legítima.

A continuación, analiza la Corte, si esta prohibición resulta necesaria en el sentido de que no exista otro medio menos gravoso en términos de compromiso de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido. El análisis de necesidad que hace la Corte, parte de un análisis de los diferentes modos de transporte público de pasajeros en Colombia, así como del alcance del término “animal” en el ordenamiento jurídico colombiano.

público, y en el transporte público en que sea permitida su estancia, todos los ejemplares caninos deberán ser sujetos por su correspondiente trailla. En el caso de los ejemplares objeto de los artículos 108-E y 108-F de la presente ley, deberán portar además su correspondiente bozal y permiso.”

Inicia la Corte el análisis de la expresión “animal”, citando el artículo 687, del COLCC ya citado, que define a los animales, estableciendo la distinción entre bravíos, domésticos y domesticados. Sobre dichas definiciones, sobre la clasificación de los bienes muebles y sobre la inclusión de los animales, en ella, considerando a los mismos como semovientes, la Corte Constitucional, señaló: “Estas definiciones, permiten advertir que en el contexto normativo interno la primera referencia sobre el punto se desarrolló en el marco del derecho privado, con la única finalidad de reconocer derechos reales sobre los animales, tales como el dominio, la posesión, la tenencia, el uso y el usufructo, planteando para el efecto la ficción jurídica inserta en el artículo 655 del Código Civil, según la cual en su calidad de “semovientes” los animales se ubican dentro de la categoría clásica de bienes muebles, de la siguiente manera: “los que pueden trasladarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos así mismos, como los animales...”, dando lugar a que los mismos pudiesen ser objeto de ocupación mediante actividades como la caza y la pesca –Artículo 686 del Código Civil-. Esta misma clasificación permitió en su momento edificar la teoría de la responsabilidad civil por daños causados por animales domésticos y por animal fiero de que tratan los artículos 2353 y 2354 del Código Civil.”⁵⁶⁶

Nótese que la Corte Constitucional habla de ficción jurídica hecha por el legislador, para referirse a la inclusión de los animales dentro de la categoría de cosas muebles. El uso de ficciones jurídicas es común en la Ley. Las ficciones son inevitables ya que la Ley es una construcción, un intento de formalización de la realidad.⁵⁶⁷ Bien conocida es la ficción aplicada para el feto: *nasciturus pro iam nato habetur*. Las Ficciones jurídicas o legales, vienen del Derecho Romano y tienen su origen en el contexto religioso.

En el Derecho Romano, la aplicación de las ficciones jurídicas permitió al *praetor* aplicar las normas existentes a las situaciones que no se previeron cuando se redactaron las reglas. Como apunta VERMEER-KÜNZ: “*The fiction thus operated as a*

⁵⁶⁶ CCOC., *Sentencia C-439 de 2011* Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-439-11.htm>

⁵⁶⁷ VERMEER-KÜNZ, A., *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en, *The European Journal of International Law* 18, 1 (2007) 37- 68

*mechanism for transition: short of rules that apply to the situation at hand, rules are being applied as if the situation were another, which is covered by existing rules”*⁵⁶⁸

Así, las ficciones jurídicas son una construcción conceptual que sirven de herramienta en la aplicación de la ley. En palabras de DEKKERS, son “*l'un des expedientes du développement du droit*”.⁵⁶⁹ Pero, no todas las construcciones legales son ficciones legales. Por ejemplo, como pasa con las presunciones legales. Una presunción clásica es aquella que presume el conocimiento de la Ley por parte de los sujetos: se presume que todas las personas conocen la Ley y la ignorancia de la misma, no puede alegarse. La diferencia más importante entre ficciones y presunciones es que las ficciones siempre entran en conflicto con la realidad, mientras que las presunciones, pueden ser ciertas.

La ficción legal de la inclusión de los animales como una cosa mueble, la entendemos, como una asimilación de una cosa a otra que no lo es. La asimilación de los animales, a los objetos muebles inanimados. DEKKERS, ofrece un modelo útil para la comprensión de la naturaleza de las ficciones jurídicas, y ha descrito tres características de las mismas: son imprecisas, necesarias y limitadas. La falta de precisión se debe al hecho de que siempre son obligatorias y presentan deliberadamente una situación falsa haciendo pasar una cosa, por algo que es otra cosa: “*Que en n'assimile les choses qui ne pas s'assimilent toutes seules*”⁵⁷⁰.

Una de las principales razones para la falta de precisión, es que la asimilación sólo se produce en una vía. Por ejemplo, en el caso que estamos viendo, los animales son cosas muebles, pero las cosas muebles no son animales. La necesidad de ficciones legales surge de la falta de un régimen aplicable a una situación particular. Si no hay leyes específicas sobre todos los derechos reales que se pueden ejercer sobre los animales, se pretende que son cosas muebles, para incluirlos en un régimen existente. Es decir, para reconocer el dominio, la posesión, la tenencia, el uso y el usufructo sobre ellos, así como para el régimen de responsabilidad civil y para su

⁵⁶⁸ VERMEER-KÜNZ, AS IF., 42

⁵⁶⁹ DEKKERS, R., *La fiction Juridique, étude de droit romain et de droit comparé* (Paris 1935) 117

⁵⁷⁰ DEKKERS, R., *La fiction Juridique*, 40

adquisición por ocupación. Teniendo en cuenta lo anterior, afirmamos entonces, que las ficciones son un medio que el Derecho utiliza para conseguir una finalidad práctica.

Por último, las ficciones son limitadas. La ficción se aplica a un campo de la ley o de un conjunto de reglas, pero no a todos los campos. La ficción de que los animales son cosas muebles, es aplicable con respecto a, por ejemplo, la forma de adquisición de los animales domésticos, pero no a la adquisición de los animales salvajes (lo veremos más adelante). También, la Ley ha establecido varios límites a la propiedad sobre los animales, pues no se puede disponer de un animal, de la misma manera que se puede hacer, sobre por ejemplo una mesa.

La aceptación de una ficción depende en gran medida de la percepción que el Estado y la sociedad tenga del objeto de la misma en la ley. Por lo tanto, los que creen que los animales, son fines en sí mismos y que tienen dignidad, rechazarán la ficción legal de que son cosas. Por otro lado, los que ven a los animales, como un objeto, que el hombre tiene a su disposición, para de manera ilimitada hacer uso de ellos, estarán de acuerdo con ésta ficción jurídica y la verán como necesaria.

En los primeros años del siglo XX, el filósofo alemán Hans Vaihinger escribió un extenso tratado sobre la ficción en general: *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen , praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit*. Su hipótesis era que los seres humanos son incapaces de saber o conocer todo lo que les rodea y que por ello crean continuamente conceptos de realidad que pretenden ser ciertos. Las ficciones son un instrumento “for finding our way about more easily in this world”⁵⁷¹ Según VAIHINGER, las ficciones legales son un tipo especial de ficción simbólica (analógica) que se basa en la analogía y no en la abstracción que es ficticia porque ignora expresamente ciertos detalles o características, y supone un orden en el mundo exterior que no existe en la realidad.

Continúa la Corte Constitucional, indicando, que no obstante la clasificación y consideración que tiene el Código Civil colombiano, acerca de los animales, las corrientes globales de protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales, derivaron en una actualización normativa según la cual la regulación relativa

⁵⁷¹ VAIHINGER, H., *The Philosophy of „as If“* Trad. OGDEN, C.K. (London 1968) 15
286

a animales “fieros”, hoy denominados “fauna silvestre” o “salvajes”, pasó a ser de competencia exclusiva del derecho público por virtud del artículo 248 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables –Decreto 2811 de 1974-, al tenor del cual la fauna silvestre que se encuentre en el territorio nacional pertenece a la Nación, salvo dos excepciones: los zocriaderos y los cotos de caza de propiedad particular (art. 248). El artículo 254 define zocriadero de la siguiente manera: “el área de propiedad pública o privada que se destina al mantenimiento, fomento y aprovechamiento de especies de la fauna silvestre con fines científicos, comerciales, industriales o de repoblación.”⁵⁷² Por su parte, el artículo 256 estipula lo siguiente: “Se entiende por coto de caza el área destinada al mantenimiento, fomento y aprovechamiento de especies de la fauna silvestre para caza deportiva”⁵⁷³. Bajo estas condiciones, es decir, a partir del cambio drástico de los presupuestos que rigen el aprovechamiento racional de estos especímenes, del artículo 250 en adelante se reemplazan las condiciones bajo las que se puede ejercer la caza⁵⁷⁴, dividiéndola en seis especialidades⁵⁷⁵ con sus respectivos condicionamientos y, sobre todo, advirtiendo que solamente el Estado es quien puede determinar y autorizar explícitamente qué especies pueden ser objeto de dicha actividad. De esta forma, recuerda la Corte, que a partir del año 1974 no es posible a los particulares reclamar ningún derecho sobre especies de fauna silvestre y, en consecuencia tampoco es posible la tenencia de estos animales y su libre transporte por particulares.

⁵⁷² Decreto 2811 DE 1974, Diario Oficial 34243 de enero 27 de 1975, Art. 254

⁵⁷³ CRNR., Art. 256

⁵⁷⁴ Esta actividad, que al igual que en Código Civil constituye la manera como se aprovecha la fauna, es definida en los artículos 250 y 251 en los siguientes términos: “Entiéndese por caza todo acto dirigido a la captura de animales silvestres ya sea dándoles muerte, mutilándolos o atrapándolos vivos, y a la recolección de sus productos.” (...) “Son actividades de caza la cría, captura, transformación, procesamiento, transporte y comercialización de especie y productos de la fauna silvestre”.

⁵⁷⁵ El artículo 252 dispone lo siguiente: “Por su finalidad la caza se clasifica en: a). Caza de subsistencia o sea que sin ánimo de lucro tiene como objeto exclusivo proporcionar alimento a quien la ejecuta y a su familia. b). Caza comercial, o sea la que se realiza por personas naturales o jurídicas para obtener benéfico económico; c). Caza deportiva, o sea la que se hace como recreación y ejercicio, sin otra finalidad que su realización misma; d). Caza científica, o sea la que se practica únicamente con fines de investigación o estudios realizados dentro del país; e). Caza de control, o sea la que se realiza con el propósito de regular la población de una especie cuando así lo requieran circunstancias de orden social, económico y ecológico; f). Caza de fomento o sea la que se realiza con el exclusivo propósito de adquirir ejemplares para el establecimiento de zocriaderos o cotos de caza”.

Continúa la Corte, resaltando, que, con la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (CRNR), a través del Decreto 2811 de 1974 y, más aún, con la expedición de la Constitución Política en 1991, el concepto de propiedad privada y también así el de las demás libertades individuales, fue sometido a una metamorfosis radical, debido a la introducción y énfasis atribuido a un nuevo bien jurídico: la protección medio ambiental. A partir de tales estatutos por tanto, de la disposición absoluta o “arbitraria” de los recursos de la naturaleza en cabeza de cada individuo, se dio paso a la protección que debe emprender cada persona por el bien de todos, aclarando, de paso, que el medio ambiente pasa a ser un límite específico de las potestades privadas regulado especialmente por normas de derecho público.

Sobre el término “arbitraria”, en la sentencia C-595 de 1999 se afirmó: “Como lógico corolario, la configuración del derecho de propiedad (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social; agregó además el Constituyente que al derecho de propiedad le es inherente una función ecológica y creó, con el mandato de que sean protegidas, y promovidas formas asociativas y solidarias de propiedad I(...) “ De todo lo que anteriormente se ha expuesto se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte ejemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del art. 669 del Código Civil según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho arbitrariamente, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia.”⁵⁷⁶

La Corte Constitucional, continúa analizando el alcance del término “animal” en el ordenamiento jurídico colombiano, con la Ley 84 de 1989, por la cual se promulgó el

⁵⁷⁶ CCOC., *Sentencia C-595/99*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-595-99.htm>

Estatuto Nacional de Protección Animal. Recuerda la corte, que dicho Estatuto, se limitó a prescribir que “La expresión "animal" utilizada genéricamente en este Estatuto, comprende los silvestres, bravíos o salvajes, y los domésticos o domesticados, cualquiera sea el medio donde se encuentren o vivan en libertad o en cautividad.”⁵⁷⁷

Es decir, que no se establece dentro de la Ley, definición alguna de los animales, al punto que remite al libro segundo, Título IV del Código Civil y al Código Nacional de Recursos Naturales y sus decretos reglamentarios.

Dentro del artículo 1 del Estatuto, se rechaza la relación abusiva o cruel del hombre con los animales y establece que los mismos tendrán una protección especial: “los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre” (art. 1º). Enseguida, dentro de sus objetivos, la misma insiste en rechazar el dolor y sufrimiento animal, plantea la promoción de su salud, bienestar, respeto y cuidado, y propone desarrollar medidas efectivas para la preservación de la fauna silvestre. Como tal, la ley impone un conjunto de obligaciones específicas para lograr su cometido, todas ellas enmarcadas en el compromiso de evitar causar daño o lesión a cualquier especie (art. 4º), y enlista el conjunto de actos que considera perjudiciales y crueles⁵⁷⁸ aplicables, en su gran mayoría, a las maniobras de cacería reguladas por el CRNR y su decreto reglamentario.

La Corte, continúa su repaso por la normativa colombiana, que tiene relación con los animales, y anota, que ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 se expidió la Ley 99 de 1993 en la cual se incluye la protección de la biodiversidad dentro de sus principios generales (art. 1º núm. 2), define cada uno de los ingredientes del Sistema Nacional Ambiental y, entre otros, articula y sistematiza en un solo cuerpo normativo el conjunto de castigos vigentes en la actualidad, aplicables a las infracciones de las normas de protección ambiental, por parte del Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales (arts. 83 y 84).

⁵⁷⁷ Ley 84 de 1989, Diario Oficial 39120 de diciembre 27 de 1989

⁵⁷⁸ El artículo 6º de la ley 84 de 1989 trae un listado con más de veinte conductas, precedidas por el siguiente texto: “*El que cause daño a un animal o realice cualquiera de las conductas consideradas como crueles para con los mismos por esta Ley, será sancionado con la pena prevista para cada caso*”.

También cita la Corte, en su estudio, la Decisión 391 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena⁵⁷⁹, por la cual se dictaron unas disposiciones para la protección de los recursos genéticos, haciendo énfasis en la conservación de la diversidad biológica (art. 2º lit. “c”) y estableciendo condiciones mínimas para permitir el acceso⁵⁸⁰ a los mismos.

Finalmente, La Corte cita a la Ley 611 de 2000 por la cual se introdujo la modificación de algunas de las disposiciones del CRNR del Decreto 1608 de 1978 y de la Ley 84 de 1989, y que reguló la práctica de zocriaderos (arts. 9 ss), los cuales se convierten en el medio legítimo a través del cual las personas pueden aprovechar y acceder sosteniblemente a la diversidad faunística, siempre bajo la dirección y autorización de las autoridades ambientales. El artículo 25 de la ley, por ejemplo, consigna las siguientes estrategias de control de los zocriaderos:

“La autoridad ambiental ejercerá funciones de supervisión constante de las tierras, de la infraestructura y de las actividades relacionadas con el zocriadero, dispondrá las inspecciones y controles (marca o identificación, expedición de permisos y licencias entre otros) y realizará los estudios que estime necesarios. Así mismo, formulará las recomendaciones en general, apoyará técnicamente a los interesados, planificará, administrará la ejecución de los programas, revisará y estudiará los requisitos técnicos y legales para permitir la instalación, funcionamiento y desarrollo de los zocriaderos. El Ministerio del Medio Ambiente efectuará una recopilación práctica de la información concerniente a las diversas especies que conforman nuestra fauna silvestre y acuática en lo que toca con la reproducción, nutrición, manejo, sanidad y aspectos relevantes del mercadeo a fin de contribuir a generar un marco referencial para su explotación zootécnica y a fin de tener una base sólida para el diseño de políticas en la materia.”⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec391s.asp>

⁵⁸⁰ La definición de acceso, conforme a la propia decisión 391 es: “Obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros”.

⁵⁸¹ Ley 611 de 2000, Diario Oficial 44.144 de agosto 29 de 2000, Art. 25

Una vez realizado el anterior estudio, la Corte, destaca que actualmente, hay una tendencia jurídica actual, que se va reflejando en la Doctrina y en la Jurisprudencia, dirigida a superar el concepto del derecho privado de cosa mueble otorgado a los animales para pasar a definirlos como seres sentientes. La Corte usa dentro de sus fuentes, para basar su argumentación, una publicación de la Universidad Javeriana, titulada, *El Derecho de los Animales*, de Ricardo Fajardo y de Alexandra Cárdenas, en dónde se definen a los animales como “criaturas esencialmente sentientes, capaces de experimentar dolor, manifestar emociones e incluso desarrollar patrones sociales, que se alejan de ser objetos materiales de los derechos del hombre”⁵⁸². La Corte reconoce que hoy día se plantea un interesante debate respecto de la categoría jurídica adecuada de los animales, pero en la Sentencia que estamos estudiando, no entra en profundidad, pues, se centra, en la problemática que se concreta en la posible restricción a los derechos de libre locomoción de las personas con sus mascotas y, al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la igualdad a partir del vínculo particular que éstas crean con aquellas.

Para entrar a estudiar si dicha prohibición es legítima, necesaria y proporcionada, la Corte hace unas precisiones importantes, partiendo de la clasificación efectuada por el Código Civil de animales domésticos, fieros (fauna silvestre y salvaje) y domesticados, así como de la ficción jurídica prevista por este Código a partir del cual se les asigna la condición de bienes muebles, para efectos de establecer si sobre todos ellos es legítima, necesaria y proporcionada la prohibición contenida en la norma que fue demandada y que se refiere a la prohibición de transporte. Resalta nuevamente la Corte, que lo que hace el Código Civil, al incluir a los animales dentro de la categoría jurídica de cosa mueble, no es más que un símil utilizado por el legislador, pues no hay ninguna duda para la Corte, que la naturaleza de los animales, es completamente opuesta a la naturaleza de cosa mueble.

En primer lugar, señala, que en la actualidad no es posible a los particulares ejercer tenencia sobre especies de fauna silvestre, salvo en aquellos especiales casos regulados por la ley; circunstancia que lleva a la Corte a deducir que la prohibición de transportar estas especies en el servicio público de pasajeros, es coherente no sólo con la finalidad de seguridad y salubridad propia del servicio de transporte público de

⁵⁸² FAJARDO R, CARDENAS A., *El Derecho de los Animales* (Bogotá 2007)

pasajeros, sino principalmente con el propósito constitucional de proteger la biodiversidad e integridad del ambiente y garantizar su conservación en concordancia con los artículos 79 y 80 de la Constitución, en atención a que estas especies forman parte del patrimonio biológico y ecológico del país, lo que de suyo impide su libre tránsito a través de cualquier modo de transporte.

Coincidimos con la Corte, en que respecto a la fauna silvestre, cuya categoría comprende los animales fieros o salvajes y silvestres señalados en el Convenio Cites⁵⁸³ es legítima, necesaria y proporcionada la prohibición respecto del transporte de los mismos, así como de los animales, denominados como domesticados, dada la prohibición expresa de cautiverio de estas especies y la obligación de las autoridades de ordenar el decomiso de las mismas y reintegrarlas a su hábitat. Estamos de acuerdo, porque la prohibición de acceso al transporte público de éste tipo de animales, es una medida de protección, no solo para los usuarios humanos, sino para los animales mismos.

Ahora bien, respecto de los animales domésticos, la Corte no encuentra necesaria dicha prohibición, especialmente para aquellos que tienen la condición de mascotas. La corte en la Sentencia, define a las mascotas como: “Animales domésticos cuya reproducción y crianza está dirigida a la convivencia y compañía de personas.” Para este tipo de animales, nosotros encontramos más apropiado el término de “animales de compañía” y consideramos que es el que debe usarse, pues el término “mascota” puede llegar generar confusión sobre la naturaleza del animal. En cualquier caso, estamos hablando de animales domésticos.

La Corte basa su decisión de la siguiente manera:

“No obstante, la misma prohibición no se encuentra necesaria respecto de los animales “domésticos”, especialmente aquellos que tienen la condición de

⁵⁸³ El 3 de marzo de 1973, 21 países suscribieron la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) que entró en vigor el 1º de julio de 1.975. La CITES reglamenta la exportación, reexportación e importación de animales y plantas vivos o muertos y de sus partes o derivados mediante un sistema de permisos y certificados que se expiden cuando se cumplen ciertos requisitos y que han de presentarse antes de que se autorice que un cargamento de especímenes salga de un país o entre en él.

mascotas, no sólo porque esta Corporación ha reconocido que su tenencia supone para el propietario el ejercicio de derechos fundamentales tales como la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad individual y familiar, sino porque, al acudir a las reflexiones efectuadas por la Corte Constitucional a propósito de la sentencia T-035 de 1997, en la medida en que el propietario del animal doméstico observe las reglas que en rigor imponen las normas vigentes, esto es, que las mascotas sean trasladadas utilizando instrumentos adecuados como traillas, bozales y guacales o contenedores debidamente destinados a su movilización y, que su tenedor porte el “carnet” en el que conste la regularidad y actualidad de las vacunas necesarias para evitar la transmisión de enfermedades como la zoonosis y la rabia, no se encuentra razón fundada para impedir, por razones de seguridad o salubridad, el libre acceso de “mascotas” u otros animales domésticos en el transporte público de pasajeros”⁵⁸⁴

Así, corresponderá al tenedor del animal doméstico acreditar que cumple con la medidas de salubridad e higiene que imponen tanto la Ley 84 de 1989 como la Ley 9 de 1979, por la cual se dictan medidas sanitarias y su Decreto reglamentario 2257 de 1986, en virtud de las cuales es obligatoria la vacunación de los animales domésticos teniendo en cuenta condiciones de edad, periodicidad y demás que señalen las autoridades competentes, según el caso.

Ahora bien, la Corte Constitucional, analiza lo que sucede, respecto a la comodidad que debe garantizarse a los pasajeros. Para la Corte, la medida de impedir el acceso de animales domésticos al transporte público mixto, que involucra el transporte de pasajeros, no encuentra ningún fundamento de necesidad o proporcionalidad, en razón a que esta modalidad está destinada no sólo a movilizar personas sino también cosas o bienes, entre los cuales se encuentran los semovientes según el símil o ficción jurídica del Derecho Privado, antes mencionada. De allí que el transporte de animales en autobuses buses abiertos y camiones a nivel metropolitano, distrital, municipal e intermunicipal deben ser excluidos de esta prohibición, pues de

⁵⁸⁴ CCOC., *Sentencia C-439/11*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-439-11.htm>

hecho sirven en la actualidad en Colombia, de medio de transporte de animales domésticos de tipo rural como cerdos, gallinas, chivos, etc.

Tampoco encontró la Corte Constitucional, que esta restricción sea necesaria o proporcionada en relación del servicio de transporte terrestre automotor individual de pasajeros, como lo es el servicio de taxi, pues su carácter individual no crea conflicto con derechos de terceros, y siempre y cuando el propietario del animal, cumpla con los deberes y obligaciones que le impone la Ley, en cuanto a las medidas de salud, higiene y transporte.

La Corte insta en la Sentencia, a las empresas operadoras del transporte público, a establecer reglamentos y protocolos de acceso de animales domésticos a sus servicios, haciendo la advertencia, que de cualquier forma, los operadores de esta modalidad de transporte (individual-taxis) no podrán establecer obstáculos insuperables o desproporcionados que imposibiliten la movilización de estos animales con sus propietarios, de forma que las reglas habrán de ser objetivas y moderadas.

En cuanto al transporte automotor colectivo de pasajeros, autobuses y sistemas masivos, considera la Corte, que la comodidad de los usuarios, no se vería menoscabada por llevar de manera habitual animales domésticos de compañía, de tallas pequeñas a medias. En este punto, la Corte recuerda, que los animales, por ficción jurídica del legislador, se asimilan a cosas muebles, y que en la Ley, se permite, el ingreso de “paquetes” o “bultos” de tamaño regular. En este sentido, concluye, que no hay razón no permitir la entrada de animales domésticos de compañía, y sí de otro tipo de cosas muebles, pues no es cierto que los animales de compañía, siempre van a generar incomodidad en los usuarios y otras cosas, no.

Es interesante ver cómo la Corte Constitucional, en este punto, utiliza la ficción jurídica de la inclusión y asimilación de los animales a las cosas muebles, para defender los intereses de los animales, pues está desarrollando ésta argumentación jurídica, con el fin de permitir el acceso de los animales al transporte público. En este caso, de los animales domésticos de compañía.

La Corte recuerda, que en la sentencia T-508 de 2010, concluyó que la prohibición de acceso al transporte no es desproporcionado al derecho de libre

locomoción. En esos términos, no existe razón fundada para prohibir el acceso de animales de compañía de talla pequeña o mediana que puedan ser cargados por sus propietarios en receptáculos adecuados.

En lo que respecta a animales de tallas grandes, para la Corte, la finalidad de comodidad implícita al servicio de transporte, hace que no sea posible el traslado de animales domésticos conocidos como de granja o de producción, tales como vacas, bueyes o caballos en el transporte colectivo de pasajeros, pero nada impide el traslado de animales de compañía de tallas grandes, siempre que para garantizar la comodidad de los usuarios, el operador del servicio o el administrador del sistema de transporte masivo de pasajeros fije en sus reglamentos, un protocolo de acceso de animales de estas tallas, con las condiciones en que se haría viable su traslado.

En ese orden de ideas, la Corte garantiza la posibilidad de transportar animales de compañía de talla grande en el transporte público colectivo de pasajeros, desde el punto de vista de los derechos fundamentales de sus tenedores.

En conclusión, para la Corte no existen razones de necesidad y proporcionalidad suficientes para impedir que animales domésticos sean transportados en el sistema automotor público de pasajeros. A pesar de que lo hace, con el fin de no limitar los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y de locomoción de los tenedores de animales, nos dejó argumentos y consideraciones realmente importantes, respecto a la consideración de los animales como cosas muebles por la Ley.

Así, la norma fue declarada exequible en relación con los animales clasificados como “fieros”, “fauna silvestre”, “salvaje” o “domesticada” y, bajo el entendido que se excluye de la misma a los animales domésticos a los cuales no podrá restringirse el acceso al transporte público de pasajeros, siempre que sus tenedores cumplan con las condiciones de seguridad y salubridad señaladas en la ley y en sus reglamentos.

En ese orden el transporte público debe garantizar el goce efectivo del derecho de locomoción de las personas, junto con sus animales domésticos, tenidos y transportados según las reglas citadas, libre de obstáculos irrazonables o desproporcionados que impidan su materialización.

2. Sentencia del Consejo de Estado Colombiano de 26 de noviembre de 2013⁵⁸⁵.

a. Hechos

El 13 de abril de 2011 la primatóloga Ángela Maldonado Rodríguez, fundadora de la Fundación Ecologista Entropika⁵⁸⁶, junto con su abogado, Gabriel Vanegas Torres, instauraron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acción popular contra la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MINADS), la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (CORPOAMAZONÍA), y la Procuraduría General de la Nación para asuntos Ambientales y Agrarios, con el fin de que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa; la seguridad y salubridad públicas; la existencia del equilibrio ecológico; la preservación y restauración del medio ambiente; la protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas; el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales -renovables- con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución; y la conservación y protección de las especies animales y vegetales. Los anteriores derechos, presuntamente afectados como consecuencia del desconocimiento por parte de los demandados de los principios, normas y deberes de proteger la diversidad e integridad del ambiente.

La FIDIC, según se puede leer en su página web, es “una Institución Científica, orientada a la generación y fortalecimiento del conocimiento, desarrollo del concepto de vacunas químicamente sintetizadas y métodos de diagnóstico para resolver problemas de salud como la malaria (...)”⁵⁸⁷. Manuel Elkin Patarroyo, como director de la fundación, ha sido altamente reconocido en Colombia, particularmente por sus esfuerzos para encontrar una vacuna contra la malaria.

Patarroyo contaba desde el año 1984 con un permiso de estudio y caza de fauna silvestre para desarrollar su proyecto de investigación. Es importante resaltar que el

⁵⁸⁵ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1334.pdf>

⁵⁸⁶ <http://www.entropika.org/es/about.html>

⁵⁸⁷ <http://www.fidic.org.co/pagina/general.html>

laboratorio en el que Patarroyo y su equipo realizaban los estudios se encuentra ubicado en plena Amazonía, zona fronteriza con Perú y Brasil.

Dicho permiso fue otorgado por la autoridad ambiental en Colombia que en ese momento era el Instituto Nacional De Los Recursos Naturales Renovables Y Del Medio Ambiente (INDERENA). El permiso de estudio y caza recaía sobre la especie mono nocturno *Aotus vociferans* (AV) y consistía en la autorización de capturar 200 individuos dentro de un término de 2 años. Según se puede extraer de la Sentencia de Primera Instancia, CORPOAMAZONÍA (institución que reemplazó en sus funciones al INDERENA) en el año 2002 autorizó a la FIDIC la caza de 1600 primates no humanos, de la especie AV, por un período de 2 años, para el proyecto: “Desarrollo de métodos inmuno profilácticos (vacunas sintéticas) y de innovación diagnóstica a través de síntesis química de moléculas”, y en forma continuada a través de diversas resoluciones, CORPOAMAZONÍA fue otorgando a la FIDIC autorizaciones y renovaciones de permisos, con el mismo propósito y sobre la misma especie animal. La última autorización se otorgó mediante Resolución 632 del 29 de junio de 2010 por un término de 5 años para capturar 4000 AV, sin que se superaran 800 animales capturados al año y sin que se pudiera comerciar en ninguna forma con los animales. El permiso dejaba claro que la FIDIC debía abstenerse de hacer uso de especies diferentes de la autorizada, pero permitía que las comunidades indígenas fueran colectores de animales, aunque tenían que ser previamente capacitados para ello por la FIDIC, con el fin de minimizar el impacto. Asimismo, se estableció en dicha resolución que la FIDIC, en conjunto con CORPOAMAZONÍA, desarrollarían un estudio de seguimiento a los individuos liberados al medio natural.

La demanda se presenta por varias irregularidades producidas en la captura de los animales, en el desarrollo de la investigación, y en la posterior liberación de los mismos en la selva amazónica.

b. Cites

En el siglo XX se realizaron varios intentos a nivel internacional de someter el comercio de especies silvestres a alguna forma de control con fines de conservación, pero ninguno de los acuerdos establecidos fue lo suficientemente “robusto, visionario e

importante⁵⁸⁸ para la comunidad mundial, hasta que el Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES) fue oficialmente firmado el 3 de marzo de 1973 en Washington por 21 países de los 80 que participaban. CITES regula el comercio de especies amenazadas de fauna y flora silvestres y persigue preservar la conservación de las especies mediante el control de su comercio. Actualmente se han adherido más de 174 países⁵⁸⁹, y establece una red mundial de controles del comercio internacional de especies silvestres amenazadas y de sus productos, exigiendo la utilización de permisos oficiales para este comercio, permisos de exportación en el país de origen y de importación en el de destino, previos al intercambio, así como la necesidad de certificaciones para las excepciones previstas en el Convenio, con el objetivo de que todo comercio internacional se encuentre perfectamente documentado y se conozca su origen, su destino y el motivo por el que se comercia; permite la posibilidad de aplicar legislaciones nacionales más estrictas y protege a más de 33.000 especies que están recogidas en tres apéndices (de ellas, 28.000 son de plantas -85%- y 5.000 son de animales -15%-).

Teniendo presente lo anterior y volviendo al caso de estudio, según se pudo comprobar en el proceso judicial, la FIDIC utilizó en sus experimentos primates de la especie autorizada (AV), pero también primates de una especie distinta a la autorizada. Concretamente, utilizó primates de la especie *Aotus nancymaae* (AN). En un Informe técnico solicitado por CORPOAMAZONÍA, en marzo de 2009, que se reprodujo en la Sentencia del CEC, se lee:

“De los 24 ejemplares muestreados procedentes del centro experimental de la Fidic dirigido por el Dr. Patarroyo de Leticia, 22 pertenecen a la especie *A. Vociferans* y dos (sin ninguna duda) pertenecen a la especie peruana *A. nancymaae*. De los 22 pertenecientes a la especie *A. vociferans*, cinco presentan relaciones filogenéticas más conspicuas con animales procedentes de poblaciones peruanas de esa especie (procedentes de afluentes del río Napo) que con los otros ejemplares (probablemente colombianos) procedentes de la institución objeto de estudio.”

⁵⁸⁸ CITES. Boletín oficial de las partes (2003) Disponible:

<http://www.cites.org/esp/news/world/30special.pdf>

⁵⁸⁹ <http://www.cites.es>

La anterior situación es irregular puesto que, en primer lugar, la FIDIC no contaba con permiso para experimentar con una especie diferente a la AV, pero también porque dicha especie no es una especie de fauna colombiana, sino una especie de la fauna peruana y brasilera. Entonces, nos preguntamos, ¿cómo los conseguía? ¿Qué importancia tiene que la FIDIC haya experimentado con *nancymaae* en vez de exclusivamente con *vociferans*? La respuesta a la primera pregunta quedó comprobada en el proceso judicial: La FIDIC compraba los animales de ambas especies a las comunidades indígenas de la región de la Amazonía. A los indígenas colombianos les compraba la especie AV y a los indígenas peruanos la especie AN. Las comunidades indígenas peruanas capturaban los primates y se los vendían, ya en territorio colombiano, a la FIDIC, sin ningún tipo de supervisión o permiso por parte de ninguna autoridad. Así, y respondiendo a la segunda pregunta, además de investigar con una especie distinta a la autorizada, la FIDIC fue partícipe de un comercio ilegal, pues las dos especies, la AV y la AN, se encuentran incluidas en el anexo II de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)⁵⁹⁰. La especie AN, se encuentra registrada únicamente en Brasil y Perú. No en Colombia. De esta manera se encuentra reglamentada la exportación, reexportación e importación de la especie AN mediante un sistema de permisos y certificados que se expiden cuando se cumplen ciertos requisitos y que han de presentarse antes de que se autorice que un cargamento de especímenes salga de un país o entre en el otro.

Así, además de realizarse la captura de los animales por terceras personas, se inició un comercio de animales completamente prohibido por CITES⁵⁹¹. Según la organización de protección animal BUAV, está probada la captura de primates de la especie AN por parte de comunidades indígenas peruanas, para su posterior venta a la FIDIC.⁵⁹² Por otro lado, ninguna entidad ambiental realizaba controles, ni se llevaba un registro o inventario del número de animales que entraban al laboratorio, ni mucho menos sobre el bienestar animal de los mismos.

⁵⁹⁰ http://www.cites.org/esp/resources/pub/checklist11/Indice_de_especies_CITES.pdf

⁵⁹¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/690.pdf>

⁵⁹² <http://www.buav.org/our-campaigns/primate-campaign/buav-primate-trade-investigations/owl-monkey-trade>

Una vez los animales se encontraban dentro de las instalaciones de la FIDIC, tanto de la especie colombiana (AV) como de aquella proveniente de Perú y Brasil (AN), se les inoculaba el parásito y se les practicaban procedimientos con el fin de encontrar la vacuna contra la malaria. Aquellos primates que sobrevivían a los experimentos, y que ya no interesaban, eran liberados en la selva colombiana, sin control alguno.⁵⁹³ Dicha conducta se realizaba sin ningún tipo de estudio previo o protocolo y desconociéndose tanto el posible impacto ecológico que se podía producir, como el riesgo creado en la misma población indígena pues, como es lógico, al liberar primates contagiados con malaria en su territorio, se pone en peligro la vida de los habitantes de la zona selvática, ya que se ha creado un escenario apto para la propagación de la enfermedad, ya que entre otras cosas, la vacuna desarrollada por la FIDIC no es efectiva.

Para los demandantes, detrás del tráfico de primates existía una vulneración a los derechos colectivos ya mencionados: la moralidad administrativa; la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales; y la seguridad y salubridad públicas. Por esta razón se acudió por parte de los demandantes a la Acción Popular, acción que ya ha sido analizada desde el punto de vista del Derecho Ambiental, en el presente trabajo, pero que ampliaremos a continuación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró que existió vulneración al derecho e interés colectivo consagrado en el literal c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998 por parte de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC); de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ordenando la revocación de los actos administrativos, fallando en contra de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia - FIDIC, el Ministerio de Medio Ambiente de Colombia y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia-Corpoamazonia⁵⁹⁴.

Como veremos, el CEC reconoce en su sentencia a las entidades en mención como culpables por quebrantar el deber de velar por la protección de la diversidad e

⁵⁹³ http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/ciencia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12004881.html

⁵⁹⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1333.pdf>

integridad del ambiente, e incurrir simultáneamente en una serie de irregularidades y anomalías de tipo ambiental, administrativo, y en general antijurídicas.

c. Acción Popular

Lo primero que vamos a analizar de la Sentencia del Consejo de Estado es el estudio que hace sobre la procedencia de la acción popular para proteger los intereses alegados por la parte demandante. Como veremos, tanto el juez de primera instancia (Tribunal Administrativo de Cundinamarca) como el CEC, de manera acertada coincidieron en que la Acción Popular era el medio idóneo para iniciar el proceso judicial.

Si analizamos el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991, veremos que se trata de una decisión oportuna, desde el punto de vista constitucional:

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”⁵⁹⁵

Tenemos entonces que por vía de la Acción popular, se puede buscar la protección de derechos colectivos relacionados con: la salud pública, la moral administrativa y el ambiente. Para nosotros, los tres intereses anteriores se han visto amenazados con los hechos probados en el presente caso. No nos queda duda alguna de que las actuaciones realizadas por la FIDIC, atentaban contra el ambiente, y la salud pública, particularmente la de la comunidad indígena de la Amazonía. También que, tanto por acción como por omisión, la administración ha actuado de forma inmoral.

⁵⁹⁵ CPC, 91., Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

Con fundamento en el artículo constitucional citado, se promulgó la ley 472 de 1998, donde se consagró la acción popular como una de aquéllas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998). En el literal c) del artículo 4 de dicha Ley, consagra unos intereses colectivos que pueden ser protegidos a través de la acción popular. Dichos derechos son los siguientes:

- i) La existencia del equilibrio ecológico.
- ii) La preservación y restauración del medio ambiente.
- iii) La protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas.
- iv) El manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales –renovables o no renovables– con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución.
- iv) La conservación y protección de las especies animales y vegetales.”⁵⁹⁶

Según la parte demandante, además de la moral administrativa, y de la seguridad y salubridad pública, y apoyándose en el artículo que acabamos de citar para ejercer la acción popular, se ha vulnerado la preservación del medio ambiente, el equilibrio ecológico, la protección de ecosistemas ubicados en zonas de frontera, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales –renovables– y la conservación y protección de las especies animales y vegetales. Pasaremos a continuación a estudiar cada uno de los intereses colectivos amenazados, según el pronunciamiento del CEC, teniendo siempre presente este artículo.

d. Moral Administrativa

Según la parte demandante, se ejerce la acción popular en el presente caso para proteger la moral administrativa. A nosotros nos parece desde todo punto inmoral lo que estaba sucediendo con el obrar de los funcionarios del Estado colombiano. Los permisos otorgados a la FIDIC de tal cantidad de animales (4000 por cinco años en el

⁵⁹⁶ Ley 472 de 1998, Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998

último permiso otorgado) sin previo estudio de la especie afectada y sin control en la ejecución del permiso, provocó una situación realmente preocupante que afectaba diferentes intereses colectivos. La captura por parte de las comunidades indígenas, la experimentación realizada por la FIDIC sin seguir la normativa vigente, el tráfico ilegal de los primates de la especie AN desde los países fronterizos, y su posterior liberación, una vez contaminados con el parásito, ante la pasividad de la administración, era una situación no sólo inmoral, sino constitutiva de diferentes ilegalidades, a nivel nacional e internacional.

El CEC, en la sentencia que comentamos, sobre la moral administrativa, como derecho colectivo apuntó: “(...) es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados por la comunidad”. Lo anterior, para pasar a concluir que la protección de la moral administrativa puede solicitarse en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas) o en positivos (la realización material de un determinado acto) y que se puede reclamar en relación con cualquier autoridad o particular que ejerza función pública.

Se resalta en la Sentencia que, al ser la moralidad administrativa un concepto abierto y no positivista, es al juez de la acción popular al que corresponde fijarlo. Para dicho encargo, debe tener en cuenta los principios, valores y demás derechos de rango constitucional al confrontar el comportamiento de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, con un mínimo ético exigible.

e. La seguridad y salubridad públicas

Desde nuestro punto de vista, la FIDIC, junto con el actuar de la administración, estaban poniendo en peligro la salubridad pública, y en particular, de las comunidades indígenas de la Amazonía colombiana, al liberar primates contaminados con malaria, y por ésta razón consideramos que también es un interés legítimo, que en el caso en concreto, es susceptible de protección a través de la acción popular. El CEC en la Sentencia objeto de estudio, resalta que las nociones de seguridad y salubridad públicas se orientan al mantenimiento del orden público, desde un punto de vista progresista y garantista, que pretende promover las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad y salud para el goce efectivo de los derechos individuales y

colectivos que permitan la vida en comunidad y faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad. Sin embargo, como veremos más adelante, el CEC en la Sentencia objeto de estudio, no entró a valorar si la seguridad y salubridad pública se habían visto amenazadas, por lo tanto no lo encontró probado.

f. Medio Ambiente: la existencia del equilibrio ecológico; la preservación y restauración del medio ambiente; la protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas; el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales-renovables o no renovables- con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución: y la conservación y protección de las especies animales y vegetales.

Como es sabido, se puede producir un daño al ambiente con la liberación en el territorio colombiano de animales no autóctonos. En el caso que estudiamos, se estaba produciendo lo que se conoce como la liberación o abandono de “especies invasoras”, que afecta primordialmente a dichas especies de fauna y flora que sí son autóctonas. Si además de lo anterior, tenemos que son especies infectadas con malaria, el daño a producirse puede llegar a ser irremediable. También quedó probado que los diferentes métodos de captura de los animales objeto de experimentación estaba afectando a la flora de la región, pues consistía en la tala indiscriminada de muchos árboles, es decir, se realizaba a través de deforestación.

En este sentido, el CEC, en la Sentencia que estudiamos, consideró que tanto la normativa nacional como internacional, “siempre ha estado orientada hacia la protección del medio ambiente como un derecho colectivo, es decir, como un derecho de naturaleza subjetiva vinculado a una población o Estado específico.” Lo anterior, teniendo en cuenta que existe una conciencia global sobre la necesidad de ponderar el crecimiento económico y el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables de los Estados, frente a la protección del medio ambiente y la biodiversidad. El alto Tribunal es consciente así de la necesidad de tratar los temas medio ambientales desde una perspectiva global.

Desde nuestro punto de vista, el bienestar animal, también debe abordarse a nivel internacional, puesto que el uso de los animales, tiene repercusiones en la

seguridad alimentaria, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, temas todos, de preocupación mundial.

De hecho, la necesidad de mejorar el bienestar de los animales de granja, ha sido aceptada por organismos internacionales, como la Organización mundial de Sanidad Animal (OIE), indicándonos de la preocupación a nivel global en el bienestar animal de los animales de granja. En 2008, en el Cairo, la OIE celebró su Segunda Conferencia Global en Bienestar Animal.⁵⁹⁷ Como resultado de dicho evento, la OIE promulgó una resolución con unas recomendaciones, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que “las normas de bienestar animal deben ser aprobadas de forma democrática y transparente y regidas por la ciencia y la ética, teniendo en cuenta los sistemas de producción y la utilización que se hace de los animales en cada Miembro al igual que los aspectos ambientales, regionales, geográficos, económicos, culturales y religiosos relevantes”⁵⁹⁸ Para la OIE, autoridad científica en salud animal, conocer la significancia ética del maltrato de los animales es de suma importancia.

También es evidente el daño a los animales de ambas especies desde el momento de su captura, hasta su muerte o liberación. Quedó probado el maltrato al que eran sometidos durante la experimentación, pues la misma se realizaba sin ningún tipo de control o seguimiento de las normas vigentes. Los demandantes comprobaron el estado de desnutrición, enfermedad y desatención veterinaria en el que se encontraban los primates.

Para la Corte Constitucional Colombiana, los animales, entendidos los mismos dentro del concepto general de “fauna”, se encuentran incluidos en el concepto de ambiente y, por lo tanto, sobre ellos se aplican las mismas normas que se aplican a los demás recursos naturales, como es, la acción popular. Es decir, que la protección del medio ambiente en Colombia incluye a los animales, y a pesar de ser vista la fauna como un recurso natural, el cual el hombre tiene el derecho a usar, hay ciertos límites en el uso del mismo, pero además una especial protección. La Judicatura Colombiana ha seguido dicha Doctrina, entre otras razones por la falta de normativa y sobre todo de

⁵⁹⁷http://www.oie.int/fileadmin/Home/esp/Conferences_Events/sites/E_AW2008/home.htm

⁵⁹⁸http://www.oie.int/fileadmin/Home/esp/Conferences_Events/sites/E_AW2008/ESP_Final%20Recomendaciones.pdf

efectiva protección legal que existe en el País respecto a los animales. A pesar de que existe un Estatuto Nacional de Protección de los Animales (ENPA)⁵⁹⁹, la aplicación de sus normas y en especial de sus sanciones son prácticamente nulas. Así, tanto la Corte Constitucional como el CEC han brindado protección a los animales, no sólo como especies, sino como individuos que son seres susceptibles de experimentar dolor, a través de la protección del Medio Ambiente, pues entiende que los animales, como fauna que son, hacen parte de dicha protección de carácter constitucional.

Es así como en Sentencia T-760 de 2007, la Corte Constitucional consideró que dentro del concepto de ambiente debe comprenderse a toda la fauna que habita en nuestro territorio, que no sólo hará referencia a los animales salvajes o bravíos, o que mantienen el equilibrio de ecosistemas existentes, sino a todos los animales que se encuentran en dicho territorio. En la referida Sentencia, la Corte entendió al medio ambiente como “el contexto en el que distintos seres sentientes llevan a cabo su existencia, base conceptual que excluye cualquier visión meramente utilitarista que valore a los animales exclusivamente en cuanto recurso, es decir, como elemento de explotación por parte de los seres humanos.”⁶⁰⁰

Por su parte, en Sentencia C-666/2010 enfatiza la Corte Constitucional que incluir a los animales dentro del concepto de ambiente, supera el enfoque eminentemente utilitarista de los animales –que los considera un recurso utilizable por los seres humanos- y se inserta en la visión de los animales como “otros seres vivos que comparten el contexto en que se desarrolla la vida humana, siendo determinantes en el concepto de naturaleza y, por consiguiente, convirtiéndose en destinatarios de la visión empática de los seres humanos por el contexto –o ambiente- en el que desarrolla su existencia.”⁶⁰¹

No obstante, la protección del Medio Ambiente no siempre coincide con la protección de los animales. Bien es sabido que el Derecho medioambiental procura por la protección de las especies desde un punto de vista genérico y de los ecosistemas, y dicha protección va más allá de los propios intereses de un ser determinado. En otras palabras, se busca la conservación de los recursos naturales, a

⁵⁹⁹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1330.pdf>

⁶⁰⁰ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1332.pdf>

⁶⁰¹ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1331.pdf>

través de un desarrollo sostenible, para el disfrute de los mismos por las generaciones futuras, desde un punto de vista antropocéntrico, sin entrar necesariamente a valorar los intereses de un animal en concreto. Al respecto, en la Sentencia objeto de estudio, el mismo CEC, después de repasar la legislación ambiental e internacional aplicable al caso, comenta que la misma “no se reconoce un derecho propio en cabeza del medio ambiente y de los animales, sino que, por el contrario, se protege la biodiversidad y los recursos naturales en aras de garantizar, a su vez y de manera consecencial, los derechos de los seres humanos, de las generaciones presentes y futuras.”

En el presente caso, los demandantes ejercen la acción popular, preocupados por la situación en la que se encontraban los animales, y solicitaron únicamente que se derogaran los permisos de experimentación otorgados a la FIDIC, para que cesara la captura de las especies de primates involucradas. Pero también podrían haber solicitado, alegando el derecho al medio ambiente, la expulsión, o incluso el sacrificio de los animales de la especie invasora, pues la captura de los mismos y su posterior liberación en territorio colombiano, significa una amenaza al medio ambiente, al ecosistema y en particular a la especie autóctona (AV). Sería la solución ambientalista al caso en concreto, pues lo que interesa a esta rama del Derecho es la conservación de la biodiversidad y de los recursos naturales, que cuando se ven amenazados, llama a la intervención. Desde un punto de vista de la protección animal, lo que interesa es el bienestar del mismo como individuo. Cada uno cuenta y cada uno importa, pues son seres sentientes, es decir, capaces de sentir placer y sufrir dolor, o en otras palabras, conscientes del sufrimiento que se les pueda infligir. La existencia de la capacidad de sentir conlleva la existencia de intereses: interés en evitar sensaciones negativas, e interés en experimentar sensaciones positivas. Por lo tanto, todo animal sentiente, independientemente de su especie, merece una protección legal en su relación con los humanos, que tenga en cuenta sus intereses básicos.

Recordemos, que el Tratado de Lisboa consagra la expresión “*Sentient Beings*” al referirse a los animales, situación que deberá tener presente la Unión Europea y sus Estados miembros al momento de expedir normativa⁶⁰². El reconocimiento de que los animales son Seres Sentientes, no responde a una teoría filosófica, sino a un hecho científico-biológico. En este sentido, GIMÉNEZ-CANDELA, resalta la necesidad de

⁶⁰² http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm

incorporar los resultados de la ciencia veterinaria y de la Etología a la ciencia jurídica: “Es decir, a la necesidad de que los textos jurídicos, sobre todo aquellos sobre los que pivota todo el sistema normativo y la aplicación judicial de las normas, adopten en su redactado el uso de categorías que sitúen a los animales dentro de un contexto más acorde con su condición de seres sentientes, fuera, por lo tanto, del campo de las cosas y de las estrictas relaciones de Propiedad. El trabajo de veterinarios y de juristas debería de experimentar un acercamiento, que redundaría en la mejora de la condición de vida de los animales. Sólo así podríamos abordar, desde bases sólidas, los cambios que el sistema jurídico, en relación con los animales, precisa hoy más que nunca”.⁶⁰³

Por esta razón consideramos importante resaltar que, aunque valoramos y aplaudimos la protección de la jurisprudencia colombiana de los animales, a través de la protección del medio ambiente, la misma es insuficiente y no del todo apropiada, pues estamos hablando de intereses distintos, que deben tener un desarrollo legal independiente, y la protección animal, al igual que la protección del medio ambiente, son temas, desde nuestro punto de vista, que trascienden la esfera nacional, por lo que deben tratarse desde un punto de vista globalizado.

En el presente caso, lo que realmente llama la atención, es que el CEC considere que el literal c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, ya citado (Ley que regula las acciones populares), reconoce no sólo la existencia de varios derechos colectivos, sino también garantías y valores propios de las especies animales y vegetales, considerando que “Se trata, por ende, del reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos a los animales y a las especies vegetales”. Asume así el CEC la postura según la cual, los animales, e incluso las especies vegetales, pero en particular los animales, pueden ser susceptibles de ser titulares de derechos por parte del ordenamiento jurídico. Es más, afirma que según la normativa actual, ya existen derechos otorgados por el legislador, en cabeza de los animales.

Teniendo en cuenta la importancia de la anterior afirmación proferida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el País, analizaremos en detalle

⁶⁰³ GIMÉNEZ, CANDELA, T., *A la búsqueda de un régimen jurídico animal* (2012) Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/2081/a-la-busqueda-de-un-regimen-juridico-animal>

las razones que lo llevaron a concluir lo anterior. En el apartado 3.4 de la Sentencia, y bajo título de: “El derecho de los animales y de las especies vegetales en Colombia”, encontramos el desarrollo argumentativo que llevó al CEC a afirmar que los animales son sujetos de derechos y que, de por sí, ya están disfrutando de algunos que han sido reconocidos por el legislador colombiano (a partir de la página 106 del documento).

g. El derecho de los animales y de las especies vegetales en Colombia

Inicia el CEC con un repaso de las posturas filosóficas que plantean un trato ético para con los animales. En primera instancia, y desde una perspectiva “histórica cristiana”, hace referencia a los juicios de índole canónica, en los que en la edad media participaron animales, a través de un representante. Según la Sentencia, a través de dichos procedimientos se reconocían los derechos que tenían los animales como criaturas de Dios a la garantía de sus derechos, citando un juicio que tuvo lugar en 1545 en Francia contra los mordihuís o gorgojo.

El CEC examina algunas opiniones en contra del reconocimiento de derechos en cabeza de los animales. Cita un ensayo de Luc Ferry denominado “Nuevo orden ecológico”, en donde el autor, básicamente desde una perspectiva antropocéntrica, se opone fuertemente a los derechos de los animales, pues considera que los mismos van en contra de los derechos de los hombres. Continúa en la misma línea, exponiendo algunos argumentos de Fernando Savater. Pasa inmediatamente el CEC a citar un artículo de Christopher Stone, de 1972, titulado “*Should trees have standing?*” en donde se aborda el tema del otorgamiento de derechos en cabeza de recursos naturales, en concreto de bosques, océanos, ríos, etc. Es interesante que el CEC aborde tanto el tema ambiente, como animal, conjuntamente. Como ya se explicó anteriormente, consideramos que son temas que deben ser tratados de manera independiente, pues los intereses son diferentes. Abarcar el tema de los derechos de los animales conjuntamente con la posibilidad de otorgar derechos al resto de recursos naturales, incluidos, entes inertes, nos parece inapropiado.

El CEC en su Sentencia aduce sin más preámbulos al utilitarismo, y en particular, a Jeremy Bentham. Sin embargo, hace una interpretación errónea de dicha corriente de pensamiento, de la cual su exponente contemporáneo filosófico más

conocido en la actualidad, es Peter Singer, pues afirma, que de la mano del utilitarismo todo ser capaz de experimentar dolor o placer es sujeto de derechos.

Dicha afirmación es inexacta, pues el utilitarismo, aunque sea una corriente de protección de los animales, es una ética consecuencialista, y como apunta el mismo CEC en su Sentencia, sostiene que una acción es buena en términos éticos, cuando tiende a aportar la mayor cantidad de bienestar y mala, cuando aporta sufrimiento o dolor. Es decir, que se debe tener en cuenta, la condición de los mismos animales como sujetos sentientes, conscientes de sufrimiento, para minimizarlo al máximo, como un deber moral de la sociedad, pero no estamos hablando necesariamente de la liberación animal, por el contrario, el utilitarismo no acepta los derechos de los animales, por considerarlos ideas metafísicas. Así, teniendo en cuenta que el dolor y el sufrimiento como consecuencia de una acción determinada, es el eje de esta teoría, si un ser no siente dolor, no debe ser protegido.

El CEC sigue su estudio analizando los postulados de John Rawls en su obra “Teoría de la Justicia” y las posteriores críticas a la misma, realizadas por Amartya Sen y Martha Nussbaum. Para el CEC, los animales tienen dignidad, valor en sí mismos, con un propósito vital y finalidad en la existencia. Dicha consideración va en concordancia con un pronunciamiento del mismo Tribunal, en sentencia del 23 de mayo de 2012, en donde manifestó que “la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto” y que por lo tanto “haría que toda institución jurídica tuviera en cuenta esta condición, que serían fines en sí mismos y que por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos”. Lo anterior, a pesar de reconocer, que los animales pueden ser utilizados por los seres humanos “para garantizar o mejorar su bienestar”.

Critica el CEC la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-666, que avaló la constitucionalidad de las corridas de toros, a pesar de reconocer que los animales sufren, que son seres sentientes, y que un Estado social no puede ser indiferente a dicha condición. En dicha Sentencia la Corte Constitucional manifestó que “un Estado social debe buscar, entre otros, el bienestar animal, por ser éste un elemento connatural al desarrollo del principio de solidaridad, del cual el constituyente derivó diferentes deberes que se consagran en variadas partes de la Constitución. (...) Esto por cuanto los animales son seres sentientes y por tanto el comportamiento del

ser humano hacia ellos debe ser un comportamiento digno, siendo un límite no causar sufrimiento o dolor a seres no humanos, en determinadas circunstancias.” Debido a que “no hay interés más primario para un ser sentiente que el de no sufrir daño o maltrato. Y debe ser este uno de los valores primordiales dentro de una comunidad moral que actúa y construye sus relaciones dentro de los parámetros del Estado constitucional.”

Como podemos observar, la Corte Constitucional en 2010, en este importante pronunciamiento, adopta una posición utilitarista, pues al reconocer a los animales como seres sentientes, existe una obligación constitucional de prohibir su maltrato, pero la Corte Constitucional en ningún momento, nos habla de reconocer derechos en favor de los animales, sino de establecer unos límites y deberes a los humanos en el uso de los mismos.

Para el CEC existe una incongruencia al protegerse a algunos animales en el ordenamiento jurídico colombiano (como por ejemplo con la prohibición de la utilización de animales silvestres en los circos, y de las peleas de perros), permitiéndose al mismo tiempo otros tratos crueles, como sucede con animales utilizados en espectáculos tales como las corridas de toros, el rejoneo, las becerradas, y las peleas de gallos. Para el CEC no hay duda de que es tanto inconstitucional e ilegal una actividad circense como una taurina, en la que se somete al maltrato, a la crueldad y a la humillación al animal.

En éste punto coincidimos con el CEC en que existe una incongruencia al prohibir algunos espectáculos con animales y permitir otros, pues en todos ellos se produce sufrimiento animal, que es la razón que lleva al legislador a prohibir este tipo de conductas. Esta incongruencia suele ser justificada por sus defensores por intereses económicos o por considerarlas tradición y cultura. Al respecto, simplemente comentar que para nosotros no existe justificación alguna, desde un punto de vista ético, para mantener espectáculos que suponen sufrimiento y tortura animal. Más aún si tenemos en cuenta que los mismos no son importantes o cruciales para la vida de los colombianos, pues la mayoría de la sociedad ni siquiera participa o se interesa de ellos, poniendo en tela de juicio su carácter tradicional o integral de la cultura colombiana. Destacamos de la Sentencia del CEC, en concordancia con lo dicho, que dicha Corporación se niega a que los espectáculos con animales se integren en el

patrimonio cultural de la humanidad, y lo hace con la siguiente frase crítica: “porque de avalarse esta perspectiva no habría diferencia alguna entre “la noche estrellada” de Van Gogh y una temporada taurina en una plaza de toros.” Esta frase precede a un párrafo con afirmaciones muy importantes respecto a la posición del CEC en lo que refiere a los espectáculos con animales, que consideramos de vital importancia citar a continuación:

“Es necesario que la humanidad cambie de paradigma en su visión con los animales, de tal forma que al igual que hoy no es permitida la esclavitud, el racismo, las olimpiadas en el imponente Coliseo Romano, etc., tampoco se permita someter a los animales –seres con sistemas nerviosos altamente desarrollados, similares en muchos eventos al de los humanos– a espectáculos en los que el humano satisface sus necesidades más primarias, y retorna a ese estado de naturaleza del que hablaba Hobbes en su Leviatan, al ver y disfrutar con el sufrimiento y sacrificio de seres animados capaces de experimentar placer, sufrimiento y lealtad.”

El CEC, al oponerse a la realización de cualquier actividad que suponga tratos crueles para animales, concluye que debe darse un cambio de paradigma similar al que ocurrió frente a la esclavitud y el racismo, con una visión global de la problemática, pues se dirige a toda la humanidad. Se puede afirmar entonces que el CEC asimila el especismo, como discriminación de otras especies animales, al racismo y la esclavitud. Hemos de resaltar en este punto, que lo anterior lo hace dejando por fuera y de manera innecesaria al sexismo, que también ha sido una forma de discriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, estamos ante una postura utilitarista, pues lo que afirma el CEC es que los animales deben ser incluidos en el círculo de la moral, porque sufren dolor, al hacer referencia a los sistemas nerviosos de ellos.

De esta forma termina el CEC su sintético análisis, filosófico-jurídico, para, no sólo posicionarse a favor de los derechos de los animales, sino para afirmar que en Colombia existe un reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos directos y autónomos a favor de los animales y las especies vegetales, pues considera que el literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, anteriormente citado, reconoce no sólo la existencia de varios derechos colectivos, sino también garantías y valores

propios de las especies animales y vegetales. Así como también lo hace la Ley 1638 de 2013⁶⁰⁴ que prohíbe en Colombia el uso de animales silvestres en circos o espectáculos circenses. Según el Consejo de Estado, con dicha prohibición, el legislador está otorgando derechos a “seres vivos distintos al ser humano, de manera concreta, los derechos a no ser maltratados y a no vivir en condiciones precarias”. Concluyendo que para la Ley colombiana “los animales y las especies vegetales (v.gr. los bosques, la Amazonía, los páramos, las fuentes y recursos hídricos, etc.) son sujetos de derechos y, por lo tanto, a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades, sin que se pueda afirmar que se trata de un derecho colectivo – subjetivo perteneciente a la sociedad; por el contrario, se trata del reconocimiento expreso por parte del Constituyente y del legislador colombiano de atribuir valor en sí mismos a los animales y a las especies vegetales, para lo cual, en cada caso concreto, el juez deberá elaborar un juicio de ponderación o proporcionalidad entre los intereses en pugna u oposición. En otros términos, no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos.” No obstante lo anterior, afirma que los seres humanos necesitan o requieren de otros animales para la supervivencia, así como de la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, “para garantizar el desarrollo sostenible de la población”.

El CEC afirma que de esta manera se acoge al concepto de utilitarismo, no reconociendo dignidad a los animales y a los seres vivos, pero sí un valor intrínseco a los mismos, tan elevado que es posible garantizar y proteger sus derechos a través de las acciones populares. No reconoce dignidad a los animales y a las especies vegetales, pues considera que de hacerlo, impediría a los humanos servirse de ellos para su supervivencia, para su compañía, para investigación, en actividades laborales o recreativas. Es decir, que los humanos sí pueden usar a los animales, “pero sin vulnerar los derechos que les asisten, en especial de no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor

⁶⁰⁴ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1329.pdf>

y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado, etc.”

Desde nuestro punto de vista, el CEC cae en un error al afirmar que la legislación colombiana reconoce derechos a los animales, y que el legislador colombiano ya ha considerado a los animales como sujetos de derechos, protegibles a través de la acción popular, aludiendo a dos leyes, a saber: la Ley que reglamenta la acción popular, y aquélla que establece la prohibición de utilización de animales silvestres en los circos. La primera de ellas es una disposición ambientalista, cuyo espíritu se basa en la protección del ecosistema, de los recursos naturales y de las especies, enmarcándose dentro del sistema de Derecho Ambiental colombiano, que nace con la expedición del Código de Recursos Naturales Renovables de 1974 y que, lejos de considerar al ambiente y a los animales como individuos susceptibles de ser sujetos de derechos, resalta la importancia de protección del medio ambiente desde un punto de vista antropocéntrico, pues el derecho a disfrutar de un ambiente sano radica en los seres humanos, tanto actuales, como futuros. Por su parte, la Ley que prohíbe el uso de animales silvestres en los circos, Ley 1638 de 2013, lejos de establecer el derecho a la vida, a la libertad o a no ser maltratados en cabeza de los animales, en éste caso, de los animales silvestres, lo que hace, es limitar la propiedad que pueda existir sobre los mismos, prohibiendo su uso en espectáculos de circos.

Debemos tener muy presente que la fundamentación jurídica de la existencia de derechos de los animales se apoya en el hecho de que los mismos no son cosas y, por lo tanto, no deben ser considerados por el Derecho como objetos susceptibles de apropiación, sino que son seres sentientes, con intereses propios y con necesidades físicas y psicológicas básicas, titulares de los derechos de protección de dichas necesidades, ante un posible daño. Así las cosas, y contrario a lo que ha considerado el Consejo de Estado, para que los animales puedan ser sujetos de derecho, debe antes que nada modificarse el artículo 655 del Código Civil Colombiano (COLCC) que incluye a los animales dentro de la clasificación de las cosas muebles, indicando:

“Art. 655. <MUEBLES> Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se

llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.”⁶⁰⁵

De esta manera, mientras los animales estén sujetos a los mismos principios y a las mismas normas de los bienes muebles, aunque haya limitaciones por leyes de protección animal, no es posible afirmar que son sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo que han hecho hasta el momento las diferentes leyes de protección animal en Colombia, como la Ley 84 de 1989, por medio de la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Protección de los Animales (ENPA), o la de prohibición de animales silvestres en los circos, es establecer deberes en cabeza de los particulares y del Estado, para con los animales, así como limitaciones en el uso o propiedad de los mismos.

Además de lo anterior, nos parece contradictorio por parte del Consejo de Estado no reconocer dignidad a los animales, aceptando que pueden ser usados por los humanos, pero al mismo tiempo considerar que son sujetos de derechos, pues aquella posición filosófica-jurídica, que aboga por otorgar derechos a favor de los animales parte de concebir al animal como un individuo con autonomía, intereses y valor intrínseco, es decir, el animal es un fin en sí mismo. En este sentido, no sólo se trata de que no sufra, sino que hay que proteger su integridad partiendo de la base, precisamente, de que tienen dignidad.

h. Solución del caso en concreto por el Consejo de Estado

Una vez realiza el recuento probatorio del expediente, el Consejo de Estado aprecia la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, pero va más allá, y afirma que se han vulnerado los derechos de los animales, en el caso concreto, el derecho de los primates de la especie *Aotus vociferans*, que se asientan en territorio colombiano, entre otras razones, porque: “se ha entregado una habilitación a una fundación de carácter particular para emplear un recurso natural renovable, sin

⁶⁰⁵ COLCC., Art. 655

que se cuente con la información necesaria para establecer lo siguiente: i) qué número máximo de animales puede ser empleado en la labor investigativa, ii) qué número total de población de aotus vociferans existe en la zona donde se llevan a cabo las actividades científicas, iii) si la capacitación que adelanta la FIDIC a los habitantes, pobladores o indígenas de la zona para la recolección de los especímenes es la adecuada, iv) en qué condiciones físicas son liberados los primates después de su estadía en el laboratorio, v) si se cumple o no con la obligación de repoblación de la especie”.

Sobre la consideración de los derechos a favor de los animales en el ordenamiento jurídico colombiano, ya nos hemos referido en el apartado anterior, pero es interesante resaltar que el CEC no dice nada sobre la especie no autóctona, la AN, sin explicar muy bien el por qué de su exclusión como posibles sujetos de derechos.

Lo que resulta muy importante es que el CEC pone de manifiesto el desconocimiento por parte de las autoridades administrativas y de la FIDIC de las normas que regulan la materia, concretamente lo que regula la tasa de repoblación, el fundamento técnico exigido para determinar el número de animales que pueden ser objeto de caza científica, la necesidad o no de establecer un zocriadero, la obligación de constituir un comité de ética por parte de la FIDIC y todas las condiciones que sobre el comercio de especies incluidas en sus apéndices, exige el CITES⁶⁰⁶. La tasa de repoblación se regula en el Decreto 1806 de 1974, que reglamentó el Código Nacional de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974). Sobre el particular, el Decreto 1806 de 1974 determina que los titulares de permiso de caza científica deberán pagar una tasa de repoblación, con el fin de asumir los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales y también establece la obligación general de establecer zocriaderos.

Por su parte, es en el artículo 26 del ENPA donde se consagra la obligación de establecer un comité de ética. Pero el ENPA establece, además, las siguientes disposiciones sobre la experimentación con animales:

⁶⁰⁶ <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/690.pdf>

“Artículo 23. Los experimentos que se lleven a cabo con animales vivos, se realizarán únicamente con autorización previa del Ministerio de Salud Pública y sólo cuando tales actos sean imprescindibles para el estudio y avance de la ciencia, siempre y cuando esté demostrado:

“a) Que los resultados experimentales no puedan obtenerse por otros procedimientos o alternativas;

“b) Que las experiencias son necesarias para el control, prevención, el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades que afecten al hombre o al animal;

“c) Que los experimentos no puedan ser sustituidos por cultivo de tejidos, modos computarizados, dibujos, películas, fotografías, video u otros procedimientos análogos.

“Artículo 25. “También se prohíbe el uso de animales vivos en los siguientes casos expresamente:

“a) Cuando los resultados del experimento son conocidos con anterioridad; b) Cuando el experimento no tiene un fin científico y especialmente cuando está orientado hacia una actividad comercial;

“c) Realizar experimentos con animales vivos de grado superior en la escala zoológica al indispensable, según la naturaleza de la experiencia.”

Además de las ilegalidades que encontró el CEC en la Sentencia, sobre la procedencia, la eficacia, la posibilidad de obtener resultados por otros medios, que establece el ENPA, en los artículos citados, y que regulan la experimentación con animales, nosotros encontramos también razones suficientes para afirmar que dichas disposiciones han sido ignoradas.

La malaria, es la enfermedad parasitaria que más afecta a los seres humanos, es la más mortal. Se transmite en 108 países, habitados por aproximadamente 3 mil millones de personas, y en 2010 causó un estimado de 216 millones de casos y de 655.000 muertes.⁶⁰⁷ La enfermedad sigue siendo endémica en países cálidos y en vías

⁶⁰⁷ WHITE, N.J., PUKRITTAYAKAMEE, S., HIEN, T.T., FAIZ, M.A., MOKUOLU, O.A., DONDORP, A.M., *Malaria*, en, *The Lancet* (August 2013)

de desarrollo. En África ocurren el 90% de las muertes, y en algunas partes de dicho continente la enfermedad es tan común, que para eliminarla, se requeriría “*more than a 99% reduction in transmission rate.*”⁶⁰⁸ A pesar de que Patarroyo manifestara en una entrevista al diario el Espectador en julio de 2012 que: “*La vacuna para monos teníamos planeado terminarla a finales de este año o principios del que viene y como los monos tienen un sistema idéntico a los humanos, en estos estaría como un tiro*”⁶⁰⁹, según la ambientalista demandante en el proceso, hasta el momento Patarroyo ha logrado elaborar una vacuna sintética contra la malaria que sólo es efectiva en un 30 ó 40 por ciento de los primates en los que la ha probado, en el mejor de los casos.⁶¹⁰

Encontrar una vacuna contra la malaria ha sido un gran objetivo de la investigación científica durante más de cien años en todo el mundo. El parásito *Plasmodium* definitivamente no ha sido fácil de atacar y los investigadores han venido probando una amplia gama de tácticas para neutralizarlo, tanto en los humanos, como en los mosquitos que lo transmiten⁶¹¹. Y se ha llegado a la conclusión de que cualquier estrategia exitosa para erradicar la malaria tendrá que incluir un control sobre los mosquitos, es decir, intentar prevenir que éstos transmitan el parásito de la malaria a los humanos.⁶¹²

Michelle GRAYSON, manifestó en un artículo de 2012, publicado en Nature, que: “*by far the greatest challenge is not in the lab; it is on the ground in endemic countries. It concerns access to care, encompassing education about malaria, availability of Acts, infrastructure, presence of healthcare workers and government support. And in a country like Uganda, as our reporter Amy Maxmen found when she visited — these are in short supply*”⁶¹³

⁶⁰⁸ GRAYSON, M., *Malaria*, en, Nature 484 (2012)

⁶⁰⁹ <http://www.elespectador.com/noticias/salud/justicia-prohibe-cientifico-patarroyo-usar-monos-su-vac-articulo-359885>

⁶¹⁰ <http://lasillavacia.com/historia/la-historia-detras-del-lío-de-los-micos-de-patarroyo-34736>

⁶¹¹ DEWEERDT, S., *Vaccines: the take-home lesson*, en, Nature 484 (2012)

⁶¹² GRAVITZ, L., *Vector control: The last bite*, en, Nature 484 (2012)

⁶¹³ GRAYSON., M.

Patarroyo no ha demostrado alternativas a su experimentación, simplemente se ha dedicado a captar primates para investigar con ellos, vulnerando claramente la disposición consagrada en el literal c del artículo 25 del ENPA, que consagra la prohibición de realizar experimentos con animales vivos de grado superior en la escala zoológica al indispensable, según la naturaleza de la experiencia. Desde nuestro punto de vista, no era indispensable la utilización de primates para esos experimentos. Nos parece también un exceso la cantidad de animales utilizados. El permiso otorgado por CORPOAMAZONÍA era de unos 800 primates en promedio, pero según ha quedado demostrado, esa cifra se superaba cada año.

El CEC, resalta que al haberse introducido otras especies extranjeras al territorio nacional con desconocimiento e inobservancia de las normas que regulan la materia, de manera concreta, la convención CITES, se ha producido una transgresión a la moralidad administrativa así como por la inactividad de la administración, a lo largo de todo el proceso, haciendo énfasis en que la FIDIC ha utilizado, además, una especie de la cual no tenía permiso (AN).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el CEC anula los actos administrativos que otorgaron permiso de captura y caza a la FIDIC, para disponer la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución, así como la conservación y protección de las especies animales y vegetales, contenidos en los literales b) y c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998. El CEC dispuso además la creación de un comité de verificación que garantice el cumplimiento de la sentencia.

i. Conclusiones a esta Sentencia

1. Aplaudimos el fallo del CEC, en el sentido en el que se anulan los permisos que originaron la captura de miles de primates en la Amazonía, a los que se les inoculó malaria, y que fueron sometidos a experimentos, y procedimientos que ignoraron la normativa vigente de protección animal en Colombia, sin resultados significativos, y objeto de un tráfico ilegal de especies.

2. La efectiva protección de los intereses de los animales, se produce en Colombia, a día de hoy, gracias a la acción popular. Los tribunales colombianos, han entendido, que al ser los animales, parte del concepto de medio ambiente, se les aplica las mismas disposiciones legales, que a los demás recursos naturales. Lo anterior, sin embargo, lo que deja latente, es la falta de acciones y de efectividad de las normas de protección animal que ya existen en Colombia, puesto que es una acción concebida para la protección de un derecho colectivo, como es el del medio ambiente sano, la única herramienta para su aplicación.
3. El espíritu de las normas medioambientales, no siempre coincidirá, con el interés de un animal en particular, concebido el mismo como un individuo, como un ser sentiente, con intereses. Por lo que el desarrollo de la normativa de protección animal, debe darse, de forma independiente, a la normativa ambiental. Estamos hablando de una rama emergente del Derecho, que aunque comparta muchos de los principios del Derecho Ambiental, es independiente, pues trata temas diferentes. Para el Derecho animal, cada ser importa, mientras que para el Derecho ambiental, lo importante son las especies.
4. No podemos hablar de que en el ordenamiento jurídico colombiano los animales sean sujetos de derechos. Por el contrario, aún son considerados como bienes muebles, y se les aplica las mismas normas. Lo que existe, son algunas normas de protección de los animales, como el ENPA, y la prohibición de utilización de animales silvestres en los circos, que establece límites a la propiedad y al uso que el hombre puede hacer de los animales, así como deberes para con ellos. En este punto, consideramos de vital importancia, la modificación de la legislación civil, para considerar a los animales como seres sentientes, y dejar de considerarlos como cosas, tal y como lo han hecho otros Códigos Civiles como el de Austria, Alemania, Suiza, República Checa y Cataluña.
5. Se viene produciendo un posicionamiento a favor de la protección animal, por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como la de la Corte Constitucional. Ambos tribunales reconocen a los animales como seres

sentientes y se preocupan por minimizar el sufrimiento causado a los mismos. Sería interesante, que la Corte Suprema de Justicia, en particular su sala civil, se pronunciara, acerca de la inclusión de los animales en la clasificación de las cosas que hace el Código Civil. En todo caso, el País parece ir avanzando, poco a poco, y gracias a los pronunciamientos judiciales, como en el estudiado, hacia un trato más ético y más proteccionista a favor de los animales.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN ARGENTINA

En Argentina, desde finales del siglo XIX, ha habido preocupación social por el trato hacia los animales. Lo anterior lo confirma, la consolidación de la Sociedad Argentina Protectora de Animales de (SAPA) en 1880. Como objetivos de la sociedad, se encontraban: “Prevenir la crueldad para con los animales. Propender por todos los medios posibles a la estimación y buen trato de los mismos. Estudiar los medios más adecuados para realizar los fines que se propone la Sociedad poniéndose de acuerdo con las autoridades competentes y en comunicación con las otras Sociedades ya establecidas en el extranjero. Estimular por medio de premios a los dueños de animales o encargados que se distinguen en su ciudad, como también a toda persona que coopere con los fines de esta asociación. Hacer todas las publicaciones que la Sociedad considere convenientes al logro de sus propósitos. La Sociedad pondrá todos los medios a su alcance para la fundación de una o más escuelas veterinarias que serán dirigidas por personas competentes en este ramo. Se ocupará especialmente de indicar los medios más adecuados para precaver los males que causen los animales dañinos y los insectos perjudiciales a la agricultura y ganadería”⁶¹⁴ La SAPA es la sociedad protectora de animales más antigua de Latinoamérica. La Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA) fundada en 1824, es la más antigua del mundo⁶¹⁵. Un tiempo después de su fundación, la SAPA designa como presidente de la misma, a Domingo Faustino Sarmiento, que será una figura muy importante en la promoción de legislación de protección animal en Argentina.

La república Argentina cuenta con una larga historia en lo que se refiere al movimiento proteccionista animal, y a las leyes de protección de los animales. De hecho, en Argentina existe desde el año 1954 una ley penal de protección a los animales, y en la ciudad de Buenos Aires, desde 1910 está prohibido el tiro al pichón o a la paloma, y la exhibición cinematográfica de escenas de violencia para con los animales. Probablemente es en la ciudad de Buenos Aires, en dónde se han producido los avances más importantes en el tema en toda la región. A partir de 1996, cuando

⁶¹⁴ URICH, S., *Los perritos bandidos: La protección de animales de la Ley Sarmiento a la Ley Perón* (Buenos Aires 2013) 19-20

⁶¹⁵ <http://www.rspca.org.uk/home>

Buenos Aires se convierte en Ciudad Autónoma, se incluye en su Constitución una norma que promueve la protección de la fauna urbana, que veremos más adelante.

A. Constitución Argentina de 1994. La protección del medio ambiente.

Dentro de la Constitución Argentina no se hace mención expresa a los animales. Sin embargo, como veremos más adelante, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sí que se hace. Por otro lado, en Argentina, se promulgaron leyes de protección animal, mucho antes del surgimiento del derecho medioambiental.

Dentro de la Constitución Argentina, de 1994, los animales se entienden incluidos dentro del concepto de medio ambiente, así como dentro del concepto de patrimonio natural y evidentemente dentro del concepto de diversidad biológica. A pesar de que cuando hablamos del derecho a un ambiente sano, estemos hablando de un derecho que está en cabeza de los seres humanos, es gracias a la efectiva protección de dicho derecho dónde se establece una protección hacia los animales, como elemento del medio ambiente, probablemente no desde un punto de vista individual, pero sí desde una perspectiva de especie y del ecosistema, para el disfrute del mismo por las generaciones futuras.

Por eso, no obstante el derecho medioambiental protege de alguna manera los intereses de los animales como especie, no es suficiente en lo que respecta a la protección de los animales considerados como individuos, como fines en sí mismos aunque abogue por una protección de su entorno y de su ecosistema, el cual, vale la pena decir, comparte con nosotros. En este sentido, el medio ambiente, es aquel que compartimos con los animales, y al ser beneficioso para nosotros su protección, lo es de igual forma para ellos.

Hecha ésta salvedad, consideramos de vital importancia mencionar el derecho medioambiental en Argentina, pues es a raíz de dichas normas, en dónde se encuentran muchos medios y argumentos de protección hacia los animales, que evidentemente se han visto incluidos dentro de ésta normativa, al entenderse a los mismos, como un elemento del medio ambiente.

La Constitución de la Nación de Argentina (CNA) vigente desde el 22 de agosto de 1994, incorpora la protección ambiental desde varias perspectivas. El artículo 41 de la Constitución Argentina señala lo siguiente:

“(…) 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 complementarias, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos (...)”⁶¹⁶

En primer lugar, el artículo 41 adopta, en un solo texto, una fórmula similar a la que empleó Colombia en sus artículos 8º (patrimonio cultural y natural), 67 (educación ambiental), 79 (ambiente sano y diversidad), 8º (desarrollo sostenible) y 81 (residuos peligrosos), entre otros. Debe destacarse el carácter prioritario que trae la norma constitucional sobre la obligación de recomponer el daño ambiental. La consagración del derecho a un ambiente sano del artículo 41 de la CNA, contiene además, la fórmula de ser equilibrado y apto para el desarrollo humano. Se establece además una relación de conexión entre los conceptos de derecho a un ambiente sano, con el de desarrollo sostenible. Se señala, en efecto, que todos los habitantes gozan del mencionado derecho, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

Por otro lado, este artículo incluye un listado de obligaciones que tienen las autoridades y que guardan relación directa con el derecho que estamos estudiando. Se dice que deben proveer a la protección del derecho, a la utilización racional de los

⁶¹⁶ CNA., Art. 41 (Buenos Aires 1994)

recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica, a la información y a la educación ambiental.

Debe destacarse que en los términos del artículo 41 de la CNA, corresponde a la Nación dictar las normas que deben contener los presupuestos mínimos de protección del derecho a un ambiente sano, así como corresponde a la provincias a dictar las normas necesarias para complementarlas, sobre la base de un respeto profundo a las jurisdicciones locales.

Concluye el artículo 41 prohibiendo el ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos, al estilo del artículo 81 de la Constitución Política de Colombia.

En relación con el artículo 41, BIDART CAMPOS sostiene que se trata de una norma nueva, “que da acogida a una materia susceptible de ubicarse por igual en dos ámbitos: en el de los derechos de tercera generación y en el de los llamados “intereses difusos” o “intereses colectivos” o “intereses de pertenencia difusa”⁶¹⁷.

Para MENÉNDEZ, el artículo 41 de la CNA integra la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. El objetivo explícito del constituyente argentino, resalta este autor, “ha sido el de sostener la vida de las generaciones presentes y futuras, apelando para ello al criterio de utilización racional de los recursos naturales”.⁶¹⁸

Este parámetro debe ser tenido en cuenta, también, como un límite apropiado y razonable de la actividad productiva, incluyendo la que usa a los animales, en un contexto que valore el desarrollo económico como llave del progreso de los pueblos.

Como lo reconoce DUGO, la existencia de 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 “es un derecho fundamental que la Constitución argentina, reformada en 1994, reconoce

⁶¹⁷ BIDART CAMPOS., G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino, la reforma constitucional de 1994*. (Buenos Aires 1995) 296

⁶¹⁸ MENÉNDEZ, A., *La Constitución Nacional y el medio ambiente* (Mendoza 2000)

expresamente. Este reconocimiento lleva a su inmediata consecuencia, esto es que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”⁶¹⁹. Tanto por disposición constitucional como por otras normas de inferior jerarquía, dictadas antes y después de aquella reforma de 1994, señala DUGO que el derecho argentino prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa por daños al medio ambiente.

En segundo lugar, la Constitución Política de la República Argentina consagra en su artículo 43 la acción de amparo, y dispone expresamente en su inciso segundo, que es un instrumento idóneo para “los derechos que protegen el ambiente”⁶²⁰. Están facultadas para interponer esta acción todas las personas, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo; y va dirigida contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en un tratado o en una ley. En este artículo 43 se faculta al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, para que puedan interponer esta acción de amparo, pero respecto de estas últimas dispone que deben estar registradas conforme a la ley, la que a su vez determinará los requisitos y formas de su organización.

En materia de atribuciones de contenido ambiental del ente legislativo argentino, los numerales 17 y 18 del artículo 75 constitucional, señalan que le corresponde, por un lado “asegurar la participación de las comunidades en la gestión referida a sus recursos naturales”⁶²¹ y por otro lado, proveer lo necesario “para la colonización de las tierras y la exploración de los ríos interiores”⁶²²

La primera norma va en la dirección de garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que tienen que ver con la gestión de recursos naturales. Sobre la segunda norma, entendemos que se establece, para fomentar la

⁶¹⁹ DUGO, S., “La justicia ambiental en Argentina”, en, *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina* (México 2000) 99

⁶²⁰ CNA., Art. 43 (Buenos Aires 1994)

⁶²¹ CNA., Art. 75 Num 17

⁶²² CNA., Art. 75 Num 18

actividad productiva de las tierras, así como la comercial e investigativa sobre los ríos que se encuentran dentro del territorio argentino.

Por último, el artículo 124 señala que las provincias tienen el dominio originario sobre los recursos naturales que se encuentren ubicados en su territorio.

B. Ley 2786 (25 de julio de 1891)

La Sociedad Argentina Protectora de Animales (SAPA) presentó en la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación, en agosto de 1884, un proyecto de ley que declaraba punibles los malos tratos hacia los animales e imponía penas a sus autores; castigaba a quienes no proporcionaran alimento o agua a los animales transportados; establecía la cooperación de la policía con la Sociedad Protectora para el cumplimiento de las disposiciones legales y disponía que las municipalidades reglamentaran la ley. La reiterada presión de Sarmiento, Presidente de la SAPA, así como de la sociedad, lograron que el proyecto se tratara en el Senado en la sesión del 10 de septiembre de 1885.⁶²³ El proyecto de Ley tuvo sus opositores en el Senado, como fue el caso del senador BAIBENE, que manifestó en su intervención:

“La cría de ganado es la principal industria y como muchos ganados son salvajes, para someterlos al yugo y al servicio de sus dueños, es preciso maltratarlos. Nuestros potros son indómitos salvajes y es imposible formarlos sin incurrir en las penas más severas que las leyes protectoras de animales establecen en Europa. No es posible ejercer la industria saladeril sin incurrir en las mismas penas porque nuestro ganado vacuno –que no ha sido criado en los establos- es igualmente bravío y para llevarlo al redil o conducirlo al matadero es necesario maltratarlo. Las disposiciones sobre la obligatoriedad de dar de beber y proveer de heno al ganado que ha de transportarse no tienen objeto ya que el no hacerlo va en contra de los propios intereses de sus dueños. Por las razones mencionadas la policía de nuestra dilatada campiña encontraría ocasión a cada momento para imponer multas a estancieros.

⁶²³ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 53

Podría correrse el peligro de que éstos pasaran a vivir de las multas que impusieran a los que tienen ganados.”⁶²⁴

El proyecto fue olvidado y tuvieron que pasar varios años para que volviera a considerarse. En 1891, el diputado Osvaldo Magnasco expresó la necesidad de sancionar una ley protectora de los animales:

“Sólo las personas son susceptibles de disponer de esas facultades que se constituyen en derechos pero es menester reconocer como limitaciones indispensables al ejercicio de la libertad general que los actos de crueldad para con los animales no pueden ser permitidos bajo concepto alguno (...) El concepto filosófico del derecho no es más que su concepto moral y, en este sentido, forzoso es reconocer que un acto de inútil barbarie con cualquier animal, es algo que nuestra misma ley superior prohíbe terminantemente. Todo es permitido, menos aquello que ofenda la moral...La civilización, que es perfeccionamiento de la vida interior, no es compatible con la barbarie para con los seres inferiores al hombre y la rechaza porque le repugna y la obstruye.”⁶²⁵

El 24 de julio, el proyecto llegó al Recinto para su tratamiento y el secretario de la Cámara de Diputados dio lectura al dictamen de la Comisión de Legislación:

“Podrán los agentes de protección incurrir en la exageración de su celo en pro de las bestias; pero el ridículo y la chacota torpe en contra de las inspiraciones tan altas como virtuosas que informan esta ley, no han de exhibirse en los elementos sanos, cultos e ilustrados de nuestra sociedad. Este proyecto es pues una necesidad y cree nuestra comisión que la Honorable Cámara debe aprobarlo en honor del país, de sus sentimientos y de su civilización.”⁶²⁶

Ignacio Lucas Albarracín, presidente de la SAPA, en ese momento, y después de la muerte de Sarmiento, había reformulado el proyecto para que la ley adoptara una forma menos casuística y, en lugar de tipificar delitos, considerara los malos tratos en general, luego de conocer la experiencia internacional: “Durante su estadía en

⁶²⁴ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 54

⁶²⁵ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 55

⁶²⁶ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 55

Inglaterra el fundador de la obra de protección a los animales de Norteamérica, Henry Bergh, observó las dificultades de la RSPCA para procurar la sanción de leyes prohibitivas de actos o formas de crueldad particulares. Así fue como se propuso gestionar para su país una ley general por la cual, sin descripción específica alguna, todos los actos y formas de crueldad con los animales fueran prohibidos. Esa ley dispuso que “toda personas que con su acción u omisión mate, mutile, hiera, lastime, torture o pegue cruelmente a cualquier caballo, mula, vaca, oveja u otro animal le pertenezca o no, probado que sea el hecho será juzgado de incurrir en delito”⁶²⁷

Los disputados reemplazaron del proyecto el término “prisión” por “arresto” y allí donde decía la “municipalidad reglamentará con ley” usaron la fórmula “dictará ordenanzas de conformidad con la ley.” El 25 de julio de 1891, los senadores aceptaron las modificaciones propuestas y el proyecto se convirtió en ley.⁶²⁸

La Ley 2786 de 25 de julio de 1891, fue precursora del proteccionismo animal, no solo en Argentina, sino en Latinoamérica. Fue sancionada, por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, tan solo 20 años después de la entrada en vigencia del Código Civil de Vélez. La Ley, que consta de 5 artículos, declara como acto punible el maltrato animal, estableciendo la pena de multa o de arresto a aquel que infrinja malos tratos a cualquier tipo de animal. Por otro lado, atribuye a las autoridades policiales, la obligación de prestar la cooperación necesaria para hacer cumplir las leyes en materia de protección de los animales, y le establece la competencia de los juicios y aplicación de las penas. La norma quedó redactada de la siguiente manera:

“Artículo 1. Declárase actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales, y las personas que los ejerciten sufrirán una multa de dos a cinco pesos, o en su defecto arresto, computándose dos pesos por cada día de arresto.

Artículo 2. En la Capital de la República y territorios nacionales, las autoridades policiales prestarán a la “Sociedad Argentina Protectora de los Animales” la

⁶²⁷ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 56

⁶²⁸ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 57

cooperación necesaria para hacer cumplir las leyes, reglamentos y ordenanzas dictadas o que se dicten en protección de los animales, siendo de la competencia de las mismas el juicio y aplicación de las penas en la forma en que lo hacen para las contravenciones policiales.

Artículo 3. El importe de las multas a que se refiere el art. 1 será destinado a las sociedades de beneficencia de cada localidad.

Artículo 4. Las Municipalidades de la Capital de la República y las de los Territorios Nacionales dictarán ordenanzas de conformidad a la presente Ley

Artículo 5. Comuníquese al Poder Ejecutivo.⁶²⁹

La Ley, que no estableció una definición de maltrato, no hace distinción sobre los animales, objeto de la protección, dejando en manos de regulaciones municipales, el desarrollo reglamentario de la Ley, tal y como se puede leer en su artículo 4. Sin embargo, durante la discusión de la Ley, MAGNASCO había definido al maltrato como “todo exceso contra el animal” e ilustró el espíritu de la norma con el siguiente relato: “Se había publicado en la ciudad de Bolonia un bando por el que se prohibía derramar sangre en la vía pública. Sucedió que habiendo sido acometido un individuo de una apoplejía fulminante, en la misma plaza pública, vino un barbero y tuvo que sangrarlo. Había pues derramado sangre y estaba, por consiguiente, dentro de la prohibición de la ley y no se la pudo aplicar sino restrictivamente, absolviendo, como era justo al sangrador. Es lo que va a suceder también aquí: que se aplicará del mismo modo; teniendo en cuenta no exclusivamente su letra sino preferentemente su espíritu.”⁶³⁰

Sin duda, es de vital importancia que se promulgara a finales del siglo XIX en Argentina, una ley de éste tipo. Hay una preocupación sobre el maltrato animal, que provoca la sanción de la Ley. Se entiende, que los animales no son cosas y que son susceptibles de sentir dolor, en caso contrario, no se expediría una ley en contra del maltrato animal. Así fue como se aprobó la Ley Nacional de Protección a los

⁶²⁹ Ley 2.786 de protección de animales. Buenos Aires, 25 de julio de 1891, No publicada en el Boletín Oficial. Disponible en:

<http://www.senasa.gov.ar/contenido.php?to=n&in=981&io=5882> Art. 1

⁶³⁰ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 56

Animales, número 2786, conocida en la Argentina como la “Ley Sarmiento”, en honor al que fuera presidente de la SAPA.⁶³¹

No obstante, como vimos, la ley solo tuvo el restringido alcance de la Capital Federal y de los territorios nacionales. URICH comenta: “En las siete décadas siguientes, las provincias prefirieron⁶³² renunciar a su facultad de adherir a la ley o de dictar normas semejantes para sancionar los actos de crueldad con lo que, paulatinamente, la Ley Sarmiento se fue convirtiendo en letra muerta”.

- Desarrollo posterior a la Ley 2786 de 1891

Tal y como vimos, la Ley 2786 establecía que la municipalidad de la Capital debería dictar ordenanzas de conformidad con la norma. El 22 de diciembre de 1891, se sancionó una ordenanza que castigaba con multas o arresto a quien hiciera víctima de malos tratos a los animales. La descripción de malos tratos se detallaba en veintinueve incisos tales como:

“- El tiro al pichón, a la paloma o a cualquier otro animal doméstico o silvestre; las corridas de toros o novillos – aunque fueran parodias-; las riñas de gallos, perros o gatos y las cinchadas en lugares públicos o privados. - La sobrecarga de caballos en el transporte de pasajeros, en carros y aun a lomo - El castigo “con ira” o “con furor” o mediante el uso de hierros, palos, cabos, especialmente en la cabeza, en los ijares o en las patas; herir intencionalmente a los animales y todo acto violento o maltrato que les causara padecimientos o sufrimientos innecesarios. - El exceso de trabajo; la falta de alimentos y agua; la privación de descanso, aire, luz y movimientos o la exigencia de trabajos que los animales no pudieran realizar sino a costa de padecimientos o castigos; hacer servir animales enfermos, heridos o flacos. - El transporte de animales en condiciones de hacinamiento o colgados en sentido inverso a su posición natural; el arreo de aves en bandadas por la vía pública y la conducción de un animal atado a la cola de otro. - La entrega de animales vivos para alimento de otros; desplumarlos vivos; causarles dolores innecesarios en la matanza de fábrica o consumo; engordar aves mecánicamente; dejar sin ordeñar las vacas de tambo por más de 24 horas. - El

⁶³¹ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 58

⁶³² URICH, S., *Los perritos bandidos*, 213

abandono de animales extenuados, enfermos o heridos sin suministrarles alimentos o lo que fuera “más humanitario”; no dar muerte instantánea, libre de sufrimientos prolongados a todo animal cuyo exterminio sea dispuesto por la autoridad. - Cualquier acto de crueldad con pájaros de canto o recreo.”⁶³³

La SAPA también logró el 19 de diciembre de 1910 prohibir la exhibición cinematográfica de corridas de toros, riñas de gallos y cualquier otro acto de crueldad contra los animales.⁶³⁴

El 18 de noviembre de 1912, la SAPA elevó al ministerio de Instrucción Pública un plan de Educación Humanitaria y solicitó su incorporación en los programas de estudios de las escuelas primarias: “En la educación humanitaria del niño está cifrada la felicidad del país. Si fuese universalmente adoptada, la pobreza, el crimen y la guerra disminuirían en gran escala”. El plan fue aceptado y para 1915 la escuela primaria incluía en la asignatura Animales de primer grado el objetivo de “formar en el niño hábitos de protección y piedad hacia los animales” y en tercer grado el de “cultivar en los niños sentimientos de piedad hacia los animales (...) El respeto y cuidado de los animales y la mención de las sociedades protectoras fue un contenido presente en los planes de estudio de la escuela primaria hasta la década de 1960”⁶³⁵.

C. Ley 14346 - Malos tratos y actos de crueldad a los animales, (Código Penal argentino)

Por mandato del Presidente Perón, Antonio Benítez elaboró un proyecto de ley de carácter penal y federal, contra el maltrato. Algunas provincias habían incluido figuras contravencionales para proteger a los animales en sus reglamentos o código de faltas. En la provincia de Santa Fe, el Código de Faltas sancionado en 1949 (Ley 3473) contenía en el artículo 111 denominado “Crueldad con los animales” que reprimía con multa al que cometiere “un acto de crueldad contra un animal o sin necesidad lo maltratare o le impeliere a fatigas manifiestamente excesivas”⁶³⁶ En la Provincia de Catamarca, el Código de Faltas se sancionó el 13 de agosto de 1953 (Ley 2425) y contenía dos artículos, el 131 y el 132, que con el título de “Faltas contra la

⁶³³ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 67-68

⁶³⁴ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 68

⁶³⁵ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 82

⁶³⁶ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 211

solidaridad y piedad sociales” reprimían con arresto o multa los actos de crueldad contra los animales vivos en experiencias científicas o didácticas.⁶³⁷

Al tratarse de un proyecto de carácter penal, se incluiría en el Código Penal, tornando dicha disposición, aplicable en todo el territorio argentino. El 29 de septiembre de 1953 el proyecto fue presentado ante el parlamento, en donde se realizaron algunas modificaciones, tales como la eliminación de un artículo que establecía que las organizaciones protectoras velarían honorariamente por el cumplimiento de la ley y el que tipificaba como delito el tiro deportivo con animales.⁶³⁸

Durante la discusión del proyecto el Diputado Raúl Bustos Fierro, manifestó: “Queremos sentar un principio general sobre la materia, afirmar una política de Estado sobre este particular y declarar la voluntad legislativa de que ese tipo de actos constituye un delito en el sentido del derecho penal”⁶³⁹.

El proyecto había sido organizado en tres artículos, el primero de los cuales imputaba los malos tratos y los actos de crueldad en la categoría de delitos y establecía prisión de quince días hasta un año como sanción. En el texto original de Benítez la pena máxima llegaba a los tres años con posibilidad de incrementarla en el caso de reincidencia, pero se la redujo a un año con el fin de equipararla al artículo 183 del Código Penal que sancionaba con ese máximo “a los autores de daños a las cosa muebles, inmuebles y animales”.⁶⁴⁰

Dentro del Debate del proyecto, se trató un tema muy interesante: el sujeto pasivo del tipo de maltrato. Al respecto el diputado Ventura González comentó en su momento: “Me parece conveniente a los fines de la ulterior interpretación que deba hacerse de esta ley decir algunas palabras sobre el problema relativo al sujeto pasivo dentro del proyecto que estamos considerando. (...) ¿Quién es el sujeto pasivo de este delito? Indudablemente, en estos casos el sujeto pasivo es la colectividad y el bien

⁶³⁷ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 211

⁶³⁸ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 211

⁶³⁹ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 212

⁶⁴⁰ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 212

jurídico que se lesiona con el hecho delictuoso es el sentimiento respecto a los muertos”.⁶⁴¹

Y sobre los motivos para legislar al maltrato animal, como delito y no como falta: “Nadie puede discutir que el delito de malos tratos o actos de crueldad significa un ataque a fondo a sentimientos tan poderosos como los que existen en la colectividad, en las conciencias sanas, respecto de los animales. Es el motivo fundamental para considerar estos hechos como delitos”⁶⁴²

La Ley 14346, fue sancionada el 27 de septiembre de 1954, incluida en el código penal argentino, estableció penas contra los malos tratos y los actos de crueldad hacia los animales. Actualmente está vigente y es de aplicación en todo el territorio de la República Argentina. En su artículo primero se lee:

“Artículo 1. Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.”⁶⁴³

Como podemos observar, se incluyen a todos los animales, dentro del objeto de protección, aunque en el momento de tipificar las conductas, se concretan los diferentes animales, sobre los cuales, se penaliza el maltrato o la crueldad. Se establece, como conducta punible, los malos tratos o los actos de crueldad. En sus artículo dos, y tres, se consagra lo que se entiende por actos de maltrato y actos de crueldad, respectivamente, aunque, la pena, tanto para unos como para otros, es la misma, es decir, la de prisión de quince días a un año que establece el artículo 1. Según el artículo 2 de la Ley, son actos de maltrato:

“1. No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos; 2. Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; 3. Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas; 4. Emplearlos en el trabajo cuando

⁶⁴¹ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 214

⁶⁴² URICH, S., *Los perritos bandidos*, 215

⁶⁴³ Ley 14346 de Malos tratos y actos de crueldad a los animales, del 27 de noviembre de 1954, publicada en el Boletín Oficial del 5 de noviembre de 1954.

no se hallen en estado físico adecuado; 5. Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos; 6. Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.⁶⁴⁴

El numeral primero del artículo citado, establece que se considerará maltrato, no brindarles alimento en cantidad y calidad suficiente a los animales que se encuentren bajo el cuidado de determinada persona. Es sin duda una disposición bienestarista, que castiga, como delito, la omisión de un cuidado mínimo de los animales. Es de vital importancia, que desde 1954 se considera en Argentina, que dicha conducta supone como tal un maltrato animal. No se exige en ninguna parte, intención de hacer daño al animal, sino una simple omisión, en el cuidado mínimo del animal que se encuentre bajo nuestro cuidado. Los numerales 2, 3, 4, y 6, hacen referencia directa a aquellos animales utilizados para el trabajo, o el transporte. Se castiga el uso de los animales sin proporcionales un descanso adecuado (numeral 3) o aquel que les produzca un castigo innecesario, o sensaciones dolorosas o un simple empleo de los animales cuando no se hallen en estado físico adecuado. Sobre el uso de animales como medio de tracción, se establece en el numeral 6, que se castigará como delito, el empleo de animales para tal fin, si se excede notoriamente de sus fuerzas.

La Ley que estudiamos, en su artículo 3, establece como actos de crueldad:

“1. Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello; 2. Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad. 3. Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada; 4. Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia; 5. Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones; 6. Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente

⁶⁴⁴ Ley 14346, Artículo 2.

establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato; 7. Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causándoles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por el solo espíritu de perversidad. 8. Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias en que se mate, hiera u hostilice a los animales.”⁶⁴⁵

De esta manera, y desde 1954, está prohibido en todo el territorio de la República Argentina, las corridas de toros o espectáculos en los que se mate o hieran animales, se prohíbe la experimentación con animales de grado superior en la escala zoológica, y sobre cualquier animal si los fines de la misma no son científicamente demostrables o sin autorización debida. De la misma manera, está sancionada como delito, la mutilación de animales e intervenir animales sin título de médico o veterinario y sin anestesia, entre otras conductas.

Al estar incluidas éstas conductas dentro del código penal, se les otorga un valor muy alto y su procedimiento sancionatorio, estaría cubierto por las autoridades penales del País.

El Código Penal argentino (CPNA), incluye además, un delito de daños en su artículo 183. El objeto material del delito son las cosas muebles o inmuebles ajenas. Se incluyen asimismo, las cosas perdidas, pero se deja por fuera la cosa sin dueño y naturalmente, las cosas propias. En este artículo se incluyen a los animales, de la siguiente manera:

“Art. 183. Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado. En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.”⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ Ley 14346, Artículo 3.

⁶⁴⁶ CPNA., Ley 11.179, art. 183. Disponible en:

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Así las cosas, el artículo citado se aplicará, sobre los daños que se produzcan sobre animales de propiedad ajena, mas no sobre los propios. No se protege el interés del animal como tal, sino la propiedad que existe sobre él. Dañar un animal, implica un ataque a su integridad que produce unas consecuencias perjudiciales en su normal funcionamiento, así, no se exige la muerte del animal. Es una disposición pensada para proteger las cosas y como tal se encuentra dentro de los delitos que atentan contra el patrimonio ajeno. Es una figura subsidiaria ya que cada vez que sea utilizada para la comisión de otro delito, quedará subsumida en éste, siempre que el delito que la absorba sea más grave.

Por su parte el artículo 184 del Código Penal establece agravantes a la conducta anterior, dentro de las cuales resaltamos el numeral dos que dice:

“2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;”⁶⁴⁷

El numeral segundo, es un agravante, por que se repudian los medios y por el objeto dañado, entendiendo la infección o contagio como el medio repudiado, y se establece así, una sanción más alta si es producida sobre aves u otros animales domésticos.

El ordenamiento jurídico argentino, contiene unas leyes de protección animal, dirigidas sobre unas especies concretas. Así, podemos encontrar, la Ley nacional 23.094 de 1984 de Ballena Franca Austral, que establece en su artículo primero:

“**Artículo 1.** Declárase monumento natural, dentro de las aguas jurisdiccionales argentinas y sujeto a las normas establecidas por la Ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales 22.351, a la Ballena Franca Austral (*Eubalaena australis*)”⁶⁴⁸.

Por su parte, la Ley Nacional 25.052 de 1998, instauró la prohibición de cazar Orcas a través de redes o por el sistema de varamiento forzado, en todo el territorio

⁶⁴⁷ CPNA., Art. 184

⁶⁴⁸ Ley 23094 del 28 de septiembre de 1984, publicada en el Boletín Oficial de 2 de noviembre de 1984

nacional. Estipula una sanción de multa a ser aplicada a los infractores de dicha disposición, que se agrava, si se produce la muerte del animal.

En el mismo sentido, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina expidieron La ley nacional 25.577 en el año 2002, en dónde se estableció la prohibición de cazar cetáceos en todo el territorio nacional, de la siguiente manera:

“**Artículo 1.** Caza o captura intencional. Se prohíbe la caza total o captura intencional a través de redes, otras artes de pesca o por el sistema de varamiento forzado, de cualquiera de las especies de cetáceos que figuran en el listado que obra como Anexo I de la presente ley, en todo el territorio nacional, comprendiendo éste el mar territorial, la zona económica exclusiva y sus aguas interiores.”⁶⁴⁹

D. Algunas leyes provinciales de protección animal en Argentina.

1. La Ley 1194 de Conservación de Fauna Silvestre. (Provincia de la Pampa)

La Cámara de Diputados de la Provincia de la Pampa, sancionó en 1994, la Ley 1194 de Conservación de Fauna Silvestre. En ella se regula la caza, pesca y otras actividades realizadas sobre la fauna silvestre. En su artículo primero declara de interés público la conservación de la fauna silvestre, entendiéndolo como tal, su preservación, protección, propagación, reproducción y aprovechamiento racional. Dentro de la fauna silvestre, la ley entiende que se incluyen a los animales que viven libres e independientes del hombre, sean bravíos o salvajes, o domésticos que por cualquier circunstancia se han convertido en silvestres. En el artículo 4 de la Ley, se establece la siguiente disposición:

“**Artículo 4.** Los habitantes de la provincia tienen el deber de proteger la fauna silvestre y conservar sus ambientes conforme a las reglamentaciones que la autoridad de aplicación determine. Cuando el cumplimiento de este deber

⁶⁴⁹ Ley 25.577 del 11 de abril de 2002, publicada en el Boletín Oficial de 8 de mayo de 2002.

causare daños económicos o a la salud, los afectados deberán denunciarlo y dar participación a la autoridad de aplicación.”⁶⁵⁰

Establece de esta manera, un deber de los ciudadanos hacia los animales. Esta disposición nos aclara que no está reconociendo derechos en cabeza de los animales, pero sí que establece deberes sobre los ciudadanos, hacia los animales. En este caso, hacia la fauna silvestre.

2. La Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires

“¿Por qué no incluir la protección de los animales en la Constitución porteña?, se preguntó el doctor Roberto Echepare, del Club de Animales Felices”⁶⁵¹ La reforma de la Constitución Nacional de 1994 había otorgado a la ciudad de Buenos Aires la autonomía para elegir su intendente municipal y para dictar su propia Constitución. En el proceso de redacción del texto constitucional, se hizo llegar a los legisladores, por parte del CAF, la intención de consagrar en la Constitución, la protección de la vida y la salud de los animales. Raúl Zaffaroni, comentaba en su momento: “Hay una parte de la población que normalmente ridiculiza estas cosas. Desde mi punto de vista no es un tema tan menor y, de ningún punto de vista es un tema para ridiculizar. Creo que el respeto a todas las formas de vida con las cuales convivimos cotidianamente y evitar cualquier acto de crueldad contra cualquier ser vivo en una sociedad como la nuestra, es sumamente importante”⁶⁵²

En el Debate se comentó por parte de Antonio Brailovsky: “Agregamos en la Constitución, la protección de los animales domésticos mencionados como fauna urbana en un texto que llamó la atención de buena parte de la opinión pública. Proteger a los perritos es una actitud loable pero ¿acaso tiene rango constitucional? Si el objetivo de este inciso fueran los perros y los gatos, no debería estar aquí. Pero su objetivo es proteger a los seres humanos. Prevenir la crueldad con los animales es prevenir la violencia doméstica en sus fases iniciales, antes de que se descargue sobre los seres humanos más débiles”⁶⁵³ En éste punto, el Sr. Brailovsky, usaba como

⁶⁵⁰ Ley 1194 de 23 de noviembre de 1989. Disponible en:

<http://www.drn.lapampa.gov.ar/Legislacion/Pdf/Fauna/Leyes/LEY1194-89.pdf>

⁶⁵¹ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 348

⁶⁵² URICH, S., *Los perritos bandidos*, 348

⁶⁵³ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 349

argumento, para incluir dicho precepto en la Constitución de Buenos Aires, el hecho de que existe una relación, un vínculo, entre la violencia hacia los animales, con la violencia hacia otros seres humanos.

Por su parte, Jorge Castells expresó: “Este artículo debe ser operativo: a partir de la sanción de este Estatuto debe cesar la matanza indiscriminada de animales en el Instituto Pasteur. Porque esto no solo apunta a orientar una política: apunta también a terminar con una cruel realidad. Lamento que algunos se hayan burlado de este artículo, que lo hayan utilizado incluso para sacar provecho a favor de alguna práctica periodística, tendenciosa que, debo decir como representante del bloque justicialista, ningún favor nos hace. Por eso, reafirmo mi convicción. Agradezco a la comisión: sé que no ha sido fácil, en medio de los dardos que recibí, mantener esta norma. Estoy seguro de que hoy muchos de los animalitos que andan por las calles de Buenos Aires, de los que uno encuentra en la puerta de la casa acurrucados al llegar, nos están agradeciendo esta sanción.”⁶⁵⁴

Es así, como en 1996, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incluye en su Constitución una norma que promueve la protección de la fauna urbana y el respeto por su vida. El artículo quedó redactado de la siguiente manera.

“Artículo 27. “La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: 5: La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.”⁶⁵⁵

En primer lugar, hemos de decir, que dicha disposición se encuentra dentro del capítulo que regula las normas sobre el medio ambiente. La Constitución en su artículo precedente, ha considerado al ambiente como un patrimonio común, y ha establecido el derecho que tiene toda persona de gozar de un ambiente sano. No obstante,

⁶⁵⁴ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 350

⁶⁵⁵ CBA., Disponible en:

<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/institucional/constbsas/>

también ha establecido el deber de preservarlo y de defenderlo. De esta manera, vemos otra disposición, que incluye a los animales dentro del concepto de medio ambiente, como fauna. En el numeral 5 citado, se dispone que la vida de la fauna urbana debe respetarse. Asimismo, debe evitarse la crueldad, controlar su salubridad y controlar su reproducción con métodos éticos. Dentro del concepto de fauna urbana, debemos incluir, a todos aquellos animales, sean domésticos, domesticados o silvestres, que habitan en la ciudad de Buenos Aires. Ésta disposición, tiene como consecuencia, que toda legislación debe ajustarse a ese principio rector de proteger la vida y la salud de los animales. Al momento de la sanción, solo cuatro constituciones en el mundo abordaban una temática similar.⁶⁵⁶

3. Ley 13879/08 (Provincia de Buenos Aires)

La ley 13.879, que fue publicada en el Boletín Oficial bonaerense del 6 de noviembre de 2008, prohíbe la práctica de sacrificios de perros y gatos en todas las dependencias oficiales de todo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, condena "todos los actos que impliquen malos tratos o crueldad, en consonancia con la ley nacional 14.346"⁶⁵⁷.

Teniendo como norma superior a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si recordamos, en su artículo 27, numeral 5, se estableció que 5: "La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos."⁶⁵⁸ Con la Ley 13879 se establece una vía de la prevención, de la sobrepoblación de animales de compañía en las calles. Se considera entonces, que para la provincia de Buenos Aires, esterilizar es el medio más ético, para controlar la reproducción de la fauna urbana. En el artículo segundo de la Ley 13879 se consagra que es "objetivo de la presente ley que los municipios y comunas de la provincia logren alcanzar el equilibrio de la población de perros y gatos"⁶⁵⁹. Con esa finalidad, se establece la práctica de la esterilización

⁶⁵⁶ URICH, S., *Los perritos bandidos*, 350

⁶⁵⁷ Ley 13879 del 22 de octubre de 2008, publicada en el Boletín Oficial de 6 de noviembre de 2008, Art. 1

⁶⁵⁸ CBA., Art. 27, núm. 5

⁶⁵⁹ Ley 13879, Art. 2

quirúrgica como "único método para el control del crecimiento poblacional de perros y gatos"⁶⁶⁰ del territorio bonaerense.

Es evidente que la anterior disposición legal se produce, por la preocupación de que vivan perros y gatos en la calle. Dicha situación es una preocupación, tanto para los que les preocupa el bienestar de dichos animales, como para aquellos que lo consideran como un riesgo para la salud pública. La solución al problema, está en llegar a un equilibrio entre el número de animales abandonados y la cantidad de personas dispuestas y en condiciones, para recibirlos como animal de compañía en su hogar. La provincia de Buenos Aires, ha entendido, que la única manera de conseguir dicho objetivo, es a través de políticas de estado, basadas en evitar la reproducción.

A través de la esterilización se busca reducir el número de nuevos animales en la calle. De esta manera, se reduce el número de potenciales abandonos y se aumenta el de potenciales adopciones. Desde éste punto de vista, es una disposición de protección animal, puesto que a pesar de realizar un procedimiento quirúrgico sobre el animal, privándolo de la opción de reproducirse, se entiende, que al hacerlo, se está evitando un mal mayor.

4. Ley 1446/04 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)013

A partir del año 2004 y gracias a la expedición de la ley 1446, se prohibió en todo el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la utilización de animales, de todas las especies, en circos y espectáculos similares. En su artículo 1 se puede leer:

“Artículo 1. Prohíbese en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el funcionamiento de circos y espectáculos circenses en los que intervengan animales cualquiera sea su especie.”⁶⁶¹

⁶⁶⁰ Ley 13879, Art. 3

⁶⁶¹ Ley 1446 de 2 de septiembre de 2004, publicada en Boletín Oficial de 15 de octubre de 2004.

La Ley, Impone elevadas multas y clausura del establecimiento.

5. Ley 2148/08 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

En el año 2008, se aprueba la prohibición de la conocida tracción a sangre, en todo el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para tales efectos, se anexa al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, la siguiente disposición:

“Está prohibida la circulación de vehículos de tracción animal en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. Sólo se permite la circulación de jinetes del Cuerpo de Policía Montada, de mateos en las condiciones establecidas en el presente Capítulo y de vehículos de tracción animal y de jinetes por los sectores y en las condiciones que autorice especialmente la Autoridad de Aplicación, siempre que se encuentren afectados a eventos de carácter histórico o folklórico, actividades deportivas, exposiciones o paseos recreativos o turísticos.”⁶⁶²

Una vez examinadas, todas las disposiciones legales que en materia de derecho ambiental y de proyección animal se han establecido en la República Argentina, consideramos un error, querer aplicar a los animales las mismas normas jurídicas que a las cosas, como se pretendía hacer en el Código Civil de Vélez, pues, de inmediato aparecerían tantas excepciones y aclaraciones, que la asimilación sin más quedaría desvirtuada.

E. Jurisprudencia relativa a la protección Animal en el sistema legal Argentino

1. Sentencia número 86 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial y en lo Contencioso Administrativo, de la ciudad de Rio Cuarto de 26 de octubre de 2012⁶⁶³

⁶⁶² Ley 2148 de 16 de noviembre de 2006, publicada en Boletín Oficial de 26 de enero de 2007, Anexo 1 núm. 6.11.1

⁶⁶³ Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1015.pdf>

En la Sentencia de la referencia, el Tribunal, resuelve una acción de reivindicación de un conjunto de bienes muebles, entre dos personas que había conformado una sociedad de hecho. Dentro de ese conjunto de bienes muebles, se encontraba un perro, llamado Bauty. Así las cosas, el litigio se mueve, dentro del siguiente interrogante: “¿quién es el verdadero “dueño” de Bauty, el que lo compró o quién ha convivido y cuidado de él durante 10 años?”⁶⁶⁴ El demandante, había comprado al perro, y exigía que se le entregara el mismo, pues se encontraba bajo tenencia de la demandada. El Tribunal resaltó, la importancia de diferenciar a Bauty, (quien había vivido con la demandada, los últimos años) de los demás bienes objeto del litigio. Al respecto, resaltó el Vocal que redactó la Sentencia, el vínculo que existe entre un propietario o poseedor, con su perro, subrayando la capacidad de éstos animales, de adaptarse al entorno humano, y considerando, que los mismos, pasan a formar parte del núcleo familiar: “Es conocida la especial relación que tienen los perros con la raza humana, en una alianza con mutuos beneficios nacida en los comienzos de la humanidad. Por su fidelidad a toda prueba, se ha dicho de ellos con razón, que son nuestros mejores amigos. Es sabido también que los perros que como Bauty habitan en el interior de las viviendas, adquieren los hábitos de sus dueños. Ocupan un lugar en la familia. Se “humanizan”, por así decirlo. En estas condiciones la relación del perro con sus amos es muy especial.” Una vez hechas las anteriores consideraciones, el Vocal, nos habla desde su propia experiencia, del vínculo sentimental, que puede llegar a crearse entre un humano y un perro: “Por propia experiencia sé del cariño y afecto que los humanos sentimos por nuestro perro y aunque no existe acuerdo científico al respecto, porque hay quienes dicen que los animales no tienen sentimientos, por las actitudes que observan hacia nosotros, estoy persuadido que ese afecto es recíproco.” A pesar de que el Vocal nos diga en éste apartado, que no existe acuerdo científico, sin entrar en profundidad en éste tema, hemos de decir, que está ampliamente desarrollado y documentado, por la ciencia que estudia la etología y la psicología de ésta especie, su desarrollo psicológico y afectivo.

⁶⁶⁴ SERRA, J.I., Sentencia Comentada. Los perros no son simplemente una cosa. Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/2387/los-perros-no-son-simplemente-una-%E2%80%98cosa%E2%80%99-sentencia-definitiva-numero-86-de-la-camara-de-apelaciones-en-lo-civil-y-comercial-y-en-lo-contencioso-administrativo-de-primera-nominacion-de-la-segunda-circunscripcion-judicial-de-rio-cuarto-%28argentina%29>

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, el Vocal considera que los perros no son cosas, y que merecen un trato especial: “no creo que los perros sean simplemente una “cosa” en el sentido del art. 2311 del Código Civil. La relación del perro con sus amos contiene un vínculo afectivo que trasciende lo jurídico y se resiste a ceñirse a la figura del derecho real de dominio. (...) Así las cosas, condenar a la accionada a entregar el perro al demandante, es susceptible de producirle un grave sufrimiento moral sin beneficio alguno para el actor, quien por el tiempo transcurrido perdió el vínculo que tenía con el animal. Asimismo, “Bauty” no tiene valor económico alguno, teniendo en cuenta su edad.” Es interesante observar, que en el caso de Bauty, que es un perro, animal de compañía, el Vocal, además de haber nombrado el vínculo que ha desarrollado, con la demandante, dice que el mismo no tiene un valor económico, puesto que ya tiene una edad avanzada, entre otras razones. Pues tal y como recordamos, el artículo 2311 del ARGCC, nos decía, que son cosas, aquellos objetos susceptibles de tener un valor económico.

2. Sentencia 1/2012 del Juez de Instrucción y Correccional de Santa Rosa, de 24 de abril.⁶⁶⁵

En la Sentencia de referencia, el Juez de Instrucción y Correccional de la Ciudad de Santa Rosa, Provincia de la Pampa, Condenó al acusado, a la pena de once meses de prisión, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de actos de crueldad contra los animales. Es decir, la conducta contenida en el artículo 3 inciso 7^a en relación con el artículo 1 de la Ley 14.346 antes estudiada. Se condenó al acusado, por haber hecho ingresar a la fuerza en su domicilio, a una perra, a quien cortó el pelo que se encontraba en su zona genital, para proceder a accederla carnalmente, causándole heridas y sufrimiento.

Dicha Sentencia es importante, puesto que a pesar de que el acceso carnal de animales, no está tipificado, la justicia interpretó la ley, de una forma integral para poder condenar al acusado, por maltrato. Al respecto, las lesiones del animal, fueron

⁶⁶⁵ Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1208.pdf>

constatadas y comprobadas durante el proceso. De ésta manera, el acusado fue condenado por causar daños innecesarios (art. 1 y 3 inc. 7) al animal de compañía.

CONCLUSIONES

1. La protección de los animales, en cada uno de los ordenamientos jurídicos estudiados, ha tenido un desarrollo legal distinto, a pesar de haber partido de las mismas fuentes históricas. Tanto Chile, como Colombia y Argentina, después de la expedición de sus respectivos Códigos Civiles, han tenido una trayectoria legal, social y económica independiente, teniendo resultados desiguales, en lo que respecta a la protección de los animales.
2. En los tres ordenamientos jurídicos estudiados, se han ido estableciendo límites a la propiedad y al uso que el hombre puede hacer de los animales. A pesar de seguir manteniendo, la posibilidad de que el hombre se aproveche de los animales, se han ido estableciendo deberes para con ellos, respondiendo a las preocupaciones sociales respecto al bienestar de los animales como seres sentientes
3. El objetivo de las normas de protección animal, estudiadas, es el de minimizar, el abuso y sufrimiento que se les pueda producir con el uso y en el ejercicio de la propiedad, por parte de los humanos, estableciéndose límites, deberes y excepciones, tanto en el ámbito civil, como en el administrativo y penal, que hace que la propiedad y demás derechos que se puedan ejercer sobre los animales, se diferencie de tal manera a aquellos que se ejercen sobre los bienes muebles inanimados, que hace prácticamente inaplicable, las normas contenidas en los diferentes códigos civiles, en lo que respecta a los animales.
4. En Chile, la protección de los animales, se produjo inicialmente, respecto de los animales de granja, respondiendo en parte, a la necesidad de regular la comercialización de los productos de origen animal.
5. En Colombia, el desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, ha ido encaminado, en lo que respecta a la protección de los animales, a considerar a los mismos como Seres sentientes, que merecen una especial protección. De esta manera, la doctrina jurisprudencial colombiana de las Cortes mencionadas, se ha ido apartando de la inclusión de

los animales, dentro clasificación de las cosas, avanzando así, hacia un trato más ético y más proteccionista a favor de los animales.

6. En Argentina el Derecho animal, ha tenido un desarrollo legal significativo, gracias al impulso que las asociaciones de protección animal han dado a los cambios legislativos, hasta el punto de incluirse a la protección de los animales y de su vida, como un objetivo público, dentro de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos aires.

7. Los animales son seres sentientes. Es una condición que ha sido reconocida por la legislación chilena y argentina, y por el avance de la jurisprudencia colombiana, al proyectar con independencia y vigor, esta nueva circunstancia.

INDICE DE FUENTES

CORPUS IURIS

Institutiones

- 1,2,12.....	44
- 1,2,13.....	45
- 1,2,14.....	46
- 1,2,15.....	46
- 1,2,16.....	47
- 1,2,37.....	48
- 2,1,1.....	37
- 2,1,40-45.....	111
- 2,4,2.....	46
- 3,19,2.....	43

Digesta

- 47,10,13,7.....	37
- 12,1,2,1.....	43

GAI. INSTITUTIONES

- 2,1.....	36
- 2,12.....	38
- 2,13.....	38
- 2,14.....	38, 42
- 2,15.....	42
- 2,16.....	42
- 2,28.....	114
- 2,42.....	37
- 2,196.....	48
- 3,90.....	48

ABGB

- Art. 285.....	15
- Art. 285 a.....	15

BGB

- Art. 90	21
- Art. 90 a	21
- Art. 803	22

CATCC

- Art. 511.1	22
--------------------	----

ESPCC

- Art. 333	23
------------------	----

CODE CIVIL

- Art. 16	131
- Art. 517	92
- Art. 524	104
- Art. 527	92, 155
- Art. 528	92, 157
- Art. 547	118

CODICE CIVILE

- Art. 5	132
- Art. 812	89

CONFERENCIA MUNDIAL, ESTOCOLMO 1972

- 1	187
- 2	188
- 3	189
- 5	189
- 6	189

LEGISLACIÓN CHILENA

Código Civil Chileno

- Art. 565	86
- Art. 566	88
- Art. 567	88
- Art. 570	99, 101, 102

- Art. 571	91
- Art. 574	104
- Art. 580	93
- Art. 585	96
- Art. 608	105
- Art. 617	116
- Art. 618	116
- Art. 619	116
- Art. 620	116
- Art. 621	117
- Art. 623	117
- Art. 646	118
- Art. 670	109
- Art. 685	91
- Art. 1105	96
- Art. 1460	27
- Art. 2326	119
- Art. 2327	119

Código Penal de la República de Chile 1874

- Art. 289	173
- Art. 487	174
- Art. 491	174
- Art. 496	174

Constitución Política de la República de Chile 1980

- Art. 19.8	169
- Art. 41	171

Ley 1882 de 1989 General de Pesca y Agricultura

- Art. 3	171
----------------	-----

Ley 20380 de 3 de octubre de 2009 sobre protección de animales

- Art. 1	178
- Art. 3	179
- Art. 18	181

JURISPRUDENCIA CHILENA

- Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia de Casación Civil de 13 de julio de 1999 (GJ. 229 Julio de 1999).....113
- Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia de Casación Civil de 25 de enero de 2001 (rol 3.939-99)113

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Código Civil Colombiano

- Art. 65326, 127
- Art. 654 134
- Art. 655 135, 309
- Art. 659 135
- Art. 662 136
- Art. 669 182, 255
- Art. 687 136, 224
- Art. 694 138
- Art. 695 138
- Art. 1005 183
- Art. 1517 32
- Art. 1518 34

Código de Recursos Naturales y Renovables y de Protección al Medio Ambiente

- Art. 1 193
- Art. 2 193, 206
- Art. 3 207
- Art. 4 197
- Art. 7 195, 208
- Art. 8 208
- Art. 9 202
- Art. 40 239
- Art. 43 198
- Art. 57 241
- Art. 59 238
- Art. 83 198
- Art. 247 213
- Art. 248 213, 282
- Art. 249 213
- Art. 250 282
- Art. 251 282
- Art. 252 282
- Art. 254 282

- Art. 256	282
------------------	-----

Constitución Política de la República de Colombia 1991

- Art. 8	247
- Art. 58	254
- Art. 79	250
- Art. 80	247
- Art. 88	200, 296
- Art. 334	248

Estatuto Nacional de Protección de los Animales

- Art. 1	224. 279
- Art. 6	226, 228, 238
- Art. 7	231
- Art. 15	227
- Art. 23	312
- Art. 24	228
- Art. 25	227. 229. 312
- Art. 27	236
- Art. 40	239
- Art. 57	241
- Art. 59	238

Código de Policía de Bogotá

- Art. 34	269
-----------------	-----

Ley 5 de 1972

- Art. 3	219
----------------	-----

Ley 23 de 1973

- Art. 2	202
----------------	-----

Ley 270 de 1996

- Art. 48	211
-----------------	-----

Ley 472 de 1998

- Art. 2297
- Art. 4200

Ley 576 de 2000

- Art. 15229
- Art. 19235

Ley 769 de 2002

- Art. 87270

Ley 841 de 2003

- Art. 20230
- Art. 22232

Decreto 2493 de 2004

- Art. 15128

Ley 919 de 2004

- Art. 1129

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-415/92252
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-342/94206
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-037/96133
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-453/98203
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-595/99 ...255. 256
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-760/07 ...251. 252
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-666/10 ..233, 253
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-439/11287
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-608/11 ...215, 252
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-415/92249
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, Sentencia del 6 de abril de 1989
.....139
- Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia
del 23 de mayo de 2012139

- Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 26 de noviembre de 2013291
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 13 de junio de 2003 205
- Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Séptima de Decisión, Sentencia de 31 de agosto de 2000204

LEGISLACIÓN ARGENTINA

Código Civil Argentino

- Art. 738	162
- Art. 1067	165
- Art. 1124	164
- Art. 1127	166
- Art. 1128	167
- Art. 1130	167
- Art. 2311	149
- Art. 2312	152
- Art. 2313	154
- Art. 2316	156
- Art. 2318	156
- Art. 2343	158
- Art. 2400	154
- Art. 2404	160
- Art. 2424	160
- Art. 2525	162
- Art. 2527	162
- Art. 2528	163
- Art. 2601	161

Constitución Argentina 1994

- Art. 41	318
- Art. 43	321
- Art. 75	321

Ley 2786 de 1891

- Art. 1	324
- Art. 2	324
- Art. 3	325
- Art. 4	325
- Art. 5	325

Ley 14346 de 1954, Boletín Oficial de noviembre 5 de 1954

- Art. 1329
- Art. 2329
- Art. 3330

Código Penal Argentino

- Art. 111327
- Art. 183331
- Art. 184332

Ley 24922 de 1997 de 1998

- Art. 21158

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

- Art. 27335

Ley 13879/08

- Art. 2336
- Art. 3337

Ley 1446/04 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

- Art. 1337

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

- Sentencia número 88 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial y en lo Contencioso Administrativo, de la ciudad de Río Cuarto, de 26 de octubre de 2012.....338
- Sentencia 1/2013 del Juez de Instrucción y Correccional de Santa Rosa, de 24 de abril.....340

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBRO

AFTALIÓN R.E., *Introducción al derecho* (Buenos Aires 1972)

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo segundo* (Santiago 2011)

ANZOÁTEGUI, T., *La codificación en la Argentina (1810-1870)* (Buenos Aires 1977)

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago 1943)

AMAYA NAVAS, O., *La Constitución Ecológica de Colombia* (Bogotá 2010)

ARÉVALO GUERRERO, I., *Bienes. Constitucionalización del Derecho Civil* (Bogotá 2012)

BALLESTER GINER, E., *Derechos Reales* (Valencia 1986)

BARCIA LEHMAN, R., *Lecciones de Derecho Civil Chileno, IV. De los Bienes* (Santiago 2010)

BELLO, A., *Codificación del Derecho Civil*, en, *Obras Completas* (Santiago 1932) 137-140.

BELLO, A., *Principios de Derecho de Gentes* (Santiago 1832)

BELLO A., *Obras Completas, Proyecto de Código Civil*, XII (Santiago 1888) AB, OC, PCC, XII

BELLO A., *Obras Completas, Proyecto inédito de Código Civil*, XIII (Santiago 1890) AB, OC, XIII

BELLO A., *Proyecto de código Civil*, en *Obras Completas*, XII (Santiago 1888)

BELLOMO, M., *The Common Legal Past Of Europe 1000-1800*. Trad. COCHRANE, L. (Washington 1995)

BIDART CAMPOS., G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino, la reforma constitucional de 1994*. (Buenos Aires 1995)

BIONDO, B., *Los bienes*, Trad. MARTÍNEZ-RADÍO, A. (Barcelona 2003)

BRAVO LIRA, B., *Bello y la Judicatura, La codificación Procesal*, en *Homenaje a Don Andrés Bello* (Santiago 1981)

BRAVO LIRA, B., *Codificación civil en Iberoamerica y en la Península Ibérica (1827-1917) Derecho Nacional y europeización. En Fuentes de la Codificación Iberoamericana* (Buenos Aires 1992)

BRUTAU, P., *Fundamentos de Derecho Civil III, vol.1, 2ª ed* (Barcelona 1971)

CABRILLAC, R., *Les Codifications*. Trad. Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. (Santiago 2009)

CALDERA, R., *Andrés Bello* (Caracas 1978)

CALDERA, R., *Andrés Bello, Principios de derecho internacional. Estudio Preliminar* (Buenos Aires 1946)

CALZAVARA, A., *El padre de Don Andrés Bello, en Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario*. (Caracas 1982)

CANO, G., *Derecho, política y administración ambientales* (Buenos Aires 1978)

CANO, G., *Derecho política y administración ambientales* (Buenos Aires 1978)

CARONI, P., *Saggi sulla storia della codificazione* (Milán 1998)

CARRIZOSA UMAÑA, J., *Algunas observaciones sobre los orígenes y los efectos del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en: Evaluación y perspectivas del código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia* (Bogotá 2004)

CHÁNETON A., *Historia de Vélez Sársfield I* (Buenos Aires 1938)

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, VI* (Santiago 1930)

CLAVERO, B. *Ama Llunku, Abya Yala : Constituyencia Indígena y Código Ladino Por América*. (Madrid 2000)

CURY, E., *Derecho Penal, Parte General* (Santiago 2005)

DARWIN, C., *On the origin of species* (New york 2008)

DARWIN, C., *The variation of animals and plants under domestication* (New York 1968)

DE ÁVILA MARTEL, A., *Bello y el derecho romano, en, Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973)

DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid 1993)

DELGADO DE MIGUEL, J., *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología* (Pamplona 1992)

- DELVINCOURT, M., *Cours De Code Napoléon I* (Paris 1813)
- DEKKERS, R., *La fiction Juridique, étude de droit romain et de droit comparé* (Paris 1935)
- DEWEERDT, S., *Vaccines: the take-home lesson*, en, *Nature* 484 (2012)
- DIEZ-PICAZO, "La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español", en, *Anuario de Derecho Civil* III (1966)
- D'ORS, A., *Derecho Privado Romano* (Barañaín 1997)
- D'ORS, A., *El Digesto de Justiniano, versión castellana* (Pamplona 1968-1975)
- D'ORS, A., *Gayo, Instituciones, Texto latino*. (Madrid 1943)
- DUGO, S., *La justicia ambiental en Argentina*, en *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*. (2000)
- DUCCI, CLARO, C., *Derecho Civil. Parte General* (Santiago 2010)
- EDWARDS, A., *El gobierno de Don Manuel Montt, 1851-1861* (Santiago, 1932)
- FAJARDO R, CARDENAS A., *El Derecho de los Animales* (Bogotá 2007)
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., *Código Civil Español. Concordancias y notas* (Cizur Menor 2012)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Principio de legalidad. Estado material de derecho y facultades imperativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, en, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho* (Madrid 1984)
- GARCÍA OLANO, H., *Andrés Bello, el jurista de las Américas*, en *Díkaion* (2007-16)
- GARCÍA, R., TEXO, C., *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino* (Buenos Aires 1920)
- GARCÍA VALDECASAS, A., *Andrés Bello y el Derecho*, en *Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario* (Caracas 1982)
- GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano* (Valencia 1999)
- GONZALEZ VILLA, J., *Derecho Ambiental Colombiano* (Bogotá 2006)
- GROSSI P., *Europa y el Derecho*, Trad. GUIULIANI, L. (Barcelona 2007)
- GUAYACÁN ORTIZ, J.C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005)
- GUZMAN BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago 1982)

GUZMÁN BRITO, A., ÁVILA MARTEL, A., MELO LECAROS, L., *El proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)* (Santiago 1978)

GUZMÁN BRITO, A., *Código Civil Chileno. Estudio preliminar y notas* (Cizur Menor 2006)

GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano* (Santiago 1996)

GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, (Navarra 2006)

GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. (Santiago 1995)

GUZMAN BRITO, A., *Las operaciones practicadas por Bello sobre el derecho vigente para su codificación*, en, *Bello y la América Latina, cuarto congreso del bicentenario*. (Caracas 1982)

HAGE, J., VON DER PFORDTEN, D., *Concepts in Law* (London 2009)

HERNÁNDEZ, F., TEJERO, J., *Las Instituciones de Justiniano, versión española* (Madrid 1961)

HERNÁNDEZ IGLESIAS, F., *Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario* (Madrid 1863)

HINESTROSA, F., *Códigos, Universidad, Ciencia Jurídica: una estrategia para la unificación del derecho en América latina en Cuadernos del curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y unificación del derecho en América Latina. Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho* (Roma 2006)

JAKSIC I., *Andrés Bello: La pasión por el orden*. (Santiago 2001)

JAKSIC, I., *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America*, en *Cambridge Latin American Studies*, 87 (2001)

JAKSIC, I., *The Selected Writings of Andrés Bello*. Trad. LOPEZ MORILLAS, F. (New York 1997)

LACRUZ BERDEJO, J., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho* (Madrid 2004)

LAMARCK, J.B., *Filosofía zoológica*. Trad. CAMÓS, A. (Barcelona 2007)

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona 2001)

LEÓN H, A. *El Código Civil Chileno*, en *Homenaje a Don Andrés Bello*. (Santiago 1982)

LIRA URQUIERA, P., *El Código Civil Chileno y su época*. (Santiago 1956)

- LLAMBIAS, J.J., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones.* (Buenos Aires 1997)
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V., *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (Valencia 1994)
- MENÉNDEZ, A., *La Constitución Nacional y el medio ambiente* (Mendoza 2000)
- MIROW, M.C., *Latin American Law, A History of private law and institutions in Spanish America* (Austin 2004)
- MÜLLER, W., *The domestication of the wolf – the inevitable first?*, en *The First Step of Animal Domestication. New Archaeological Approaches* (2006) 34-40
- OCHOA, J.A., *Manual del Abogado Americano* (Paris 1827)
- OUWERKERK, W., *Enviromental liability from the perspective of an operator: Council of Europe Draft Convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment*, en, *Transactional Enviromental Liavility and Insurance* (Londres 1993)
- PACHECO M., “*Don Andrés Bello y el Código civil de Chile*” en *Bello y Chile*, II (Caracas 1981) 215-232.
- PENADÉS, M., *Derechos reales. Derecho inmobiliario registral* (Valencia 2001)
- PLANIOL, M., RIPERT, G., *Derecho Civil* (México 1997)
- POTHIER, R., *Traité du droit de domaine de propriété*, en, *Oeuvres X* (Paris 1824-1825)
- POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, interpretación ética.* Trad. PUIG BRUTAU, J. (Barcelona 1950)
- QUIÑONES PEÑA, E., *El Derecho de bienes* (Bogotá 1995)
- RAMIREZ, S.J., *El Hombre y el animal. Su relación en una concepción legal y filosófica* (Bogotá 2001)
- RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del derecho civil peruano siglos XIX y XX* (Lima 2005)
- RAMOS NUÑEZ C., *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima1997)
- RAFAEL GARCÍA M., CABRAL TEXO., J., *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil Argentino* (Buenos Aires 1920)
- RODRIGUEZ BECERRA, M., *La reforma ambiental en Colombia* (Bogotá 1998)
- RODRÍGUEZ PINTO, M., *La cláusula se faculta al portador y la transferencia de propiedad por tradición*, en, *Revista Chilena de Derecho* 27, 1 (2000)

- ROJAS, H., STUARDO, L., BENAVIDES, D., *Políticas y prácticas de bienestar animal en los países de América: estudio preliminar*, en, *Rev. Sci.tech. Off.Epiz*, 24 (2005)
- SALMON, J.J., *The device of fiction in public international Law*, en *Georgia Journal of International & Comparative Law* 4 (1974)
- SERRANO ALONSO, E., SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derechos reales* (Madrid 2005)
- SCHIPANI, S., *Andrés Bello Romanista-Institucionalista*, en *Bello y el derecho latinoamericano*, (Caracas 1987)
- SCHIPANI, S., *Derecho Romano. Codificación y Unificación del Derecho – Instituciones* - Trad. HINESTROSA, F. (Bogotá 1983)
- SCHIPANI, S., *Los Códigos Latinoamericanos de la “Transfusión” del derecho romano y de la independencia hacia códigos de la “mezcla” y “códigos tipo”*, en LEVAGGI, A. (coord.) *Fuentes Ideológicas y Normativas De La Codificación Latinoamericana*. (Buenos Aires 1992)
- SCHOLFIELD, P., HARRIS, H., *Jeremy Bentham, “Legislator of the World”: Writings on Codification, Law and Education* (New York 1998)
- STEINAUER, P., *Les droits réels* (Berne 1990)
- TAMAMES, R., *Ecología y desarrollo sostenible* (Madrid 1995)
- TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870)* (Buenos Aires 1977)
- TERNERA BARRIOS, F., *Bienes* (Bogotá 2013)
- TOPASIO FERRETTI, A., *Los Bienes en el Derecho Romano* (Valparaiso 1981)
- TRABUCCHI, A., *Instituzioni di Diritto Civile* (Padova 1985)
- UERPMANN, H., *Animal domestication – accident or intention?* en *The Origin and Spread of Agriculture and Pastoralism in Eurasia* (1996) 227-237
- URICH, S., *Los perritos bandidos: La protección de animales de la Ley Sarmiento a la Ley Perón* (Buenos Aires 2013)
-)
- URIBE VARGAS, D., *Las constituciones de Colombia* (Madrid 1977)
- URQUIETA, L., *Código Civil Chileno*, en BELLO, A., *Obras completas* (Caracas 1954)
- VAIHINGER, H., *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen , praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit* (Aalen 1986)
- VALENCIA ZEA, A., ORTIZ MONSALVE, Á., *Derecho Civil II. Derechos Reales* (Bogotá 2012)
- VAIHINGER, H., *The Philosophy of „as If“* Trad. OGDEN, C.K. (London 1968)

VARGAS HERNÁNDEZ, C., *La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano*, en, *Revista de Derecho Privado* 8

VELÁSQUEZ JARAMILLO, L.G., *Bienes* (Bogotá 2012)

VELASCO, L., PAREDES, M., *Proyecto de Ley 289/03*, en *Historia de las Leyes* (Bogotá 2004)

VELLEMAN, BARRY L., *Andrés Bello y sus libros*, (Caracas 1995)

VÉLEZ, F., *Datos para la historia del derecho nacional* (Medellín 1891)

VELEZ SARFIELD, D., *Notas del Código Civil de la República Argentina*, (Buenos Aires 1872)

VERMEER-KÜNZ, A., *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en *The European Journal of International Law* 18, 1 (2007) 37- 68

VIDE, C., *Derecho de Cosas* (Barcelona 2002)

VILLAR BORDA, L., *Presentación final de la posición de Colombia en la sesión plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Estocolmo 1972) en *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 20 años de vigencia* (Bogotá 2004)

WATSON, A., *Legal Transplants: An approach to Comparative Law* (Georgia 1993)

WHITE, N.J., PUKRITTAYAKAMEE, S., HIEN, T.T., FAIZ, M.A., MOKUOLU, O.A., DONDORP, A.M., *Malaria*, en, *The Lancet* (August 2013)

WILLIFORD, M., *Jeremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World* (Loisiana 1980)

ZAVALLIA, R, *Código Civil: República Argentina* (Buenos Aires 2000)

B. ARTÍCULOS DE REVISTAS

ANTOINE S., *Le project de réforme du droit des biens . Vers un nouveau régime juridique de l'animal?*, En, *Revue Semestrielle de Droit Animalier* 1 (2009)

BALLUCH, M., THEUER, E., *Trial on personhood for chimp "Hiasl"*, En: *ALTEX* 24,4 (2007)

BARRIENTOS GRANDÓN, J., *De las varias clases de bienes*, en, *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003)

- BELTRÁN DE HEREDIA, P., *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, en, *Rev. de Derecho Privado* (Feb. 1967)
- BELTRÁN, I., *La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno*, en, *Revista de Derecho Privado* 8 (2005)
- CABRERA, J., *La Constitución de 1991: ¿Un nuevo régimen para la propiedad privada en Colombia?*, en, *Revista de Derecho Privado* 7
- CROCKFORD, SUSAN J. *A commentary on dog evolution: Regional variation, breed development and hybridisation with wolves*, en *Dogs Through Time: An Archaeological Perspective*, *BAR International Series* 889 (2000) 295-312
- DIAMOND, J., *Evolution, consequences and future of plant and animal domestication*, en *Nature* 418 (2002) 700-707
- DÍAZ BIALET, A., *La transfusión del Derecho Romano en la Argentina (S. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)*, en, *Roma e America. Diritto Romano Comune* 10/2000 (2000)
- FALAISE, M., *Droit animalier : Quelle place pour le bien-être animal?*, En, *Revue Semestrielle de Droit Animalier* 2 (2010)
- FERRANTE, R., *Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa con particular atención al caso italiano*, en, *Revista de Derecho Privado* 25 (2013)
- GRAVITZ, L., *Vector control: The last bite*, en, *Nature* 484 (2012)
- GRAYSON, M., *Malaria*, en, *Nature* 484 (2012)
- GUZMÁN BRITO, A., *“El código civil de Chile y sus primeros intérpretes”*, en *Revista Chilena de Derecho* 19, 1 (1992) 81-88.
- GUZMÁN BRITO, A., *La sistemática de los Códigos Civiles*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune* 19 – 20 (Roma 2005) 283 – 355
- HARKER PUYANA, E., *El Código de don Andrés Bello en Colombia*, en, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 201 (1973)
- HINESTROSA, F., *El Código Civil de Bello en Colombia*, en, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005)
- LÓPEZ MÉNDEZ, L., *Observaciones sobre las Leyes de Indias, y sobre la independencia de América*, en, *The North American Review* 22 (1823)
- MIROW, M.C., *El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sársfield*, en, *Revista de Derecho Privado* 33 (Bogotá 2004)
- MIRROW, M.C., *Borrowing private law in latin america: Andrés Bello’s use of the Code Napoleón in Drafting the Chilean Civil Code*, en, *Loisiana Law review* 61-2 (2001)

MOISSET DE ESPANÉS, L., *La tradición traslativa del dominio* (el Código civil español y el sistema iberoamericano), en, *Revista de Derecho Privado* 11 (2004)

NEUMANN, J.M., “*The Universal Declaration of Animal Rights or the creation of a new equilibrium between species*”, en, *Animal Law Review* 19 (2012)

SANTAELLA QUINTERO, H., *Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana*, en, *Revista de Derecho Privado* 21 (2011)

SCHIPANI, S., *Dalmacio Vélez Sarsfield y la unificación del derecho en América Latina*, en, *Roma e America. Diritto Romano Comune* 10/2000 (Roma 2000)

TERRELL, J., HART, JOHN P., BARUT, SIBEL, CELLINESE, N. CURET, A., DENHAM, T., CHAPARUKA M. KUSIMBA, LATINIS, K., OKA, R., PALKA, J., POHL, M., O.POPE, K., RYAN WILLIAMS, P., HELEN, H., STALLER J., *Domesticated landscapes: The subsistence ecology of plant and animal domestication*, en *Journal of Archaeological Method and Theory* (10-2003) 323-368.

VAQUERO PINTO, M., *Responsabilidad civil por daño medioambiental.*, en, *Revista de Derecho Privado* 5-6 (2006)

VILÀ C., *Hybridization between wolves and dogs*, en *Conservation Biology*, 13, 1 (1999) 195-198.

C. PROYECTOS DE LEY:

CABRERA CAICEDO, J.E., “*Proyecto de ley 231 de 1987: Estatuto Nacional de Protección de los Animales. Exposición de Motivos*”, en *Anales del Congreso* 142 (Bogotá 1987) 9-11

MARIN VANEGAS, D., “*Proyecto de ley 99 de 1965*” en *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910)

PERILLA BARRETO, F., *Proyecto de ley 99 de 1965*, en *Historia de las Leyes* (Bogotá 1910)

D. RECURSOS ELECTRÓNICOS

GIMÉNEZ, CANDELA, T., *A la búsqueda de un régimen jurídico animal* (2012)
Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/2081/a-la-busqueda-de-un-regimen-juridico-animal>

GUZMÁN BRITO, A., *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República en Historia*, 14 (Santiago 1965) disponible en: <http://revistahistoria.uc.cl/wp-content/uploads/2011/10/guzman-alejandro-14.pdf>

MAYORGA GARCÍA, F. *Codificación de la legislación en Colombia*. En *Revista Credencial Historia*. (148 – 2002) Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/indice>

SERRA, J.I., Sentencia Comentada. Los perros no son simplemente una cosa. Disponible en: <http://www.derechoanimal.info/esp/page/2387/los-perros-no-son-simplemente-una-%E2%80%98cosa%E2%80%99-sentencia-definitiva-numero-86-de-la-camara-de-apelaciones-en-lo-civil-y-comercial-y-en-lo-contencioso-administrativo-de-primera-nominacion-de-la-segunda-circunscripcion-judicial-de-rio-cuarto-%28argentina%29>

VAZQUEZ C., *Derechos reales. Bienes, dominio, posesión, servidumbres, usufructo, uso y habitación* (2008) Disponible en: <http://vlex.com/source/2297>

VELEZ, SANSFIELD, D., *Proyecto de Código Civil para la República Argentina* (Buenos Aires 1865). Disponible en: <http://archive.org/details/proyectedecodigo00unkngoog>