

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

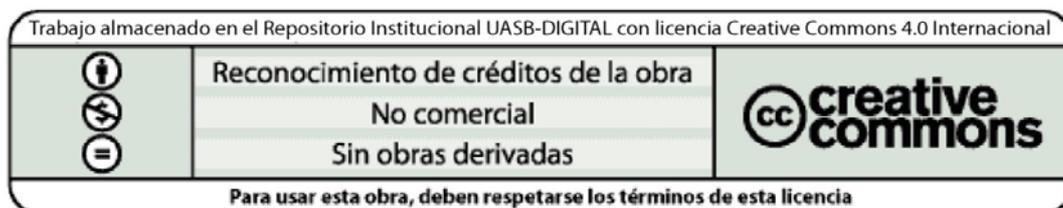
Maestría en Derecho Administrativo

**El régimen jurídico de preservación del patrimonio cultural intangible,
frente al cambio de paradigma de los animales como sujetos de
derechos**

Carla Sofía Albán Aguirre

Tutora: Eddy de la Guerra Zúñiga

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Carla Sofía Albán Aguirre, autora de la tesis titulada “El régimen jurídico de preservación del patrimonio cultural intangible, frente al cambio de paradigma de los animales como sujetos de derechos”, mediante el presente documento, dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación respecto a los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y ante la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

Las diversas manifestaciones culturales que existen en cada grupo humano son producto de distintos factores, entre los que están, el lugar en el que se desarrollan, el clima, la forma de percibir el mundo por parte de sus habitantes, sus hábitos, dialectos, ideas, comportamientos, creencias y la interrelación con otras culturas. En todas las sociedades y en todas las épocas, ciertas expresiones culturales se transforman, otras desaparecen, algunas permanecen y otras se crean, de acuerdo al cambio que se suscita en el modo de pensar de sus integrantes, a los intereses que se protegen detrás de aquellas, a la variación que se da respecto a las costumbres, entre otras.

A pesar de que cada sociedad mantiene por generaciones muchas de sus costumbres o tradiciones, que son aceptadas como adecuadas por el conglomerado social, se considera que existen parámetros objetivos con base en los cuales se puede determinar cuándo ciertas manifestaciones no pueden ser admisibles por lesionar intereses superiores que van más allá de una visión particular del mundo.

Al ser uno de los fines del derecho la procura de la justicia, que en el concepto de Ulpiano es “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, se estima que, de la misma forma en la que este ha ido reconociendo paulatinamente a ciertos grupos humanos históricamente marginados, los derechos que les corresponden al haberlos incluido dentro de la condición jurídica de persona, es decir, de sujeto de derechos, se debe reconsiderar el fundamento para la clasificación únicamente del ser humano como tal e incorporar dentro de este concepto jurídico, a todos aquellos seres dotados de sensibilidad y poseedores de sus propios intereses, que son, por lo mismo, merecedores de protección legal.

Aun cuando la Constitución del Ecuador establece que los derechos son de igual jerarquía, se repara en que esto no es así. De esta manera, un derecho de rango jerárquico menor, como el derecho a la cultura en relación al derecho a la integridad de las personas no humanas, no podría transgredir a este segundo, tomando en cuenta, además, que existe la prohibición constitucional de invocar la cultura cuando se atente contra otros derechos establecidos en ese cuerpo normativo, entre los cuales se encuentran los derechos de la naturaleza, de los cuales forman parte los derechos de los animales.

Dedicatoria

Esta investigación la dedico a mi familia por su amor y apoyo incondicional, y a la Fundación Libera Ecuador, por su constante trabajo en favor de los derechos de los animales.

Tabla de contenido

Capítulo primero	8
El patrimonio cultural inmaterial y los animales como sujetos de derechos	8
1.1. Aproximación al concepto de cultura	8
1.2. Aproximación al concepto de patrimonio cultural	15
1.3. Aproximación al concepto de patrimonio cultural intangible	18
1.4. El cambio de paradigma de los animales de objetos a sujetos de derechos en la época contemporánea.....	21
Capítulo segundo	52
El patrimonio cultural intangible y los animales como sujetos de derechos en el ámbito normativo del derecho internacional, constitucional y administrativo ecuatoriano ..	52
2.1. Efectos de haber instaurado los derechos de la naturaleza en la Constitución del Ecuador con relación a los derechos de los animales	52
2.2. Protección del patrimonio cultural inmaterial en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Unesco, 2003	60
2.3. Regulación del patrimonio cultural inmaterial en la Constitución, en la Ley Orgánica de Cultura y en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Cultura	61
2.4. Instructivo de Procedimientos para la Solicitud de Declaratoria de Patrimonio Cultural Inmaterial en el Ecuador	68
2.5. Regulación de las manifestaciones culturales inmateriales que implican la utilización de animales en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito.....	70
2.6. Antecedentes del intento de reconocimiento de los derechos de los animales en el Código Orgánico de Ambiente y en las ordenanzas municipales del cantón Quito, por diferentes grupos sociales, y su situación actual	74
2.7. El Código Orgánico del Ambiente.....	77
2.8. Otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano en las que se establecen medidas de bienestar y ciertos derechos para determinados animales	84
2.9. Jurisprudencia internacional acerca del reconocimiento de los derechos de los animales	91
2.10. Sentencias internacionales en casos que implican la utilización de animales en espectáculos públicos.....	97
2.11. La Declaración Universal de los Derechos de los Animales	107
Capítulo tercero.....	111
Ponderación de derechos entre el derecho a la cultura y los derechos de los animales	111
3.1. Aproximación al concepto de derechos fundamentales.....	111

3.2. La ponderación	115
4. Conclusiones específicas	139
Recomendaciones	142
Bibliografía	143
Anexos	147

Introducción

En este trabajo de investigación se realizará una aproximación al concepto de lo que es la cultura y patrimonio cultural; y, se efectuará un estudio de las diferentes teorías de los derechos de los animales y del bienestarismo animal, que fueron creadas en la época contemporánea. Esto servirá como elemento de análisis para determinar cuál ha sido, a través del tiempo, el estatus jurídico de los animales y cómo éste debe ser concebido ahora, luego de tomar en cuenta algunas consideraciones de naturaleza jurídica, de carácter ético, además del avance en el conocimiento científico y el cambio de pensamiento social.

También se hará referencia a la normativa nacional e internacional que rige en el Ecuador y, particularmente, a las normas administrativas del cantón Quito que regulan el patrimonio cultural inmaterial, relacionándolas con los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución. Esto para determinar si dichas normas se adecúan a los preceptos constitucionales y si observan o no los derechos de los animales.

Se analizará si los derechos de la naturaleza brindan una adecuada protección a todos los elementos que la conforman; se hará mención al concepto de derechos fundamentales y se emitirá un criterio acerca de si dentro de éstos deben estar comprendidos los derechos de los animales; y, por último, se realizará un ejercicio de ponderación de derechos entre el derecho del ser humano a la preservación de sus manifestaciones culturales inmateriales y el derecho de los animales al resguardo de su integridad, para lo cual se utilizará una entrevista realizada a un experto en temas culturales, con el fin de tener más elementos a considerar para el efecto.

Capítulo primero

El patrimonio cultural inmaterial y los animales como sujetos de derechos

En este primer capítulo se desarrollan los conceptos de cultura, patrimonio cultural y patrimonio cultural inmaterial; además se describen las diversas teorías que tuvieron origen a finales del siglo XVIII y que continúan desarrollándose hasta nuestro siglo, respecto a la condición jurídica que deberían tener los animales. Se explican las diferencias que existen entre la teoría del bienestarismo animal y la teoría de los derechos de los animales, así como las consecuencias que se generarían en la normativa relativa a la preservación del patrimonio cultural, de aplicarse estas teorías.

El objetivo de este capítulo es que los lectores puedan tener los elementos conceptuales y teóricos necesarios para analizar si se debe preservar todo tipo de manifestación del patrimonio cultural inmaterial, únicamente por haber sido una práctica común de nuestros ancestros, o si se deben tener en cuenta otras consideraciones para el efecto. Además, conocer cuáles son los cambios necesarios en la normativa administrativa ecuatoriana respecto de la preservación del patrimonio cultural inmaterial y los motivos por los cuales estos cambios se deben llevar a cabo.

1.1. Aproximación al concepto de cultura

El concepto de cultura nos permite entender que ésta no comprende únicamente ciertas prácticas específicas realizadas por una parte de un conglomerado social, sino que ésta engloba la forma de vida de una sociedad, la forma de entender, de actuar y de percibir lo que pasa a su alrededor. Con esta noción podemos comprender porque en un momento determinado del curso de la historia, ciertas prácticas culturales desaparecen, perduran o se transforman, dependiendo de la cosmovisión de la sociedad de la cual se trate en una época y en un espacio determinado.

La cultura, para Raymond Williams es “la suma de todas las descripciones disponibles a través de las cuales las sociedades confieren sentido a, y reflexionan sobre, sus experiencias comunes”.¹ Con este concepto se hace referencia a la cultura

¹ Stuart Hall, “Estudios Culturales: dos paradigmas”, *Revista Colombiana de Sociología*, No. 27 (2006): 236, <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/recs/arti>

como un proceso social general en el que se crean significados comunes, formas de entender las cosas o situaciones de una sociedad en particular; o un proceso social en el que se retiran, así mismo, significados que caen en desuso. La diferencia con la noción anterior de cultura es que esta antes era considerada como lo “mejor” que se ha producido en una sociedad, un concepto elitista que reducía la cultural a un ideal de perfección, a una posición de privilegio.

El concepto de cultura de este autor incluye toda forma de expresión de la sociedad, por ejemplo, también las obras artísticas o literarias, pero como “parte del proceso general que crea convenciones e instituciones a través de las que aquellos significados valorados por la comunidad son compartidos y vueltos activos”.² Para Williams el significado de la cultura está relacionado con en el ámbito de las ideas, de los significados comunes en la sociedad que, al compartirse con otras sociedades en forma de recepción, oferta y comparación, pueden generar tensiones y cambios.³

Para este escritor, a más de las ideas o significados comunes, todas las prácticas sociales, formas de expresión de las personas, sus actividades y sus interrelaciones, también forman parte de lo que es la cultura; es decir, la cultura es la forma de vida de una sociedad.⁴ Analizar la cultura, entonces, quiere decir intentar revelar la naturaleza de la organización, que es el conjunto de las relaciones antedichas, a partir del *descubrimiento de patrones característicos*; esto se puede lograr mediante *el estudio de una organización general en un ejemplo particular*. Se deben estudiar las relaciones entre los patrones de conducta; y la relación entre éstos y las prácticas sociales para comprender cómo son vividas como un todo.⁵

Otro concepto similar lo tiene E.P. Thompson, pues critica el reduccionismo, al señalar que es un error de la lógica histórica por el que todo lo que es la cultura, los acontecimientos políticos, históricos, son entendidos únicamente desde la perspectiva de los “protagonistas”, de la clase poderosa. Para él, la cultura se compone de todas las prácticas sociales y éstas son, a su vez, manifestaciones comunes de la actividad

cle/viewFile/7981/8625>.

² Raymond Williams en Stuart Hall, “Estudios Culturales: dos paradigmas”, *Revista Colombiana de Sociología*, No. 27 (2006): 236, <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/viewFile/7981/8625>>.

³ *Ibíd.*

⁴ Hall, “Estudios Culturales: dos paradigmas”.

⁵ Raymond Williams en Stuart Hall, “Estudios culturales: dos paradigmas”, 237.

humana;⁶ considera además, que esta está compuesta por “los significados y los valores que emergen entre grupos y clases sociales diferenciados sobre la base de condiciones de existencia, así como las tradiciones y prácticas vividas a través de las cuales son expresados esos significados”⁷.

Se puede concluir que la cultura no se circunscribe a determinadas creaciones humanas que son consideradas como lo mejor que produce una colectividad, sino que ésta engloba toda una cosmovisión de la misma en un espacio y tiempo específico, de la cual se desprenden sus modos de actuar, su escala de valores, el modo de percibir el mundo, sus tradiciones, hábitos, expresiones, comportamientos y dialectos. Además, se colige que la cultura se va transformando conforme va cambiando la mentalidad del conglomerado social con el transcurso del tiempo, por varios factores, entre los cuales están la interrelación con otras culturas y nuevos aportes en el ámbito de las ciencias.

Por otra parte, a más del cambio de pensamiento social se debe tomar en cuenta otro elemento aún más importante, en consideración al cual ciertas costumbres no deben ser conservadas, y este es la existencia de ciertos derechos que no pertenecen únicamente a los seres humanos y que deben ser conceptualizados como universales, independientemente de las nociones culturales de cada uno de los Estados, razón por la que no pueden ser transgredidos por una visión particular del mundo.

Para poder explicar las razones por las cuales no toda costumbre o práctica puede perdurar en la sociedad, así exista una aceptación general al respecto, es necesario hacer referencia a una corriente de pensamiento denominada relativismo cultural, que postula que toda práctica cultural adecuada es aquella que es aceptada generalmente por la población, sin tomar en cuenta otros factores más allá del consenso general. Esta teoría, que está en auge, merece ciertas críticas que se precisarán más adelante.

De acuerdo a lo dicho en el párrafo anterior, el relativismo cultural considera que cada sociedad tiene su propio código moral, por lo que lo correcto o incorrecto relacionado con las prácticas culturales depende de cada grupo humano, por tal cosa, estima que ni la objetividad, ni las verdades universales en ética existen. Sus teóricos sostienen que nuestras normas culturales no tienen una categoría especial, sino que son

⁶ E.P. Thompson en Stuart Hall, “Estudios culturales: dos paradigmas”, *Revista Colombiana de Sociología*, No. 27 (2006): 240, <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/viewFile/7981/8625>>.

⁷ *Ibíd.*

un grupo entre muchos, que son igualmente válidos, motivo por el cual se debe ser tolerantes hacia otras culturas.⁸

Este planteamiento ha sido refutado tanto por defensores de los derechos humanos, como por filósofos que plantean una ética universal en ciertos aspectos, independiente de las particularidades culturales, postura a la cual me adhiero. Estos pensadores han expuesto varios inconvenientes de concebir la cultura desde el relativismo cultural tal y como esta ha sido propuesta por sus creadores, entre los que están:

a) El problema de considerar algo como incorrecto o correcto solo desde el punto de la aceptación social, ya que se está tomando en cuenta como apropiado o verdadero únicamente lo que la gente cree que es correcto y no aquellos que lógicamente o científicamente es correcto. Este razonamiento tiene el error de no fundamentar su postura más que en el consenso social de la sociedad de la que se trate y en el desacuerdo con otras sociedades, lo que no prueba, en realidad, que la creencia de tal o cual sociedad es la adecuada, por lo que este es un argumento insuficiente para fundamentar una postura. Esto quiere decir, que no porque dos sociedades estén en desacuerdo respecto a algo, significa que no existe una verdad objetiva; podría darse que una de aquellas sociedades esté en un error, que ambas estén erradas o que ambas estén en lo correcto.⁹

El razonamiento de los relativistas culturales, en este sentido, caería en un argumento “ad populum”, por la cual, en lugar de otorgarse validez a un argumento por sí mismo, solamente se lo hace en función de un criterio general, esto en, en función de la aceptación social que este pueda tener.

b) Si pensaríamos como relativistas culturales, todas las prácticas sociales, inclusive la esclavitud, el antisemitismo, el racismo, el machismo, deberían ser aceptados por todos y no podríamos decir que estas son moralmente incorrectas, únicamente deberíamos respetar la autodeterminación de cada una de las sociedades al respecto. No criticar estas prácticas no parece progresista, pues parecería que estos criterios son incorrectos en la sociedad que sea, por lo que, inclusive, muchas personas consideran que nuestra propia sociedad no es perfecta y que existen cosas por mejorar; asimismo, en este aspecto, el relativismo cultural nos impediría criticar nuestra propia

⁸ James Rachels, *Introducción a la filosofía moral* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 40-1.

⁹ *Ibíd.*, 44.

cultura, limitándonos a aceptar lo que la sociedad en general piensa que es lo correcto.¹⁰

Así, las prácticas sociales, como creaciones humanas, no están exentas de contener errores o injusticias, y la deontología de las mismas no puede estar supeditada únicamente a juicios de valor propios de un grupo social particular.

c) Las sociedades generalmente requieren ideas para mejorar una sociedad, por ejemplo, crear mecanismos para que esta sea más inclusiva y menos discriminadora; pero, en relación a esto, los relativistas culturales dijeran que no podríamos considerar este cambio como progresista, porque el progreso implica hacer mejor las cosas de lo se hacía antes, y para ellos no podríamos decir que antes las cosas estaban mal porque se encontraban de acuerdo al criterio de su época y no podríamos juzgarlos con el criterio de otra época. Inclusive, no sería factible una reforma social, pues si la sociedad se encontraría acorde a los ideales de ese momento, simplemente aquellos sería los correctos.¹¹

De haberse aplicado este criterio, no se habría dado un gran avance en derechos respecto a grupos históricamente marginados, cuyos miembros han luchado precisamente por cambiar esa realidad, que era defendida por la mayoría que había implantado determinadas formas de ver el mundo como adecuadas y socialmente aceptadas.

d) A pesar de que las costumbres difieran de una sociedad a otra, generalmente detrás de ellas se protegen los mismos o similares valores; entonces, la diferencia no está en los valores sino en el sistema de creencias y esto se da porque para que se genere una costumbre, confluyen varios factores, entre los cuales están las consideraciones éticas, las circunstancias de vida, creencias religiosas, creencias fácticas; por lo que, la diferencia en las costumbres pueden ser generadas por los otros elementos que no necesariamente corresponden al aspecto axiológico.¹² Esto nos da como conclusión que no son tanto los valores que difieren en la sociedad sino los mecanismos mediante los cuáles estos se expresan, como las costumbres.

De esto se puede concluir que se puede mejorar en cada una de las culturas los mecanismos de protección de los valores que existen en común, de tal manera que la

¹⁰ *Ibíd.*, 46.

¹¹ *Ibíd.*, 47-8.

¹² *Ibíd.*, 48-9.

protección de los mismos no irroque daños a los seres sobre los cuales recae tal o cual práctica.

e) Podemos afirmar que existen valores y derechos más o menos universales, necesarios para la existencia de las sociedades, Rachels pone el ejemplo de las reglas contra la mentira y contra el quitar la vida a una persona sin motivo alguno (esas serían las reglas generales y las excepciones serían las variantes según cada sociedad), que son indispensables para convivir la convivencia humana porque sin ellas se generaría un caos: no se podría confiar en lo que dijera nadie, de no ser así, y cada uno tendría que estarse cuidando de su semejante; por esto no hay que pensar que las diferencias culturales son tan grandes, así, no todas las reglas varían en todos los grupos humanos.¹³

Esto nos hace pensar que existen ciertas conductas adecuadas e inadecuadas per sé, que pueden ser valoradas como tales mediante la razón, y que, detrás de ellas, se protegen derechos y valores de validez universal.

Inclusive en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en julio en 1993, se planteó el problema del relativismo cultural y de la universalidad de los derechos; y tomó preferencia la postura que promueve la compatibilización de un paradigma universal de ética con el reconocimiento y respeto a la pluralidad cultural, para lograr una convivencia armónica y pacífica, para lo cual los derechos esencialísimos del individuo (aquellos de carácter universal, innatos a la persona e independientes del derecho positivo de cada Estado) deben encontrarse sobre la diversidad cultural y deben ser llevados a cabo de manera incondicional, con independencia de sus peculiaridades culturales, pues el relativismo cultural no puede servir de pretexto para su vulneración.¹⁴

f) Para poder juzgar una práctica como mala deben existir diversas razones, entre ellas debemos preguntarnos acerca de las consecuencias que la misma genera sobre aquellos seres afectados por esta, entonces sería de preguntarnos ¿esta práctica es buena o dañina para ellos?, ¿esta práctica promueve o impide su bienestar?, y además, preguntarnos si existirían otras prácticas que, en lugar de aquellas, promuevan su bienestar; esto en todas las culturas y en todas las épocas; ahora, si concluimos que una práctica afecta en una forma negativa a los seres sobre los cuales recae y que con

¹³ *Ibíd.*, 52-3.

¹⁴ Jesús González, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: universalidad y relativismo cultural* (San José: Mars S.A., 1994), 211.

otras prácticas se mejoraría su calidad de vida, se puede pensar que no es una práctica cultural adecuada. Si aplicaríamos lo que sostiene el relativismo cultural, este razonamiento no podría ser empleado, simplemente tendríamos que regirnos por la aceptación social que tenga esta práctica.¹⁵ Este ejercicio, aparte de fundamentarse en la razón y en la lógica, se sustenta en la empatía.

James Rachels explica que una de las razones por las cuales cierta gente reflexiva es renuente a criticar ciertas características que les parecen inadecuadas de la cultura de otros pueblos es porque existe una comprensible preocupación por interferir en aquella, ya que a través de la historia se han destruido culturas para la imposición de otras; por esto, la gente siente que debe ser tolerante respecto a las diferencias culturales, pues la tolerancia es necesaria para la convivencia armónica entre grupos humanos, pero, esto no quiere decir que debemos necesariamente considerar a todas las prácticas culturales como admirables o correctas moralmente.¹⁶

Otra de las razones es que la gente piensa que cuando se está en desacuerdo con ciertas prácticas culturales, se muestra un desprecio hacia toda la cultura, cuando esto no es así, pues todas las sociedades humanas están compuestas de prácticas buenas y malas, y dar un criterio respecto a alguna de ellas no significa despreciarla en su integralidad.¹⁷ Precisamente, uno de los motivos por los cuales la cultura se encuentra en permanente cambio es porque existen costumbres nocivas para los grupos dominados dentro de la misma, lo que genera luchas internas que buscan modificar esa forma hegemónica de ver el mundo; si nada fuera criticable, o todo estuviera bien porque así lo considera la mayoría del grupo humano, la cultura sería inmutable, cuestión que no es así.

Por último es importante señalar cuál es la parte positiva del relativismo cultural y esta es la que nos alerta acerca de que no todos nuestros criterios están fundamentados en un criterio racional absoluto, pues algunas prácticas culturales que tenemos están compuestas solamente por características de nuestra sociedad, que constituyen únicamente convenciones sociales, que no son correctas o incorrectas sino simplemente una muestra del pensamiento de una determinada cultura.¹⁸ Estas prácticas sociales consisten en aquellas que no provocan daños hacia seres sensitivos,

¹⁵ Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, 54-6.

¹⁶ *Ibíd.*, 57-8.

¹⁷ *Ibíd.*, 57-8.

¹⁸ *Ibíd.*, 58-9.

sino que son solamente expresiones particulares de cada pueblo, mediante la cuales expresan su forma de ver el mundo, evocan su pasado y construyen su futuro.

Los puntos tratados constituyen elementos que permiten discernir que muchos tipos de conductas, a pesar de las diferencias en cada sociedad, son aceptables, mientras que otros no; y que nuestros criterios no son necesariamente percepciones de la verdad sino el producto de un condicionamiento cultural; por ello, si en algún momento nos encontramos con algún cuestionamiento hacia nuestra cultura, podríamos detenernos a pensar si realmente nuestro código moral es adecuado y descubrir la verdad cualquiera que sea esta.¹⁹ Los seres humanos debemos ser críticos de nuestra propia conducta y de nuestro propio pensamiento y, sobre todo, analizar si estos aportan a una convivencia armónica en sociedad, no solo entre seres humanos, sino con el resto de la naturaleza, sobre todo con aquellos seres que tienen la capacidad de sentir.

1.2. Aproximación al concepto de patrimonio cultural

Llorena Pratz explica que el patrimonio cultural es una construcción social que no es universal, pues es distinta en cada grupo social y se concibe un determinado período histórico; así mismo, no es algo que se encuentre en la naturaleza pues es creado por el ser humano. El patrimonio cultural consiste en un artilugio instituido por alguien o fundado en un proceso colectivo con un determinado fin; esto conlleva la idea de que el patrimonio cultural es cambiante, no es estático y varía conforme a los nuevos criterios, ideas o intereses que se generen con el transcurso del tiempo.²⁰

Pratz utiliza los conceptos “*construcción social*” o “*invención*” para explicar los procesos de creación patrimonial. Con el primero, siguiendo a Berger y Luckman, hace referencia a “*universos simbólicos legitimados*”, es decir, a procesos inconscientes e impersonales de legitimación; y con el segundo, siguiendo a Hobsbawn y Ranger, refleja la idea de procesos personales y conscientes de “*manipulación*” con la creación de lo que se llama patrimonio cultural. A criterio de la autora, invención y construcción son fases de un mismo proceso, y se complementan; explica que, en toda construcción social de la realidad, existe una intervención directa o indirecta de un grupo social y cultural hegemónico.²¹

¹⁹ *Ibíd.*, 60-1.

²⁰ Llorena Pratz, *Antropología y patrimonio* (Barcelona: Ariel, 1997), 19-20.

²¹ *Ibíd.*, 20.

La invención de la realidad puede referirse a elementos o a composiciones cuyos elementos pueden haber sido obtenidos sin modificación alguna de una realidad, pero que su emplazamiento a otro contexto hace que se cree una nueva realidad con otro sentido. La invención de la realidad hace referencia a procesos de *descontextualización* y *recontextualización* de las composiciones de una realidad, que es legitimada y ratificada en función de la veracidad y aceptación de sus elementos. Para que esta creación de una nueva realidad pueda arraigarse y mantenerse en el tiempo es indispensable que exista, por lo menos, un consenso o aceptación mínima, y que tenga un carácter simbólico, es decir, que represente emblemáticamente una identidad.²²

El proceso de construcción del patrimonio, dice la autora, consiste en la legitimación de referentes simbólicos mediante fuentes de autoridad y a través de la asociación de estos a ideas, valores, a una identidad y a elementos culturales que los representan. Pratz señala que los criterios de legitimación del patrimonio cultural o fuentes de autoridad pueden ser de tres tipos: a) la naturaleza, b) la historia, y, c) la inspiración creativa; esto porque piensa que estos tres parámetros para legitimar la realidad social están más allá del orden social y de sus leyes. Así se refiere a que la naturaleza salvaje, no modificada por el ser humano, posee poderes no sujetos al orden social; a que la historia es un tiempo fuera del tiempo, que escapa a nuestro control; y a que la inspiración creativa o ingenio representa una excepcionalidad cultural, algo fuera de lo común que rompe con el orden social. Para ella, los elementos potencialmente patrimonializables pueden encontrarse dentro de estos tres parámetros.²³

Para que los elementos potencialmente patrimonializables puedan convertirse en patrimonio, deben ser activados. En principio, estos elementos son activados por versiones ideológicas de identidad.²⁴ Pratz conceptualiza a la identidad como:

Una construcción social, un hecho dinámico, aunque con un razonable nivel de fijación o perduración. Toda formulación de la identidad es únicamente una versión de esa identidad, un contenido otorgado a una determinada etiqueta. Por tanto, pueden coexistir y de hecho coexisten normalmente distintas versiones de una misma identidad.²⁵

²² *Ibíd.*, 20-1.

²³ *Ibíd.*, 23, 27.

²⁴ *Ibíd.*, 31.

²⁵ *Ibíd.*, 31.

La autora señala que toda versión de una identidad es ideológica, pues tiene determinadas ideas y valores preconcebidos, que generalmente responden a unos determinados intereses, y que por ello existen diversas versiones acerca de una misma realidad. Activar el patrimonio significa escoger determinados elementos patrimonializables y exponerlos, hacerlos públicos mediante un discurso acreditado por los criterios de legitimación o fuentes de autoridad descritos.²⁶

Pratz, al referirse al sujeto que activa el patrimonio, dice que es una falacia el decir que es la sociedad, el sujeto colectivo, pues ésta únicamente puede adherirse, otorgar, denegar, consensuar una representación una imagen o un discurso que han sido creados por alguien particular, que responde, más o menos conscientemente, a determinados intereses, valores e ideas. En la realidad social, el sujeto que activa el patrimonio es aquel que tiene el poder para hacerlo, puede ser poder político (formal o informal) o económico, siendo la mayoría de veces, el primero.²⁷

Los elementos patrimonializables también pueden ser activados por la sociedad civil, pero, para poder hacerlo, necesitan el apoyo o aceptación de aquellos que tienen el poder; sin poder ninguno de estos bienes se podría convertir en patrimonio. La eficacia de las distintas versiones de identidad, representadas por los elementos patrimoniales activados, se puede apreciar por la cantidad y calidad de adhesiones que los legitiman.²⁸

También hay versiones de una identidad que pueden existir en el imaginario social colectivo y, sin embargo, no llegar a ser catalogadas como patrimonio cultural, por no haber una fuerza social que pueda activarlas, porque el poder público no tiene interés en hacerlo o porque aquellas son contrapuestos a éste.²⁹

En resumen, el patrimonio cultural es una creación social particular de cada grupo humano, en un espacio y tiempo concreto, que representa una identidad. El reconocimiento de una manifestación como patrimonio cultural, obedece a ciertas razones, que varían de acuerdo a la época (por lo que ésta no es inalterable), y al grupo de poder dominante, quién se encarga de presentar esta manifestación como patrimonio cultural ante la sociedad y de crear un discurso en torno a la misma para

²⁶ *Ibíd.*, 32.

²⁷ *Ibíd.*, 33.

²⁸ *Ibíd.*, 35.

²⁹ *Ibíd.*

buscar el consenso social que la acepte como tal y la legitime. También, las manifestaciones culturales pueden ser propuestas para ser consideradas como patrimonio desde la sociedad civil, pero, como se refirió, es necesario el respaldo del grupo de poder para que estas puedan ser catalogadas como tales.

1.3. Aproximación al concepto de patrimonio cultural intangible

El patrimonio cultural intangible o inmaterial es una parte del patrimonio cultural compuesta por los elementos incorpóreos de las tradiciones de las sociedades: modos de hablar, música, ceremonias, ritos, fiestas, tradiciones orales, etc. Son tradiciones no físicas relacionadas a una manera de vivir que cambia constantemente, por ello, las manifestaciones culturales también están en permanente transformación.³⁰

La manera de proteger estos bienes es documentarlos, estudiarlos como son, como se expresan y analizar cambios que se han suscitado sobre ellos. Por esto, no se busca su autenticidad, a diferencia del patrimonio cultural físico, sino su continuidad histórica, que sus variaciones sean respetadas y que se los registre en forma habitual.³¹ Hay que tomar en cuenta que, a pesar de que lo que se busca generalmente es la preservación y continuidad del patrimonio cultural intangible, no toda manifestación de este tipo debe ser protegida, conforme a los argumentos expuestos en el numeral 1.1. de este trabajo investigativo.

Eric Hobsbawn, al hablar de la tradición, dice que varias tradiciones que parecen ser antiguas son, por lo contrario, recientes y muchas veces inventadas. Señala que la “tradición inventada” es un conjunto de prácticas regidas generalmente por normas aceptadas expresa o tácitamente, de carácter simbólico o ritual, cuyo fin es infundir ciertos valores o normas de comportamiento mediante su repetición, lo que implica continuidad con el pasado. Señala que lo que se intenta es que las “tradiciones inventadas” se conecten con un pasado histórico que sea conveniente. Al hacer alusión al pasado histórico, indica que la referencia a éste en las “tradiciones inventadas” no es necesariamente remota, sino que frecuentemente su continuidad es ficticia.³² Así, “existen respuestas a nuevas situaciones que toman la forma de referencia a viejas

³⁰ Sara Cambeiro y María Ángeles Queirol, *El patrimonio inmaterial* (Madrid: Los libros de la Catarata, 2014), 10.

³¹ *Ibíd.*, 11.

³² Eric Hobsbawn y Terence Ranger, *La invención de la tradición* (Barcelona: Crítica S.L, 2002), 7-8.

situaciones, o que imponen su propio pasado por medio de una repetición casi obligatoria”.³³

Con la invención de la tradición existe un intento de establecer como invariables o inalterables algunas partes de la vida social en un mundo que se encuentra e incesante transformación.³⁴ El autor distingue las tradiciones (inclusive las inventadas) de la costumbre, señala que la característica de la primera es la invariabilidad, pues se imponen prácticas fijas, generalmente formalizadas, que se repiten; mientras que la segunda puede cambiar o innovar en un determinado momento, aunque con ciertas limitaciones, porque suele tratarse de que esta parezca igual o compatible con la precedente, para dotarle de continuidad social. El debilitamiento de una costumbre transforma a la tradición con la cual está relacionada.³⁵

Considera además que “inventar tradiciones es un proceso de formalización y ritualización, caracterizado por la referencia al pasado, aunque solo sea al imponer la repetición”.³⁶ El autor dice que en todos los tiempos y lugares se ha dado la invención de la tradición, pero que se da más frecuentemente en épocas en las que se da una rápida transformación social, que desgasta o destruye los modelos sociales para los cuales fueron creados ciertas tradiciones y en los cuales, nuevas tradiciones no son aplicables; también se produce esto cuando las viejas tradiciones, aquellos que las traen consigo y sus difusores institucionales, no se adaptan fácilmente, es decir, cuando no existe flexibilidad al respecto.³⁷

Hobsbawn indica que las formalizaciones no se dan únicamente en sociedades tradicionales sino también en las modernas y que las nuevas tradiciones no siempre son el resultado de no haber podido adaptar las viejas tradiciones. Muchas veces la adaptación se produce por la utilización viejas costumbres en nuevas condiciones, mediante el empleo de antiguos modelos para nuevos objetivos,³⁸ en estos casos, dice el autor, “la novedad no es menos nueva por el hecho de haber sido capaz de disfrazarse fácilmente de antigüedad”.³⁹

³³ *Ibíd.*, 8.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, 9.

³⁶ *Ibíd.*, 10.

³⁷ *Ibíd.*, 11.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*, 12.

Menciona que no hay que olvidar que también en la continuidad de las tradiciones, se generan interrupciones; y que tampoco debemos “confundir la fuerza y la adaptabilidad de las tradiciones genuinas con la ‘invención de la tradición’”⁴⁰ porque si aún existieran los modos o formas de vida antiguos no tendría sentido el revivir o inventar una tradición;⁴¹ además, que en los lugares en los que las nuevas tradiciones fueron inventadas, generalmente fueron en aquellos en los que las antiguas tradiciones se dejaron de usar a propósito o en los que éstas se adaptaron.⁴²

En conclusión, el patrimonio cultural inmaterial es uno de los elementos que conforma el patrimonio cultural, integrado por expresiones intangibles que exteriorizan el pensamiento, la forma de ver el mundo y las costumbres de una sociedad. Este va cambiando o variando conforme se transforma la misma. Cuando se habla de tradiciones u otras manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial, no se podría decir que éstas se han mantenido tal y como cuando fueron creadas, pues, generalmente se mantienen aquellas que inspiran determinados valores, conceptos, modos de entender el pasado, que se interesa que permanezcan así en la sociedad.

Asimismo, se debe comprender que algunas manifestaciones culturales inmateriales no deben permanecer en ninguna sociedad, a pesar de que puedan existir ciertos intereses o determinadas formas de pensar que puedan considerarlas como adecuadas con el único fundamento de que existe un consenso social al respecto; y esto se determina tomando en cuenta varios argumentos para el efecto, que son aplicables a cualquier sociedad, pues estos se derivan de la razón, de la experiencia, del conocimiento científico y de la empatía.

Así, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 1.1 de este trabajo investigativo, deberíamos realizar varios cuestionamientos a las tradiciones culturales que existen, tanto en nuestra sociedad como en otras, relacionados a los efectos que las mismas producen son los seres sobre los cuáles estas recaen, es decir, preguntarnos si las consecuencias de su aplicación son buenas o dañinas para los mismos, si estas deterioran su bienestar e integridad y si, en su lugar, existen otras que en vez de provocarles agravios, podrían mejorar sus condiciones de existencia. Este análisis debería ser considerado como el primer filtro para determinar la permanencia o no de cualquier tradición en cualquier sociedad.

⁴⁰ *Ibíd.*, 14.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

1.4. El cambio de paradigma de los animales de objetos a sujetos de derechos en la época contemporánea

En este apartado se tratará acerca de algunas posturas filosóficas referentes a la subjetividad jurídica de los animales que tuvieron su origen en la época contemporánea, dada la extensión y el propósito del trabajo, no sin antes mencionar que en épocas anteriores a ésta, también se discutía acerca de si los animales son cosas, seres sintientes, si tienen alma, si tienen razón y si el hecho de que posean o no razón, o que puedan expresarse verbalmente, les hace seres a los que se les deba reconocer derechos o seres merecedores de consideración moral por parte de los seres humanos.⁴³

Jeremy Bentham:

Es un jurista británico nacido el 1748, quién en su libro “Los Principios de la Moral y de la Legislación” reflexiona acerca de si existe alguna razón para que la especie humana atormente a los animales, sin encontrar ninguna que justifique este hecho. Hace un símil entre cómo fueron tratados los esclavos en épocas anteriores y cómo son tratados los animales ahora. Para él, lo fundamental es que se reconozca su capacidad de sentir, hecho suficiente para ser tratados con consideración y para que se prohíba su tortura.⁴⁴

Puede llegar el día en que el resto de la creación animal adquiera esos derechos de los que nunca podría haber sido privada, excepto a manos de la tiranía. Los franceses han descubierto que la pigmentación negra de la piel no es razón para que un ser humano sea abandonado sin remedio a los caprichos de un torturador. Puede que un día el número de miembros inferiores, la vellosoidad de la piel, o la terminación de los sacrum, son razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa trazaría la línea insuperable?, ¿será la facultad de la razón o, quizá, la facultad del habla? Pero un caballo adulto o un perro son, más allá de toda comparación, seres más racionales, así como animales más hablantes que un niño de pocos días, de una semana, o aun de un mes de edad. Pero supongamos que el caso sea distinto, ¿qué significaría?, la pregunta no es ¿pueden razonar?, ni ¿pueden conversar?, sino ¿pueden sufrir?⁴⁵

Bentham señala que el legislador debe prohibir todo aquello que se encuentre relacionado con la crueldad, así como se prohibieron los espectáculos con gladiadores que fueron introducidos a Roma al final de la República, por dos razones: la primera

⁴³ Algunos de los pensadores que trataron sobre estos temas son, por ejemplo, en la Grecia Antigua: Aristóteles, Crísipo, los filósofos escolásticos; en la época moderna, Descartes.

⁴⁴ Jeremy Bentham, *Los principios de la moral y de la legislación* (Buenos Aires: Claridad S.A., 2008), 291.

⁴⁵ *Ibíd.*

es que los animales son seres sintientes, con capacidad de sufrir y la segunda por un razón que tiene que ver con el efecto emocional que estos espectáculos producen en la personas. Argumenta que las leyes crueles hacen inhumanos a los hombres y hace referencia a que un pueblo acostumbrado a despreciar la vida en los juegos, podría hacerlo en cualquier otra circunstancia.⁴⁶

El legislador debe prohibir todo aquello que pueda servir para conducir a la crueldad. Los espectáculos bárbaros de los gladiadores introducidos en Roma hacia los últimos tiempos de la República contribuyeron sin duda a dar a los romanos aquella ferocidad que desplegaron en todas sus guerras civiles. Un pueblo que se ha acostumbrado a despreciar la vida de los hombres en sus juegos ¿los respetará al furor de sus pasiones? (...) Por esta misma razón conviene prohibir toda especie de crueldad en contra de los animales, sea por diversión, sea por glotonería. Las peleas de gallos, las corridas de toros, la caza de liebres y zorros, la pesca y otras diversiones de la misma especie, suponen, por necesidad, bien la ausencia de reflexión o un fondo de inhumanidad, pues causas a unos entes sensibles los dolores más vivos, la muerte más prolongada y dolorosa de que se puede formar idea. (...) ¿Por qué ha de negar la ley su protección a todo ser dotado de sensibilidad?⁴⁷

El autor únicamente está en contra de la tortura de animales o de cualquier ser vivo, por considerarlos seres sensibles, capaces de sufrir, pero hace referencia a los mismos como especímenes que sirven para satisfacer las necesidades humanas, a los que debería permitirse matarlos, pero de una manera indolora. Como se infiere, aunque Bentham hable de “derechos” de los animales, en realidad, al verlos como entes inferiores al servicio de otros, lo que hace es apelar a la benevolencia del ser humano en su trato, tomando en cuenta las características fisiológicas de los demás animales. El gran mérito de Bentham es el haber tomado en cuenta a todos los animales como seres sintientes que deben ser protegidos por la legislación, por primera vez, que además constituye un adelanto fundamental en el pensamiento de la época.

Henry Salt:

Es un naturalista inglés nacido en 1780. Él publicó, en 1892, el libro “Los Derechos de los Animales”. En este hace una reflexión acerca de que si las prácticas o costumbres que provocan dolor o sufrimiento innecesario a los seres que sienten, son contrarias a los *instintos de humanidad*. Sostiene que los animales tienen derechos de la misma manera como lo tienen los seres humanos: al desarrollo individual, a la

⁴⁶ Jeremy Bentham en Francisco Ferrer y Vals, *Principios de legislación y de codificación extractados de las obras del filósofo Jeremías Bentham* (Madrid: Tomas Jordan, 1834), 168-9.

⁴⁷ *Ibíd.*

libertad para vivir su propia vida, siempre y cuando no afecte al derecho de los demás, haciendo referencia lo que Herbert Spencer denominó “libertad restringida”.⁴⁸

Hace un recuento del criterio de los pensadores a través de la historia, comenzando por los budistas y los filósofos humanitarios del Imperio Romano (Séneca, Plutarco Porfirio), quienes pregonaban el principio de benevolencia universal, incluyendo dentro de éste, naturalmente, a la benevolencia hacia los animales no humanos. Explica que en la Edad Media, con el dominio de la Iglesia, no se tomó atención alguna a las atrocidades cometidas en contra de las especies inferiores, precisamente al basarse esta doctrina, en el pensamiento judeo-cristiano que dividía a los seres que tienen alma y a los que no, en superiores e inferiores, correspondientemente, legitimando un dominio total de unos sobre otros.⁴⁹

Cita, además, otra fuente que permitió el maltrato hacia los animales no humanos: la teoría de Descartes, según la cual, los animales eran concebidos como simples máquinas, carentes de sensibilidad y conciencia, lo que les hacía objetos de las más crueles vejaciones por parte de los seres humanos. Este planteamiento tuvo su respuesta con Voltaire, quién lo contrarrestó con la idea de que Dios no había puesto en los animales un sistema nervioso con la finalidad de que no sintieran.⁵⁰

Explica el autor que con la Ilustración, en el siglo XVIII, se encontraron reflexiones importantes acerca de los derechos de los animales y hace mención a varios escritores que trataron acerca de temas de reivindicación social, de los derechos de las mujeres y de los animales, haciendo una especial mención a Jeremy Bentham; además, señala que, sin embargo, las escasas reivindicaciones que se hicieron para la protección de los animales han sido realizadas en defensa del derecho de propiedad de los seres humanos sobre éstos, mas no en los derechos que deben ser reconocidos a los animales por sí mismos.⁵¹

Este autor sostiene que los animales también tienen su individualidad, basado en la teoría de Charles Darwin acerca de la similitud de características que tienen los seres humanos y los animales no humanos; características que pueden encontrarse bastante desarrolladas en unas especies o de forma incipiente en otras, y éstas son: amor, memoria, atención, sensibilidad, curiosidad, razón, etc., y que por esto se debe

⁴⁸ Salt, *Los derechos de los animales*, 30.

⁴⁹ *Ibíd.*, 35.

⁵⁰ *Ibíd.*, 36.

⁵¹ *Ibíd.*, 31, 34.

respetar el derecho que tienen a la libertad de elegir y actuar, que es la condición esencial de su bienestar, así como lo es del bienestar de los seres humanos. Tanto humanos como no humanos, tienen una finalidad moral, que es la de “vivir una vida propia, es decir, la de realizar su verdadero ser”.⁵²

Pone en evidencia también que una de las razones por las que el maltrato a los animales continúa es por la mala utilización del lenguaje, pues los términos como *bruto, bestia, simples animales* para referirse despectivamente a los animales, niegan implícitamente que estos tengan la *individualidad inteligente*, que efectivamente poseen y que el ser humano es un animal como los demás; este enunciado, aparte de lo anteriormente descrito, ha hecho que a los animales se los haya degradado al estatus de cosas.⁵³

Compara la situación actual de los animales domésticos a la de los esclavos negros de hace tiempo atrás y señala que se utilizaban las mismas falacias para mantenerlos en la situación en la que se encontraban, como la exclusión de los mismos del grupo de los seres que tenían derechos. Considera que el sentido de justicia y conmiseración se debe por igual a las dos especies, ya que la sensibilidad, el sufrimiento y el dolor es el mismo en ambos casos; es incoherente, conceder derechos a los seres humanos y negárselos a los demás animales.⁵⁴

Generalmente, dice Salt, aquellos que niegan los derechos de los demás, son los que no pertenecen al grupo de seres al que les son negados y son los que más elogian ese sacrificio por parte de los “otros”, para beneficiarse a sus expensas. La mutua aniquilación competitiva, la ley del dominio del más fuerte, de la selección natural o de la supervivencia del más apto, no son las únicas que rigen el universo,⁵⁵ esto se ha demostrado con los avances y logros de los grupos de lucha social de los que antes eran los marginados.

Al tener, los seres humanos y el resto de animales, el mismo derecho a la libertad restringida, este pensador sostiene que en caso de que se deba matar, se lo haga independientemente de la especie y que en caso de que se deba provocar dolor, que sea por algún asunto de absoluta necesidad, que “no se trafique con las

⁵² *Ibíd.*, 38.

⁵³ *Ibíd.*, 39, 40.

⁵⁴ *Ibíd.*, 42, 44.

⁵⁵ *Ibíd.*, 44-45.

innecesarias miserias de otros seres e intentemos luego acallar nuestra conciencia con una serie de excusas que no resisten un solo momento de imparcial investigación”.⁵⁶

Peter Singer:

Es un filósofo utilitarista italiano nacido en 1946, quién, en su obra publicada en 1980, titulada “Liberación Animal”, comenta acerca del especismo, que constituye en un tipo de discriminación en razón de la especie, que consiste en un “prejuicio o actitud parcial favorable hacia a los miembros de la especie humana y en contra de otras”,⁵⁷ que hace que los animales sufran todo tipo de maltrato por parte de los seres humanos; asimila el especismo al racismo, puesto que mediante estos dos se justifica la explotación de un grupo sobre otro,⁵⁸ en el primero, la explotación de los animales por parte de las personas y en el segundo, el aprovechamiento de un ser humano sobre otro.

El autor explica que tanto en la discriminación en razón de la raza, del sexo o de la especie, los argumentos son los mismos: carencia de alma, raciocinio, autonomía o cultura, que fundamenta la superioridad de unos seres y pone a los otros al servicio de estos;⁵⁹ sostiene que, así mismo, las objeciones que se hacen tanto al racismo como al sexismo, deberían ser aplicables al especismo, puesto que si la existencia de diferencias físicas o intelectuales no autoriza a un humano a que utilice a otros para sus fines, tampoco autoriza la explotación del humano sobre un animal no humano.⁶⁰

En relación al interés de conservar la vida y al de evitar el sufrimiento, plantea diferencias, siendo una de las más relevantes que, el interés que puede tener un ser vivo en conservar su vida depende, en gran medida, de la calidad de vida que podría tener; mientras que el interés por evitar el sufrimiento es universal. Eso hace que si el dolor es del mismo tipo e intensidad, tenga la misma importancia o consideración moral si se lo infiere a una persona o a un animal; la diferencia de capacidades entre diferentes especies es notable cuando, en virtud de ellas, varía la intensidad o el tipo de sufrimiento.⁶¹

Singer propone varios ejemplos para demostrar que el ser humano común y corriente es especista, puesto que colabora, de muchas formas, consciente e

⁵⁶ *Ibíd.*, 46.

⁵⁷ Peter Singer, *Liberación animal*, 2a. ed. (Madrid: Trotta, 1975), 42.

⁵⁸ *Ibíd.*, 14.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*, 42.

⁶¹ *Ibíd.*, 15-6.

inconscientemente para que los intereses vitales de las especies no humanas, como es el de no sufrir, se vean vulnerados por intereses banales que lo satisfagan.⁶²

Tom Regan:

Es un filósofo estadounidense nacido en 1938, es el mayor referente de los defensores de los derechos de los animales. En su libro “Jaulas Vacías”, señala que la noción de derechos de los animales lleva consigo una idea sencilla: los animales tienen derecho a ser tratados con respeto; y esta idea, a su vez, tiene un significado profundo por las connotaciones que trae consigo, pues no podríamos utilizarlos como alimento, ni para vestimenta, diversión o experimentación, es decir, no podríamos explotarlos. El autor sostiene que reconocer derechos a los animales implica ser abolicionistas, no reformistas.⁶³ “los derechos de los animales se resume en tener jaulas vacías, no más grandes”.⁶⁴

Regan explica que los defensores de los animales son llamados extremistas y señala dos acepciones de extremismo: a) Estar dispuesto a hacer cualquier cosa con tal de lograr los objetivos propuestos, b) Incondicionalidad de aquello que se cree. Los defensores de los derechos de los animales únicamente son extremistas en el segundo sentido, pues están en contra de todo tipo de crueldad en contra de los animales sin condición alguna; pero no son extremistas en referencia al primer significado de la palabra pues reconocen que hay límites morales que no pueden sobrepasarse en nombre de la liberación animal, como por ejemplo causar daño a los seres humanos. El autor señala que muchas veces las ideas radicales son las correctas y que tener una perspectiva incondicionada de lo correcto o incorrecto de un determinado acto no es muestra de que ésta visión sea errónea. Entonces, no hay que preguntarse si una idea es extremista o no, sino si esta es razonable.⁶⁵

Regan, antes de entrar en el tema específico de los derechos de los animales, nos habla de los derechos humanos y explica que tener derechos morales⁶⁶ consiste en

⁶² *Ibíd.*, 45.

⁶³ Tom Regan, *Jaulas Vacías* (España: Altarriba, 2006), 23.

⁶⁴ *Ibíd.*, 24.

⁶⁵ *Ibíd.*, 24-5.

⁶⁶ Según Tom Regan, los derechos morales básicos son aquellos derechos no adquiridos que poseen aquellos que son sujetos de una vida, sean agentes o pacientes morales, es decir, sean sujetos de derechos o sujetos de derechos y obligaciones. Estos derechos que son la vida, libertad e integridad, se tiene independientemente de los actos voluntarios de cualquier persona (a diferencia de los derechos legales), es decir, son derechos inherentes al individuo; son también universales, por lo tanto, independientes de la especie, raza, sexo, religión, pertenencia a una nacionalidad, edad, entre otros. Tom Regan, “En defensa de los derechos de los animales”, 1ª ed., (México: *Fondo de Cultura Económica*, 2016), 303 - 306.

tener una barrera protectora que significa “*prohibido el acceso*”: nadie es moralmente libre de hacer daño a otro, no está facultado para matarlo, provocarle heridas físicas o morales, o privarlo de la libertad. Estos derechos morales protegen los bienes jurídicos más importantes que son la vida, la integridad física y psicológica, y la libertad, poniendo un límite moral a la libertad de otros. Cuando alguien sobrepasa el límite de su libertad y vulnera los derechos del otro, este está en todo el derecho de defenderse, aun así ocasione daño al agresor. Otra característica de los derechos morales es que se fundan en la igualdad, todos tenemos los mismos derechos, independientemente de edad, especie, sexo, religión, cultura o grupo étnico; y el hecho de que se puedan obtener beneficios de la vulneración de derechos, no la justifica.⁶⁷

Regan sostiene que cuando alguien reivindica sus derechos, no está solicitando favor alguno, sino un trato justo, que se reconozca lo que se le debe; además, considera que las personas que conozcan de la vulneración de derechos hacia otros seres, sobre todo indefensos, tienen el deber de asistirlos y que éste es un deber de justicia, más no un acto únicamente bondadoso.⁶⁸

En relación a la explicación de porqué los humanos son titulares de derechos, Regan afirma que el concepto de persona es insuficiente para explicar este hecho. El concepto de “persona” que tiene validez universal entre los filósofos, es que persona es todo individuo moralmente responsable de sus acciones; entonces, si se dice que los seres humanos tienen derechos por ser personas, quedarían excluidos de este concepto varios grupos de seres humanos como los recién nacidos o los dementes, que no serían personas respecto a esa acepción de la palabra y por ende no se explicaría, con este concepto, porqué este grupo de seres humanos, que no entra en la categoría de personas, tiene derechos.⁶⁹

Otro argumento que se ha utilizado para fundamentar que los seres humanos tienen derechos es que estos tienen autoconsciencia (son seres conscientes de que son conscientes); no son solo conscientes de la existencia del mundo sino de que ellos existen en el mundo, eso explica el temor a la muerte. En referencia a este punto, algunos filósofos consideran que aquellos seres que no son conscientes de su existencia y de que son mortales, no pueden reivindicar el derecho a la vida, pues a su criterio, solo un ser autoconsciente tiene este derecho. Esta teoría, así como la

⁶⁷ *Ibíd.*, 50-2.

⁶⁸ *Ibíd.*, 53.

⁶⁹ *Ibíd.*, 56-7.

anterior, no explica porque cierto grupo de seres humanos, que no son autoconscientes, como los recién nacidos, tienen derecho a la vida; y tampoco explica porque los seres autoconscientes pueden reivindicar el derecho a la integridad física.⁷⁰

Otro de los motivos que ha sido utilizado para justificar que los seres humanos tienen derechos, es que poseen leguaje. Esta postura al igual que las anteriores no explica porque todos los seres humanos, incluyendo aquellos que no puedan hablar, ya por su edad o por deficiencias físicas, los tienen. Entonces, tampoco este constituye un argumento válido para el efecto.⁷¹

Hay filósofos que sostienen que los seres humanos tienen derechos por pertenecer a una comunidad moral, que es una sociedad en la que los derechos son reivindicados y entendidos. Esta explicación de los filósofos trata de incluir en el grupo de seres humanos que tienen derechos a aquellos que las teorías anteriormente citadas excluyen, aunque ya no fundamentan la posesión de derechos en sus capacidades individuales. El problema de esta teoría es que intentan explicar la veracidad de la misma basándose en un acuerdo general dentro de la comunidad, lo que no le da validez, pues una idea no es verdadera únicamente porque un grupo de individuos lo cree así.⁷²

Regan explica que otra de las tesis que se utiliza para explicar porque los seres humanos tienen derechos es la existencia del alma dentro de su cuerpo. Este es un argumento religioso cuya concepción depende de la religión de la que se trate, por ejemplo, en unas existe la reencarnación, en la que inclusive un ser humano podría regresar al mundo en forma de animal, en otras no. Pero, sea cual sea la creencia, lo que le suceda al ser humano después de su muerte no es relevante para explicar porque tiene derechos en la vida terrena.⁷³

Además del argumento de que los seres humanos poseen alma, otro que utilizan los grupos religiosos es que los seres humanos tienen derechos porque esa es la voluntad de Dios. Claro que ateos y agnósticos no compartirían este criterio, por otra parte, de ser esto cierto, si Dios no existiera, los humanos no tendrían derechos. Cabe recalcar que ateos y agnósticos creen también en la existencia de los derechos humanos y no solamente los religiosos o creyentes.⁷⁴

⁷⁰ *Ibíd.*, 57.

⁷¹ *Ibíd.*, 58.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*, 60.

⁷⁴ *Ibíd.*

El autor se remite a los textos sagrados como la Biblia y señala que en ninguna parte encuentra escrito que Dios ha otorgado derechos a toda la humanidad; y, que si se hace referencia al Nuevo Testamento encontramos una ética de amor y no de derechos, pues supuestamente el amor de Dios hizo que éste cree a los seres humanos y así mismo, siguiendo el ejemplo debemos amar al prójimo, pero esto es un acto de voluntad, no un derecho que un tercero puede exigir. Otro punto de reflexión propuesto por Regan es que, en el caso de aceptarse la existencia de Dios y que este otorga derechos, tampoco podríamos saber a quién y porque lo hizo. Todo esto demuestra la insuficiencia de este criterio para explicar la existencia de derechos en los seres humanos.⁷⁵

Para Regan, la respuesta correcta acerca de porqué los seres humanos tienen derechos, es porque todos son sujetos de una vida, porque son alguien y no algo; esto es lo que justifica la igualdad moral, independientemente de las características físicas o psíquicas de cada sujeto.⁷⁶

Para saber si los animales tienen derechos, dice Regan, hay que preguntarse si son sujetos de una vida. Ser sujetos de una vida significa que ellos son conscientes del mundo y de lo que ocurre, lo que tiene importancia para ellos independientemente de si la tiene o no para los demás. El autor expone los motivos por los cuales los animales son seres conscientes, capaces de experimentar dolor, placer, ansiedad, miedo, ira, amor, ternura y otro tipo de sentimientos, basado en la teoría de Charles Darwin. Además pone como un punto relevante el que su fisiología funciona de la misma manera (con sus respectivas particularidades) que la nuestra.⁷⁷

Entonces, señala, si los seres humanos y los demás animales son sujetos de una vida, entonces, tienen derechos y por lo tanto merecen respeto; hay que tomar en cuenta que los derechos morales no pueden ser negados sin una justificación, arbitrariamente o por motivos irrelevantes, sin importancia alguna, como lo serían sexo, raza o especie. El hecho de que un ser con similares características fisiológicas y determinadas diferencias biológicas pertenezca a una u otra especie, no tiene relevancia moral alguna para negarle los derechos que le corresponden.⁷⁸

Jorge Riechmann:

⁷⁵ *Ibíd.*, 61.

⁷⁶ *Ibíd.*, 64.

⁷⁷ *Ibíd.*, 68.

⁷⁸ *Ibíd.*, 75.

Es un filósofo español nacido en 1962, autor del libro *Todos los animales somos hermanos*. En él hace un análisis de la importancia de hacer visibles los problemas éticos y morales de la relación entre el ser humano y el resto de la naturaleza, porque sólo con un cambio de perspectiva de la gente se podría avanzar hacia una ética ecológica en la que se tomen en cuenta los intereses de las demás especies, ya que la decisión depende de la percepción. Sostiene que el comportamiento ético debe estar dirigido hacia todos los seres vivos y que no hay una razón para destinarlo exclusivamente hacia los seres humanos.⁷⁹

Pasar de una situación en la que los animales no humanos son considerados como cosas a otra en el que se les reconozca respeto moral, requiere de un completo cambio de valores.⁸⁰ El problema para modificar la situación moral y legal de los animales es que esta no solamente depende de una argumentación racional, ya que los seres humanos están condicionados por factores religiosos y culturales difíciles de romper, que condicionan su idea del mundo.⁸¹

Para este autor, el hecho de que los animales no sean agentes morales, no quiere decir que no puedan ser titulares de derechos; al respecto, señala que la filosofía moral y la teoría jurídica han tardado en tomar en cuenta la teoría Darwiniana de la evolución biológica, que evidencia la relación que tiene el ser humano con el resto de animales; y que, en su lugar, se ha interpuesto una barrera moral, sustentada en teorías metafísicas, como la cristiana, que atribuyó únicamente a la especie humana la pertenencia de un alma, lo que coloca un abismo entre esta y las demás especies, postura que el autor denominó la “tesis de la diferencia antropológica” o la “tesis del espléndido aislamiento”.⁸²

Riechmann señala que actualmente, más de un siglo después de la teoría de Darwin, con el conocimiento científico que tenemos a nuestro alcance, resulta insostenible esa teoría y que lo que cabe en una “teoría biológica evolucionaria encuadrada en una perspectiva cósmica”. Entendemos así, que la especie humana es una entre tantas, claro que con sus características peculiares, tratándose de “límites dentro de un continuo”;⁸³ hay que tener en cuenta que las diferencia de las capacidades

⁷⁹ Jorge Riechmann, *Todos los animales somos hermanos* (Madrid: Los libros de la Catarata, 2005), 22.

⁸⁰ *Ibíd.*, 28-9.

⁸¹ *Ibíd.*, 35.

⁸² *Ibíd.*, 31, 35, 36.

⁸³ *Ibíd.*, 36-7.

entre especies, no fundamentan supremacía moral alguna, de sostener lo contrario, estaríamos incurriendo en una falacia naturalista.⁸⁴

Hace el autor una diferencia entre la teoría antropocéntrica y biocéntrica, dividiendo a la primera en dos, en antropocentrismo fuerte y el antropocentrismo débil. El antropocentrismo fuerte considera al ser humano como medida y valor de todas las cosas, teniendo a los entes no humanos como meramente instrumentales, para satisfacción de las necesidades del ser humano; el antropocentrismo débil reconoce valor a ciertos entes no humanos, en la medida en la que compartan características con la especie humana. Divide, así mismo, al biocentrismo en dos corrientes: la primera que acepta los postulados de las teorías antropocéntricas pero que critica la poca consideración que tienen hacia los entes no humanos; y la segunda, que se la denomina biocentrismo o ecología profunda, que propugna una ética holística que considera al ecosistema como un todo que tiene un valor intrínseco, por lo que todo ser vivo merece respeto moral.⁸⁵

Como se puede colegir de los conceptos descritos, el antropocentrismo débil y el biocentrismo débil pueden confluír; mientras que el antropocentrismo fuerte y el biocentrismo fuerte, son excluyentes.⁸⁶

Subraya este autor, la importancia de conocer del funcionamiento del mundo, pues con base en este conocimiento se establecen determinados principios éticos.⁸⁷ Señala que otro motivo por el cual es importante el conocimiento de los hechos del mundo, es para poder definir, según las características que tenga el agente moral del que se trate, si se le puede hacer determinadas exigencias morales o no, y en qué medida.⁸⁸

Riechmann sostiene que los animales son fines en sí mismos, que no deben ser tratados como simples instrumentos y que, si bien no son agentes morales, son pacientes morales, seres sintientes que tienen derecho a ser respetados por sí mismos y no en función de otros.⁸⁹

Este autor es partidario de la teoría de Jeremy Bentham, quien define los elementos fundamentales del raciocinio para determinar que los animales son sujetos

⁸⁴ *Ibíd.*, 39.

⁸⁵ *Ibíd.*, 42-3.

⁸⁶ *Ibíd.*, 43.

⁸⁷ *Ibíd.*, 39.

⁸⁸ *Ibíd.*, 40.

⁸⁹ *Ibíd.*, 67.

pasivos de derechos, teoría que después sería complementada por otros autores como Salt, Singer, Angélica Krebs, con más elementos que son: “a) La elección de la capacidad de sentir como criterio moralmente relevante (en lugar de la razón, de lenguaje o de la libertad), b) el argumento de los casos marginales, c) la denuncia del prejuicio de especie”.⁹⁰

El argumento de los casos marginales se refiere al razonamiento que sostiene que existen seres humanos infantiles o discapacitados que carecen de ciertas aptitudes, habilidades o capacidades que las personas denominadas normales tienen; así, éstos se encontrarían al mismo nivel que ciertos animales en cuanto a sus capacidades o incluso por debajo de los mismos. Con fundamento en esta comparación entre ese grupo de seres humanos y ese grupo de animales, es carente de toda lógica privar de dignidad moral a seres no humanos que están en las mismas circunstancias que ciertos seres humanos, únicamente por pertenecer a otra especie.⁹¹

Otra de las consideraciones que propone Riechmann para fundamentar su postura de que se deben tomar en cuenta los intereses de las demás especies, es que los seres humanos tienen la capacidad de ponerse en el lugar del otro, que es “un presupuesto de la vida moral en general y también una condición previa para el desarrollo de otras capacidades morales.” Cita este autor a David Hume y a Adam Smith, que consideraron también que “la imaginación compasiva es el fundamento de la vida moral”.⁹²

El autor sostiene que existe en el mundo similitudes y diferencias cuya relevancia cultural está determinada por cada sociedad, en un cierto período de tiempo. Así pone de ejemplo a la ilustración, que fue un movimiento que modificó y disminuyó la importancia que se daba a las diferencias económicas o fisonómicas entre los individuos, habiendo establecido el principio de que los seres humanos nacen libres e iguales en cuanto a dignidad y a derechos, a pesar de que cada persona tiene sus características peculiares. Esas diferencias no impiden (o no deben impedir) que las personas tengan los mismos derechos en la vida social, política y económica.⁹³

El progreso moral que ha tenido la humanidad, en este aspecto, es el desarrollo de la idea del respeto hacia los demás seres humanos como seres iguales, a pesar de

⁹⁰ *Ibíd.*, 70.

⁹¹ *Ibíd.*, 70.

⁹² *Ibíd.*, 71.

⁹³ *Ibíd.*, 72-3.

las diferencias de cada uno. Riechmann señala que lo que viene ahora es la profundización del pensamiento ilustrado o de una segunda ilustración (como la han llamado otros autores) que complemente esa semejanza entre los seres humanos, establecida por la primera ilustración, y haga evidente otra semejanza esencial: la de los seres humanos con la de los demás seres vivos, el parentesco que los vincula, el común origen evolutivo natural; para que, de esta manera, se pueda lograr la paz entre los seres humanos y los seres de otras especies; y el respeto de los primeros hacia los segundos.⁹⁴

El autor indica que, tomando en cuenta los principios de igualdad y de justicia, se tiene que considerar al actuar, las semejanzas y diferencias relevantes entre la especie humana y el resto de seres vivos, para moralizar la relación de los primeros con los segundos. Es decir, se debe tratar a los iguales como iguales y a los diferentes como diferentes, haciendo una categorización, según este autor, con fundamento en el criterio material de justicia de las capacidades sensoriales, emocionales e intelectivas esenciales o básicas de las diversas clases de animales, y mas no en base a un criterio especista.⁹⁵

Esto implicaría que los seres humanos deben abstenerse de ocasionar sufrimientos innecesarios a las otras especies, pero no conllevaría dar el mismo trato a una persona que a otro tipo de animal, pues cada uno tiene sus características específicas y sus necesidades. Inclusive, indica al autor, si se les reconoce derechos a las otras especies de animales, muchos serían distintos los reconocidos a los seres humanos, pues esto depende de las particularidades y necesidades de cada ser vivo.⁹⁶

Riechmann considera que los seres que sienten, que pueden ser dañados o que tienen intereses (que son todos los organismos vivos) deben ser tomados en cuenta en las deliberaciones morales. A diferencia de estos, desde la perspectiva del autor, el ecosistema o la biósfera no merece consideración moral por sí misma, sino de una manera instrumental para el mantenimiento de las especies, pues no es un sujeto con intereses que puedan ser afectados.⁹⁷

Explica que ahora la comunidad moral únicamente está compuesta por seres humanos en calidad de agentes morales, pero que hay varias razones por las que se

⁹⁴ *Ibíd.*, 73-4.

⁹⁵ *Ibíd.*, 74-5.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*, 76.

debe ampliar esa comunidad moral e incluir, no solamente a los seres humanos, entre los cuales están aquellos que no tiene todas las facultades motrices y cognitivas; sino también a los demás seres vivos que también poseen intereses, y que de esta manera, “no sean tratados como meras cosas sin significación moral”.⁹⁸

Riechmann expone los cuatro criterios que comparten los defensores de los animales: a) Que los seres sintientes, incluidos seres humanos y otros animales, son sujetos de consideración moral por sí mismos; b) Que se debe reducir al máximo cualquier tipo de daño o sufrimiento a los seres sintientes; c) Que sostener los dos puntos anteriores no implica que todos los seres que sienten son iguales, que todas las vidas tienen el mismo valor o que la vida tenga un valor superior e intocable. Lo que quiere decir es que no se puede justificar el provocar daño a otro ser sintiente o quitarle la vida al mismo, en base a argumentos especistas; es decir, que este no es un argumento suficiente para infligir daño o sufrimiento a otro ser que tiene intereses (como el de no sufrir), únicamente por no pertenecer a la especie humana; d) Que por estos motivos, no debe utilizarse a animales para fines triviales como el uso para probar cosméticos, en espectáculos, para obtener pieles, entre otros.⁹⁹

En esta comunidad moral ampliada cambian las relaciones de sus miembros, pues la responsabilidad que existe en ella no es mutua en todos los casos, pues es ejercida únicamente por seres humanos (que estos son agentes morales), ya que éstos tienen la capacidad de razonar y la libertad para actuar. Los pacientes morales, que son el resto de animales y algunos seres humanos no son responsables sino únicamente sujetos de derechos.¹⁰⁰

Respecto de quién o qué podría ser titular de un derecho, Riechmann señala que depende del concepto de derecho que se tenga. Indica que, por ejemplo, si se entendería el derecho como una potestad, como una facultad que el titular puede ejercer o no, entonces los titulares, naturalmente serían los seres capaces de hacer esta elección, los seres libres con capacidad para decidir. Si es que el derecho es concebido como una libertad resguardada por límites respecto de los demás seres que puedan restringirla, es decir, por prohibiciones hacia terceros que puedan hacerlo, entonces el titular del derecho podría ser cualquier ser vivo o también personas jurídicas.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*, 77.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 77-8.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 201.

En los debates que se han realizado acerca de los derechos de los animales, se han propuesto varios criterios al respecto para determinar qué seres pueden ser titulares de derechos:¹⁰²

- a) La capacidad de sentir. Aquí se incluye a todos los animales, entre éstos a los seres humanos, pero no a las personas que por ejemplo están en un coma irreversible.
- b) La capacidad de poseer intereses. Estarían incluidos seres humanos, también otros animales, fetos humanos y plantas.
- c) La razón y la capacidad de libre elección. Estarían incluidos la mayoría de seres humanos, algunos animales con capacidades superiores y estarían excluidos niños pequeños y retrasados mentales.
- d) El lenguaje.

Este escritor señala que históricamente ha cambiado el hecho de que se le reconozcan derechos morales a una persona como individuo; ahora se les reconoce o se plantea reconocer derechos morales a grupos de personas como a la familia, a las minorías, a la humanidad en su conjunto, inclusive a titulares distintos de los seres humanos como los animales. Si bien todos los sujetos morales son sujetos de derechos, no es así a la inversa, un ejemplo de esto es que pueden ser sujetos de derechos las personas jurídicas.¹⁰³

Al hablar de los derechos humanos dice que estos están fundamentados en rasgos psicosomáticos que comparten los seres humanos y también en las necesidades básicas comunes que generan cosas o estados de las cosas que son importantes para todos. Las necesidades básicas como bienes universales dan lugar a la existencia de los derechos humanos que son positivizados en derechos fundamentales. La fundamentación de los derechos en las necesidades básicas, impide restringir los mismos sólo a los miembros de la especie humana, pues es innegable que las demás especies también tienen intereses y necesidades. Tanto la ética, como las ciencias jurídicas y sociales, deben tomar en cuenta que las distintas especies son seres biológicos, con ciertas similitudes, situados en un lugar y un tiempo determinado.¹⁰⁴

Riechmann distingue a los seres pertenecientes a la especie homo sapiens, de las personas en sentido estricto. Señala que persona, siguiendo el concepto de Kant,

¹⁰² *Ibíd.*, 202.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 203-4.

John Rauls, H.T. Engelhardt, es todo ser que es racional, libre, autónomo, consciente de su existencia, que puede darse parámetros de conducta o leyes a sí mismo y cuyas acciones le son imputables; solo este tipo de seres pueden tener a la vez derechos y obligaciones. Los miembros de la especie homo sapiens o personas en sentido social, serían, según este autor, todos los seres humanos tengan o no las capacidades referidas en este párrafo, como puede ser por ejemplo un ser humano en estado vegetal, un niño o un feto.¹⁰⁵

Sostiene que muchas veces los conglomerados humanos definen como personas a aquellas que no lo son en sentido estricto como los dementes o niños pequeños, pues éstos sólo poseen derechos pero no obligaciones. Haciendo una clasificación entre el organismo humano (persona social) y la persona en sentido moral, se podría colocar dentro de las personas en sentido social, a ciertas clases de animales superiores, como los chimpancés, que serían, es ese caso, titulares de derechos.¹⁰⁶

A estas personas en sentido social, Jorge Riechmann los denomina cuasipersonas, pues, es sus palabras:

Son cuasipersonas todos aquellos seres humanos que no son personas en sentido moral (incluyendo desde luego casos como el recién nacido, el deficiente mental profundo o el enfermo reducido a la condición de lo que a veces se llama "vegetal humano"); y también aquellos animales cuyas capacidades sensoriales, emocionales e intelectuales no quedan por debajo de aquellos "casos límite" de lo humano.¹⁰⁷

Respecto a esta definición, el autor dice que a pesar de que los límites de la clasificación referida no están del todo claros o muy bien determinados, eso no significa que esa delimitación no exista.¹⁰⁸

El concepto de cuasi persona que propone Riechmann se construye en base al principio de que "no existe ninguna diferencia moralmente relevante que justifique un trato diferente a seres que tienen capacidades sensoriales, intelectuales y emocionales semejantes";¹⁰⁹ para este autor, éste es el principio moral esencial para definir una comunidad de iguales más allá de la especie, por ello "las capacidades sensoriales,

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 204-5.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 205.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 206.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 206.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 207.

intelectuales y emocionales de un ser vivo son moralmente relevantes; y no lo es su pertenencia a una raza, un linaje, una nación o una especie determinada”.¹¹⁰

Riechmann define a las personas en sentido estricto como agentes morales que pueden tener derechos y obligaciones; y señala que las cuasipersonas no son agentes morales, pues no pueden ser responsables moralmente, ni puede imputárseles las consecuencias de sus propios actos, son agentes que únicamente tienen derechos y no obligaciones. Así, tanto las personas como las cuasipersonas pueden ser titulares de derechos.¹¹¹

El autor explica cuándo una norma es paternalista y en qué casos se justifica su creación. Basándose en el concepto de Atienza y completándolo sostiene que una norma es paternalista cuando su objetivo es lograr un bien para una persona, un grupo de personas, una cuasipersona o un grupo de éstas, sin contar con la aceptación de las personas a las que limita la norma. Como los individuos, sujetos de protección de la norma, no pueden prestar su consentimiento por tener alguna incapacidad transitoria o permanente, entonces debe presuponerse, racionalmente, para crearla, que los individuos a los que protege prestarían su consentimiento para crearla si no tuvieran esta incapacidad.¹¹²

Este paternalismo se justifica éticamente cuando su objetivo es proteger a seres cuya autonomía moral o sus capacidades moralmente relevantes son disminuidas en relación con el resto de seres vivos; y, cuando las personas, por su acción u omisión, pueden provocar algún daño a estas cuasi personas. Las acciones que se tomen a favor de los animales, evidentemente no pueden contar con el consentimiento de éstos; el paternalismo estaría éticamente justificado si con éste protegemos su bien objetivo, para esto, se debe atender a sus necesidades básicas e intereses más importantes.¹¹³

Riechmann explica que los teóricos que asimilan el concepto de persona y de ser humano (a pesar de que son distintos) atribuyen a los seres humanos propiedades no naturales que se alejan de cualquier característica o capacidad que pudiera tener algún miembro de la especie homo sapiens; una de estas propiedades o características que esos teóricos atribuyen, sin justificación alguna, a los seres humanos por el sólo hecho de serlos es la dignidad humana.¹¹⁴

¹¹⁰ *Ibíd.*, 208.

¹¹¹ *Ibíd.*, 209.

¹¹² *Ibíd.*, 209-10.

¹¹³ *Ibíd.*, 210.

¹¹⁴ *Ibíd.*

Según el autor, la idea de la superioridad humana con base en la atribución a la especie de una propiedad no natural, que no le corresponde empíricamente, constituye un argumento especista, un “prejuicio de especie” del homo sapiens en su propio beneficio. Este argumento permitiría, en cualquier conflicto moral en el que se hallen en colisión los intereses humanos con los intereses de las otras especies, favorecer a los primeros, únicamente apelando a esta “especial dignidad humana”, pues este argumento asigna más peso a los intereses de los seres humanos, que a los intereses del resto de animales.¹¹⁵

Hace notar el autor que a través del tiempo se han creado este tipo de argumentos para superponer los intereses de un grupo al de otro; pone de ejemplo al argumento de la “superioridad de los hombres respecto de las mujeres” o al de “la superioridad de la raza aria sobre las demás”, que se fundamentan, así mismo, como el de la superioridad de la especie humana sobre las demás, en atributos no naturales que se les asigna al grupo al que se quiere favorecer, o en diferencias injustificadas o irrelevantes.¹¹⁶

Para determinar si un ser vivo es o no persona en sentido moral, en principio se deben examinar sus características fácticas, esto es, si tiene o no autoconciencia, lenguaje articulado, racionalidad. Para determinar si un ser vivo posee dignidad, así como se la concibe en el pensamiento especista, no se toman en cuenta los hechos, simplemente se les asigna, a todos los miembros de la especie humana, sin importar si son niños, enfermos mentales o discapacitados, el atributo de la dignidad como “un premio incondicional, sin reparar en merecimientos.” En razón de esto, no se concibe porque no se pueda ampliar este grupo y atribuir esta característica metafísica a miembros de otras especies.¹¹⁷

La dignidad no es algo que se tenga por pertenecer a una especie determinada, ésta depende de cada sociedad, de sus tradiciones culturales y del concepto que se tenga de una vida moral en la misma; hay seres humanos con o sin dignidad dependiendo de su modo de vida en ellas. La división de seres vivos dignos e indignos, no depende de su pertenencia a una especie de animales o a otra.¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*, 211-2.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 212.

¹¹⁸ *Ibíd.*

Riechmann aclara que, aunque ciertos doctrinarios señalen que todo ser humano es persona, la diferencia entre los dos conceptos se la puede encontrar en el derecho civil bajo el disfraz de la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.¹¹⁹ La capacidad jurídica es la aptitud que tiene todo ser humano para ser potencial titular de derechos y obligaciones, por otro lado, la capacidad de obrar es la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a los seres humanos para realizar actos con eficacia jurídica por sí mismos y para sí o para otras personas a las que se representan.¹²⁰

Por ejemplo, todo ser humano independientemente de la edad, condición, capacidad mental u otra característica, tiene capacidad jurídica pues aunque algunos no puedan ser titulares de obligaciones, sí lo son de derechos; específicamente un niño de cinco años no puede tener capacidad de obrar pues cualquier acto jurídico que éste realice, como suscribir un contrato, carecería de eficacia jurídica. Esta distinción es igual a la de personas capaces e incapaces, que Riechmann las denomina personas y cuasipersonas.¹²¹

Gary Francione:

Es profesor especialista en derechos de los animales, nacido en 1954, fundador y director del Rutgers Animal Rights Law Centre, en su libro *Lluvia sin Truenos*, explica la diferencia entre las personas que son partidarias de la postura del bienestar animal y las que defienden la postura de los derechos de los animales. Las primeras sostienen que es legítimo tratar a los animales no humanos instrumentalmente en beneficio de los seres humanos, pero con ciertas limitaciones, es decir, que se debe regular la propiedad y explotación de los mismos con el fin de que no sufran “innecesariamente”; los segundos, plantean la abolición de todo tipo de esclavitud, de propiedad o de explotación por parte de los seres humanos sobre el resto de animales, inclusive su utilización en experimentos o en consumo, porque les provoca sufrimiento y trasgrede los deberes de justicia de los seres humanos hacia las demás especies.¹²²

Señala el autor que las cuatro características esenciales de los que defienden únicamente el bienestar animal (bienestarismo clásico) son:¹²³

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*, 212-3.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Gary Francione, *Lluvia sin truenos*, 5. [La traducción de este libro no presenta los permisos del derecho de autor, por eso no hay editorial responsable]

¹²³ *Ibíd.*, 9-10.

a) Reconocen que los animales no humanos son seres capaces de experimentar sensaciones, por lo que interesa, en cierta medida, su bienestar.

b) Piensan que a pesar de que el resto de animales son seres sintientes, no tienen el mismo respeto y consideración moral que los seres humanos, al no poseer los mismos atributos.

c) Aceptan que el resto de los animales pueden ser de propiedad de los seres humanos, con ciertas regulaciones.

d) Es aceptable transgredir los intereses de los animales, incluyendo el estar libres de dolor y el derecho a la vida, siempre que los derechos de los seres humanos sean “importantes” o “significativos” y que la muerte o sufrimiento no sean “innecesarios”. Lo que diferencia a cada grupo de bienestarista es la extensión de estos conceptos.

El estatus de propiedad de los animales hace que cuando se ponderan sus intereses con los intereses de los seres humanos, los de éstos últimos siempre salgan favorecidos. Es por esto que pese a que muchas leyes exigen que los animales no toleren sufrimientos innecesarios, se les somete a las crueles prácticas de los productores de carne y a atroces padecimientos en prácticas banales como los circos, corridas de toros, peleas de gallos, tiros al pichón y otros espectáculos que utilizan animales con fines lúdicos.¹²⁴

En opinión de Francione, el bienestarismo que se plasma en las leyes, que él lo llama bienestarismo jurídico, lo que hace es facilitar y regular la explotación del resto de animales, como propiedad de los seres humanos. Las normas jurídicas no garantizan el respeto a los derechos e intereses de las demás especies, sino únicamente el de los seres humanos, esto evidencia que los primeros son considerados únicamente como medios para un fin, que generalmente es la protección de la propiedad privada.¹²⁵

El autor diferencia entre los bienestaristas clásicos y los nuevos bienestaristas, y pone como características de los nuevos bienestaristas, las siguientes:¹²⁶

a) Rechazan hasta cierto punto la idea de que los animales no humanos son únicamente medios para los fines humanos y que la meta a largo plazo solo consista en mejorar las condiciones de explotación de los mismos. Unos plantean que todos los avances que se realicen para el bienestar de los animales, es decir, su

¹²⁴ *Ibíd.*, 11.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*, 30-1.

utilización “humanitaria” o el no ocasionarles “sufrimientos innecesarios”, constituyen pasos que llevarán a la abolición de la explotación de los animales; otros aceptan la explotación continua de los animales no humanos siempre que sus interés sean de la misma magnitud que los intereses de los seres humanos y que los intereses de los animales no humanos no se vean vulnerados únicamente por el prejuicio de especie o especismo.

b) Consideran a la teoría de los derechos de los animales como abolicionista y utópica, no realizable, al menos a corto plazo. Consideran imposible la abolición inmediata de la explotación de los animales no humanos como lo proponen los teóricos defensores de los derechos de los animales, quienes, en su mayoría, no comparten la idea de realizar cambios paulatinos a corto plazo.

c) Se dedican a realizar campañas para cambiar ciertas condiciones de explotación de los animales y llaman “derechos” a cualquier medida que pueda atenuar el sufrimiento de los animales.

d) Consideran que es necesario avanzar con regulaciones bienestaristas para alcanzar en un futuro lejano, el reconocimiento de los derechos de los animales y que estos sólo se pueden conseguir con la mejora paulatina de las condiciones de explotación de los mismos. Consideran que los cambios fundamentados en la teoría del bienestar de los animales han mejorado el trato hacia ellos y que esto conducirá a la abolición de su explotación.

e) No consideran incoherente, ni reprochable moralmente, promover medidas bienestaristas que reafirman la calidad de sujetos (u objetos) explotados de los animales no humanos y su consecuente consideración instrumental; y hablar, al mismo tiempo, del reconocimiento de los derechos de los animales, claro que a largo plazo. En otra palabras, consideran adecuado menospreciar los derechos de los animales en la actualidad, pues las reformas bienestaristas reafirman el estatus de propiedad de los animales no humanos, con la visión de que en el futuro se le vaya a reconocer los derechos que les corresponden.

G. Francione sostiene que existe, en el movimiento animalista moderno, una confusión teórica entre los derechos de los animales y las medidas bienestaristas. El movimiento moderno de los derechos de los animales pretende que los derechos de los animales sean reconocidos a largo plazo aplicando medidas reformistas de bienestar; es decir, toman como válida la postura de vulnerar los derechos de los animales hoy y simplemente garantizar ciertos parámetros que disminuyan el sufrimiento de las demás

especies diferentes a la humana, para que paulatinamente se vaya alcanzando el reconocimiento total de sus derechos.¹²⁷

El autor menciona a Peter Singer y a Tom Regan como los máximos exponentes de las teorías animalistas, y considera que la confusión entre derechos de los animales y medidas de bienestar se debe a que ha sido mayor la influencia de Singer que la de Regan en el movimiento animalista moderno; según G. Francione, las raíces del nuevo bienestarismo se las encuentra en la obra de Peter Singer.¹²⁸

El autor explica que en la teoría de Peter Singer no son relevantes los derechos de los animales ni de los humanos; para él solo importan las consecuencias de los actos, tomando en cuenta los intereses de los implicados. Dice Francione que un derecho es un logro moral no sujeto a deliberaciones, que sirve de salvaguarda para el que lo ostenta y que no se puede desconocer, aunque sea porque los resultados de su desconocimiento sean favorables para otro u otros seres, a menos que existan razones demasiado convincentes para ello.¹²⁹

El principio de igualdad entre animales humanos y no humanos, propuesto por Singer, significa que se les debe igual consideración a los unos y a los otros; y que no se debe tomar decisiones arbitrarias que puedan afectar los intereses de unos, en beneficio de los otros, en razón de la pertenencia a una especie u otra. Al respecto G. Francione opina que el problema con esta teoría es que acepta que se explote a los animales humanos y no humanos cuando el fin lo justifique y si esta decisión no está fundamentada en la pertenencia a la especie (discriminación por especie).¹³⁰

G. Francione también explica que Singer sostiene que muchos animales no tienen deseos o expectativas para el futuro y que esta característica no es relevante para determinar si se puede provocarles dolor o sufrimiento, pues esto, evidentemente, no se puede, considerando el hecho de que son seres sintientes; pero esta característica afecta al momento de decidir acerca de privarles de la vida de una forma indolora o casi indolora. Es decir, Singer se preocupa del interés del animal en no sufrir, pero no escatimaría en privarle de la vida, siempre y cuando no se le provoque dolor o sufrimiento y que el animal no tenga una expectativa de vida futura.¹³¹

¹²⁷ *Ibíd.*, 28.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*, 39.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

Así, señala que el utilitarismo de Singer no es de tan sencilla aplicación como el autor plantea, pues, según esta teoría, hay que buscar el mayor beneficio para el mayor número de involucrados, tomando en cuenta las consecuencias que esto genera; y, si se toma en cuenta, por un lado, el número de involucrados en las actividades que utilizan animales y las consecuencias que se generaría de proibirse su utilización, y por otro lado, el número de animales afectados y de igual manera, las consecuencias que su utilización provocarían en ellos, el tema sería más controvertido de lo que parece. Aun así, con este planteamiento, G. Francione menciona que lo que está evidenciando es la controversia respecto al tema de si la cuestión únicamente depende de las consecuencias, pero en ningún momento se pone en duda que el interés de los animales en no sufrir es mayor que el interés de los humanos en su utilización para la satisfacción personal.¹³²

El autor, al referirse a Tom Regan, indica que éste, a diferencia de Singer, fundamenta su pensamiento en la deontología, es decir, en la ciencia de los deberes u obligaciones morales. Para Regan el bien y el mal no depende de las consecuencias que se generen con determinados actos, sino que lo bueno y lo malo de los actos se determina con base en normas absolutas.¹³³

Así, Regan rechaza el utilitarismo de la misma manera que Singer las normas morales o los derechos. La teoría de Regan, que es la verdadera teoría de los derechos, exige la abolición de la explotación de los animales no humanos, fundamentándose en la existencia de sus derechos, a pesar de que las consecuencias de la explotación fueren beneficiosas, de manera contraria a lo que sostiene la teoría utilitarista. La abolición de la explotación implica que los animales ni siquiera podrían ser utilizados en comida o experimentos.¹³⁴

A criterio de G. Francione, los movimientos animalistas modernos, erróneamente, le han atribuido a Peter Singer la creación de la teoría de los derechos de los animales, cuando en realidad es Tom Regan el fundador de tal teoría. Este autor considera que la teoría de Singer es instrumentalista pues permite que en ciertas circunstancias se trate a los animales como medios para conseguir los fines humanos, cuando del análisis perjuicio-beneficio gane el segundo, y que de por medio no haya

¹³² *Ibíd.*, 40-1.

¹³³ *Ibíd.*, 41.

¹³⁴ *Ibíd.*

una consideración especista; por esto, esta teoría niega que los animales tengan derechos morales por sí mismos.¹³⁵

Para Francione la teoría de los derechos de los animales es mucho más que sólo preocuparse por el dolor y sufrimiento de los animales no humanos; esta teoría tiene como principio esencial que se trate a los animales de una manera justa.¹³⁶ Esto porque los animales tienen intereses más allá de sólo evitar el dolor y el sufrimiento, porque de sólo ser así, sería aceptable moralmente comer animales que hayas tenido una “vida buena”. Los defensores de los derechos de los animales consideran que aunque ellos tienen los intereses anteriormente descritos, también tienen otros como que no se les trate como medios para un fin, sino como un fin en sí mismos:¹³⁷ “Para el defensor de los derechos de los animales, esclavitud “feliz”, no deja de ser esclavitud”.¹³⁸

A criterio del autor, la abolición inmediata de la explotación de los animales no es posible puesto que la economía, en general, depende de ésta; por esto, de darse, sería mediante un cambio progresivo. El problema es que los nuevos bienestaristas creen que cualquier cambio que reduzca el sufrimiento de los animales es un avance hacia ese objetivo y que otro grupo de defensores de los derechos de los animales consideran como única alternativa a la descrita, el “pedir todo o nada”, es decir, la inmediata abolición de la explotación de los animales, sin considerar que se pueden conseguir cambios progresivos con la aplicación de medidas diferentes a las que aplica el bienestarismo.¹³⁹

G. Francione evidencia que a pesar de que desde el siglo XVII existieron ya leyes contra la crueldad animal, éstas no la han frenado hasta el día de hoy, sino que simplemente se crearon distintas modalidades mediante las cuales se les provoca sufrimiento a los animales; su situación sigue siendo deplorable.¹⁴⁰ No ha bajado el uso y explotación de animales, más bien, ha aumentado, considerando el número de animales y la forma de explotación.¹⁴¹

Además, observa que los defensores de animales han conseguido logros en cuanto a la concientización acerca de la nefasta situación de los animales, pero sus campañas se han visto afectadas porque no topan el tema de la diferencia entre

¹³⁵ *Ibíd.*, 42-3.

¹³⁶ *Ibíd.*, 77.

¹³⁷ *Ibíd.*, 81.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Ibíd.*, 84.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*, 88.

bienestar y derechos de los animales, lo que provoca pérdida de credibilidad en el movimiento.¹⁴²

Otro de los problemas es que, en varias ocasiones, los argumentos éticos a favor de los derechos de los animales se ven minimizados por otro tipo de tesis que en lugar de reivindicar la justicia para el grupo de los oprimidos, lo que hacen es velar por el interés del opresor, por ejemplo argumentar temas de salud de las personas para dejar el consumo de carne.¹⁴³

El autor explica las consecuencias del status de propiedad de los animales y señala que las normas del bienestar nos hacen ponderar entre los intereses humanos y los de otras especies para determinar si un trato es “humanitario” o si un sufrimiento es necesario. Los animales, en la mayoría de sistemas jurídicos son considerados como cosas, lo que hace que la supuesta ponderación de intereses entre la especie humana y las demás, carezca de sentido, pues siempre se encontrarán los intereses de la primera sobre la de las demás.¹⁴⁴

El sistema normativo de la mayoría de países contiene dos tipos de entidades: las personas y la propiedad; consideran que todo lo que es objeto de propiedad carece de derechos y que únicamente los seres que son considerados personas (que no son únicamente seres humanos, pues también se las considera así a las personas jurídicas) los poseen y pueden entablar relaciones jurídicas.

Las normas jurídicas que regulan la propiedad permiten a los seres humanos realizar todo tipo de acto de comercio con las demás especies y también limitan el uso de la propiedad animal como el de otro tipo de propiedades. Las restricciones al uso de la propiedad animal, no protege a los animales sino que los considera medios para fines humanos y lo que protegen es el derecho de propiedad de las personas.¹⁴⁵

Cuando se contraponen intereses entre los seres humanos y las demás especies, siempre prevalecerán los de los primeros, pues se contraponen intereses entre un grupo que posee y otro que no posee derechos; por otra parte, los animales no humanos constituyen además el grupo de “objetos”, al igual que los esclavos, sobre el cual los seres humanos ejercen su derecho de propiedad. Cualquier beneficio para los humanos permite sacrificar cualquier interés de las otras especies, inclusive, las leyes que

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*, 94.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

supuestamente los protegen contra sufrimientos “innecesarios”, permiten su utilización en muchas actividades que les causan un gran dolor, inclusive en las más triviales como en las corridas de toros, pelus de gallos, como objetos de exposición en los zoológicos, etc.¹⁴⁶

G. Francione explica que las normas jurídicas que respaldan el trato humanitario con los animales no humanos o las que proscriben cualquier sufrimiento “innecesario”, evidencian que la supremacía de los humanos sobre el resto de animales está reconocida legalmente y que lo que hacen las normas es regular el dominio que ejercen los primeros sobre los segundos, que son considerados como cosas que existen para satisfacer las necesidades de los que son considerados como personas.¹⁴⁷

Como la mayoría de sistemas jurídicos occidentales tratan de limitar lo menos posible el derecho de propiedad es casi nula la protección que se da a los animales no humanos en contra de cualquier uso que les provoque sufrimiento; cualquier acto que los humanos realicen con ellos, puede ser considerado como “necesario”, independientemente si ese uso sea trivial o no, o del tipo de interés que puedan tener los animales.¹⁴⁸

La “necesidad” de provocar sufrimiento a un animal no está valorada por un ideal moral sino por las normas que consideran legítima la explotación institucionalizada; es decir, si el sufrimiento del animal facilita su explotación es legítimo y está permitido por la ley, es una cuestión de beneficios para el propietario. Por el contrario, la ley sanciona, aunque muy levemente, un accionar en contra de cualquier animal, cuando este accionar no cause un beneficio para el propietario o para cualquier persona que lo inflija.¹⁴⁹ Esto demuestra que lo importante no es sufrimiento ni el derecho del ser vivo, sino el derecho al aprovechamiento de la propiedad y que la preocupación por los animales no es rentable.

El autor señala en qué consiste la “explotación institucionalizada” y dice que es aquella que reconoce a la actividad que la constituye como socialmente aceptable, como valiosa para los seres humanos por ser económicamente rentable o por considerar que sus costes se ven compensados por el beneficio que genera a las personas; en ese caso, no importa matar o hacer sufrir a los animales. Simplemente

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 95.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 97.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

cuando hay aceptación social, cualquier actividad que incluya el uso de animales puede ser considerada como “humanitaria” o “necesaria” en la sociedad en la que vivimos, en la que se utiliza a los animales con fines tan triviales como espectáculos que implican maltrato animal, ningún acto que genere daño a los animales puede considerarse tan trascendental como para considerar que vulnera las normas anticrueldad.¹⁵⁰

Francione indica que el hecho de que se prohíba una actividad que implique el uso de animales, independientemente del beneficio que esto genere a la especie humana, significa reconocer que éstos tienen intereses que no se pueden transgredir. Prohibir una actividad es diferente a solamente regularla, caso en el que, por el contrario, se protege únicamente el derecho de propiedad del ser humano. Los sistemas jurídicos son reticentes a realizar cambios en la legislación que no generen beneficios o rentabilidad para los seres humanos, como prohibir ciertas actividades en beneficio de estos seres afectados.¹⁵¹

Sostiene que si una institución es en sí misma injusta, lo que debe hacerse es eliminar tal institución y no únicamente tratar de paliar el sufrimiento que se deriva inevitablemente de ella, sufrimiento que supuestamente se encuentra “justificado” por el beneficio que genera a los seres humanos. Las reformas bienestaristas no funcionan porque lo que hacen es reducir el sufrimiento en el micro nivel y consolidar las instituciones de explotación.¹⁵²

Explica también que la teoría de los derechos de los animales, cuyo principal representante en Tom Regan, tiene tres componentes: a) El componente ideal, que es lo que la teoría busca como principio, es decir, la desaparición de la explotación de los animales y su estatus de propiedad; b) El componente de la orientación normativa, que es aquel que el individuo debe tener para actuar acorde a los ideales de la teoría de los derechos de los animales, es decir, tener la determinación de comportarse de una manera que le lleve a cumplir con su objetivo, c) Un plan de cambio gradual para conseguir el objetivo de la teoría de los derechos de los animales, es decir, para llegar al objetivo ideal.¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 100.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 103.

¹⁵² *Ibíd.*, 108.

¹⁵³ *Ibíd.*, 110-11.

Los defensores de los derechos de los animales, para cumplir con el objetivo en el macro nivel, es decir, en el componente ideal, deben promover cambios sociales. La puesta en marcha de teoría de los derechos de los animales, para Francione, debe hacerse gradualmente. Para poner en práctica la cuestión micro de la teoría moral, los individuos deben dejar de participar en las instituciones explotadoras, por ejemplo, dejando de lado el consumo de carne de animales, dejando de asistir a espectáculos que utilicen animales, entre otras; el objetivo es lograr que cada vez más personas dejen de participar en estas instituciones para conseguir paulatinamente el estado ideal.¹⁵⁴

Otro acto consecuente con la teoría de los derechos de los animales es emplear medios que permitan educar a la gente respecto de sus obligaciones en el micronivel en este tema y promover la dimisión respecto de la explotación institucionalizada de los animales como cuestión política. Otros caminos pueden ser la resistencia pasiva, boicots a los productos que utilicen partes o derivados de animales, que también son actos consecuentes con la teoría de los derechos de los animales que buscan cambios paulatinos, ya que es obvio que un cambio inmediato no es posible. Por ello, sostiene el autor, es que la abolición de la explotación de los animales es gradual y consecuente con la teoría de los derechos de los animales, de manera contraria a lo que piensan los bienestarristas respecto de que todos los defensores de los derechos de los animales quieren “todo o nada”.¹⁵⁵

Si los seres humanos realizan actos en el ámbito de la acción moral individual para aliviar el sufrimiento de los animales, debe ser por considerarlos titulares de derechos y no únicamente como un medio, así como se trataría a cualquier persona; los defensores de los derechos de los animales no pueden promover cambios a nivel macro, así sean para paliar el sufrimiento de los animales, que mantengan su estatus de propiedad, sin actuar inconsecuentemente.¹⁵⁶

El autor insiste en que no se puede hablar de derechos de los animales mientras éstos tengan la calidad de propiedad, pues, por ésta, sus derechos básicos son sacrificados. Mientras los animales sean utilizados para el beneficio de los seres humanos, sea como alimento, diversión, experimentación, el discurso de los derechos de los animales es meramente abstracto, legalista y carente de sentido; si los animales

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 119-20.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 129.

no pueden disfrutar de sus derechos básicos, es absurdo sostener que pueden disfrutar de los derechos que no son básicos, pues los primeros son prerequisites de los segundos.¹⁵⁷

El problema de las reformas graduales en los derechos es que en lo referente a las personas, que son poseedoras de derechos, se lucha por alcanzar mejoras a esos derechos; en cambio, en lo referente a los animales, no tiene sentido decir que se van a dar reformas a sus derechos pues los mismos no son reconocidos; el derecho básico de no ser tratado como propiedad es un derecho que no acepta gradaciones. El tema es erradicar paulatinamente el estatus de propiedad de los animales, pues la explotación de los animales transgrede los principios de justicia.¹⁵⁸

La propiedad no puede tener derechos, por su misma naturaleza, no puede relacionarse con personas o con otra propiedad, no tiene deberes ni tampoco responsabilidades. La propiedad es considerada jurídicamente como un medio para conseguir los fines humanos y se sujeta a la regulación que expida el estado para el efecto. La propiedad no posee intereses, y si de alguna manera la ley “reconoce” alguno de ellos para los animales, que son considerados como propiedad, es para facilitar la explotación de los mismos por parte del propietario, además, en el caso de que éste lo requiera, puede prescindir de éstos en cualquier momento.¹⁵⁹

Un derecho contiene un interés que no se puede transgredir a pesar de que esto pueda beneficiar a otros: los animales, al ser considerados como propiedad, como cosas y no como sujetos, no pueden tener intereses protegidos por derechos.¹⁶⁰ Los bienestarristas se preocupan por el interés del animal en no sufrir, dejando de lado el resto de intereses; por el contrario, los defensores de los derechos de los animales buscan proteger todos los intereses de los animales con la abolición del estatus de propiedad que tienen ahora porque consideran que todos los sujetos que tiene vida tienen un valor inherente, su vida es importante para ellos independientemente de si ésta lo es para otros seres. El no respetar el interés de no ser propiedad de otro sujeto es lo que causa males y sufrimientos a las demás especies, pues éstos están justificados cuando el ser humano pueda sacar provecho de ello.¹⁶¹

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 130.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 131.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 132.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, 133.

En resumen, los aspectos esenciales de la teoría de los derechos de los animales son: a) la erradicación del estatus de propiedad de los animales y por ende la abolición de su explotación institucionalizada, b) no tratarlos exclusivamente como medio para un fin, c) no permitir la vulneración presente de derecho alguno de los animales con el propósito de que otros puedan beneficiarse en el futuro, pues esto lesiona el principio de respeto hacia un ser poseedor de derechos.¹⁶²

De todas las teorías aquí expuestas se concluye que hay dos corrientes, con sus respectivas gradaciones, en lo que respecta a la defensa de los derechos de los animales o a la implementación de medidas bienestaristas. La primera es radical, busca la abolición del estatus de propiedad que tienen hasta el día de hoy los animales y el respeto de todos los derechos que esto trae consigo al reconocerlos como sujetos por su capacidad de sentir y de poseer intereses independientemente de que éstos sean importantes para el resto de seres vivos. La segunda busca mantener el status de propiedad sobre el resto de especies de animales distintas a la humana para su uso y beneficio, concediéndoles ciertas consideraciones mientras no se vea afectada su utilidad para el propietario, que necesariamente es un ser humano.

La denominación de la clasificación de los seres que tienen derechos y obligaciones, o solo derechos, en personas o cuasi personas, en personas morales o personas sociales, y, en personas o seres que no son considerados como personas, según los distintos autores aquí referidos, se trata de lo mismo, es decir, de la clasificación de seres capaces e incapaces que tienen derechos; yo prefiero la ubicar a todos los seres capaces e incapaces, que son seres que poseen derechos, dentro del concepto de lo que es persona, pues a mi criterio los dos se clasifican como tales por ser sujetos de una vida, tener sensibilidad y poseer intereses, puedan o no adquirir obligaciones.

Considero además que la postura de los derechos de los animales es mucho más justa y coherente que la del bienestarismo animal, pues debemos respetar la individualidad y el desarrollo de cada uno de los seres que tienen sus propios intereses y la capacidad de sentir, sin tener el derecho de utilizarlos instrumentalmente para nuestro beneficio, pues tienen valor por sí mismos. Por esto comparto con esta postura en que las diferencias físicas e intelectuales no son motivos para negar a los animales

¹⁶² *Ibíd.*, 139.

humanos y no humanos los derechos que responden a las necesidades básicas comunes, claro que dentro de los límites de la libertad restringida en ambos casos.

Por otro lado, no comparto el utilitarismo de Singer sino el pensamiento deontológico de Tom Regan, pues considero que los actos no son buenos ni malos únicamente por los efectos que estos puedan causar en el bienestar colectivo, sino que se los puede cualificar como tales por su razonabilidad y por los efectos que estos puedan causar para el individuo que se ve afectado por estos.

Creo además, que es importante impulsar las medidas protectoras de los derechos de los animales, que son aquellas que impiden que sigan existiendo las instituciones que permiten la explotación animal, pero también, por la realidad en la que vivimos, considero que es necesario, además, por lo pronto, apoyar toda medida que mejore el bienestar animal, ya que estas reformas son paulatinas y debemos preocuparnos por paliar el sufrimiento de estos seres de alguna manera, hasta la abolición de los mecanismos de apropiación y explotación animal. Lo importante es también, tomar conciencia y saber diferenciar qué medida corresponde a una de tipo solamente bienestarista y cuál corresponde a una que haga efectivos los derechos de los animales, razón por la cual, no se puede llamar a cualquier norma que establezca una mejora parcial a la situación de explotación de un animal como protectora de derechos.

Capítulo segundo

El patrimonio cultural intangible y los animales como sujetos de derechos en el ámbito normativo del derecho internacional, constitucional y administrativo ecuatoriano

En este capítulo se va a tratar acerca de la noción de derechos de la naturaleza establecida en la Constitución del Ecuador y del motivo por el cual, tal y como estos están configurados, no protegen en esencia los derechos de gran parte de la misma, que la conforman los animales. Además, se determinarán cuáles son las normas que regulan el patrimonio cultural inmaterial en el país y se citarán algunas que son protectoras del bienestar animal y otras que en realidad resguardan los derechos de los animales, pero que no forman parte del texto constitucional. Asimismo se examinarán sentencias que en el ámbito internacional han reconocido a los animales como sujetos de derechos no humanos.

2.1. Efectos de haber instaurado los derechos de la naturaleza en la Constitución del Ecuador con relación a los derechos de los animales

Antes de determinar cuáles fueron los efectos de haber establecido en la Constitución¹⁶³ los derechos de la naturaleza, respecto a los derechos de los animales, se va a hacer referencia a qué son estos derechos, según el concepto de cuatro autores:

Ramiro Ávila Santamaría señala que reconocer derechos a la naturaleza implica no utilizarla con riesgo de destrucción o de degradación, entre otras razones, porque sería imposible para el ser humano vivir sin ella; indica, además, que esta siempre será un medio para los fines de las personas y cita como ejemplos la utilización de la tierra para construcción de las ciudades, la producción de monocultivos y la crianza de animales para la alimentación humana.¹⁶⁴

Indica el mencionado autor que, durante el transcurso de la historia, se han ido reconociendo derechos que en un momento anterior se pensó que no podrían ser considerados como tales, como son el caso de los derechos de los esclavos, de los

¹⁶³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008].

¹⁶⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías* (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 106.

niños, de las mujeres, de los indígenas; y que el hecho de que se hayan reconocido los derechos de la naturaleza actualmente, implica que se trate con mayor cuidado su uso y explotación.¹⁶⁵

Para Alberto Acosta, el hecho de que se reconozcan derechos a la naturaleza no quiere decir que los seres humanos no puedan sacar provecho de ella, como lo han venido haciendo desde tiempos ancestrales, pues su utilización es necesaria para mejorar sus condiciones de vida. La cuestión central es que a pesar de que los seres humanos se beneficien de la naturaleza, la investiguen y la utilicen para la satisfacción de sus necesidades, se entiendan a sí mismos como parte integrante de ella; de esta manera se concibe una nueva forma de interrelación, diferente a la que era y aun es imperante respecto a que el ser humano es distinto a la naturaleza y que se encuentra sobre esta.¹⁶⁶

El autor sostiene que conceder derechos a la naturaleza, significa exhortar políticamente su transformación de objeto a sujeto de derechos y que lo central de esta propuesta es “rescatar el derecho a la existencia de los propios seres humanos”, siguiendo el criterio del jurista suizo Jörg Leimbacher. El objetivo de conceder derechos a la naturaleza, según Acosta, es que se sea utilizada de modo sustentable para garantizar la existencia del ser humano en la Tierra; señala además que este es un esfuerzo político en el que se reconoce que el sistema capitalista destruye y abusa de la naturaleza, que es el medio donde éste habita y se desarrolla.¹⁶⁷

Según Acosta, el otorgamiento de los derechos a la naturaleza genera cambios profundos, uno de ellos es la transición del paradigma antropocéntrico al biocéntrico; esto quiere decir, conforme a lo que dice Roberto Guimares, estructurar la sociedad y la economía de una manera que se respete la integridad de los procesos naturales y la biodiversidad del planeta. Este concepto se direcciona, más bien, a frenar un modelo de sociedad que depreda, explota y abusa de la naturaleza, en el que lo único que importa es la acumulación de bienes materiales y el crecimiento económico ilimitado, independientemente de las consecuencias que esto genere.¹⁶⁸

Para el autor, los instrumentos de los cuales disponemos para la protección de la naturaleza ya no sirven, ya que lo que hacen estos es avalar el sistema capitalista,

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 107.

¹⁶⁶ Alberto Acosta, “Hacia la declaración universal de los derechos de la naturaleza”, *Revista AFESE* (2010): 2, <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/323.pdf>>.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 7.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

en el que se depreda indiscriminadamente a la misma. Otorgar los derechos a la naturaleza implica distinguir el derecho a un ambiente sano, que constituye un derecho antropocéntrico de tercera generación, de los derechos de la naturaleza.

Acosta dice que al otorgarle derechos a la naturaleza, se reconoce que ella es el centro de todo y que, como parte integrante de esta, está el ser humano. Así mismo, que la naturaleza vale por sí misma, muy aparte de las consideraciones de utilidad y aprovechamiento para las personas, y que esta es una perspectiva biocéntrica que no implica que el ser humano deje de usufructuar de ella; por ejemplo, el ser humano podría tener cultivos, cazar, pescar, talar árboles, pero sin afectar el funcionamiento de los ecosistemas y la existencia de las especies nativas. Señala que la representación de los derechos de la naturaleza, conforme al texto constitucional, les corresponde a las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades y que de lo que se trata, en esencia, es de lograr la restauración de los ecosistemas afectados.¹⁶⁹

Diana Murcia hace una diferencia entre el derecho del medio ambiente y los derechos de la naturaleza. Señala que en el derecho del medio ambiente, este es tomado como el entorno del ser humano, algo externo a él, del cual no forma parte y del cual se sirve para la satisfacción de sus necesidades; desde esta perspectiva, la naturaleza no tiene valor por sí misma sino en cuánto sea útil para el ser humano. Indica que el constitucionalismo latinoamericano contiene normas del derecho del medio ambiente, pero que también contiene otras que toman al medio ambiente como objeto de protección susceptible de ser reparado. Respecto de la Constitución ecuatoriana, menciona que ésta contiene una visión ecológica, sistemática, interrelacionada y no meramente ambiental.¹⁷⁰

La autora hace énfasis, como una de las partes fundamentales de la Constitución ecuatoriana en las que se reconoce los derechos de la naturaleza, al preámbulo, pues en este se declara que como seres humanos somos parte de la naturaleza y que el buen vivir se consigue con la convivencia armónica dentro de ella, rompiendo el paradigma antropocéntrico de las constituciones precedentes.¹⁷¹

Para ella, el problema actual no estriba en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, debido a que éstos ya se encuentran establecidos en el texto

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 10.

¹⁷⁰ Diana Murcia, “El sujeto de la naturaleza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *La Naturaleza con Derechos de la filosofía a la política*. (Quito: Abya Yala, 2011), 298.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 101.

constitucional, sino en su puesta en práctica. Por otra parte, a su criterio, existe una falsa contradicción entre la protección de la naturaleza y el desarrollo, dice que alegar que la satisfacción de sus derechos al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, constituye un peligro para la obtención de recursos que sirven para la satisfacción de las necesidades humanas es una falacia, pues más bien, esto significaría la implementación de un modelo de racionalización de los límites biofísicos de la naturaleza.¹⁷²

Ferrajoli, por su parte, sostiene que la tesis de los derechos de la naturaleza fundamentalmente se apoya en la hipótesis Gaia creada por Lovelock. En esta teoría se concibe a la tierra como un ente viviente, como un sistema que se autorregula y mantiene las condiciones de vida, valiéndose también de los seres vivos; en ella habitan los seres humanos, que forman parte del planeta y que les corresponde cooperar con dicha autorregulación y no perturbar el equilibrio del mismo. En esta tesis también se señala que si los seres humanos dañan el equilibrio del planeta, este mismo se encargará de deshacerse de ellos, para dar paso a la existencia de otros seres menos dañinos y más cooperadores.¹⁷³

Desde la perspectiva de la teoría Gaia, un comportamiento ético significa reconocer y respetar el derecho a la existencia y al pacífico desarrollo de la vida de todos los seres que habitan la tierra; esta obligación de respeto proviene de la idea de que todos formamos parte de un todo vivo, que hay que cuidarlo porque del bienestar de este “todo vivo” dependen todos los seres humanos y no humanos. Se reconoce, en esta teoría, derechos a las plantas, animales, seres microscópicos, materia aparentemente inerte, porque todos forman parte de un continuo de vida.¹⁷⁴

La ética de la teoría Gaia permite satisfacer las necesidades de los seres humanos tomando lo necesario de otros seres vivos o aparentemente inertes, pues entiende que la vida es un continuo donde todos los seres sobreviven. Lo que se excluye es la crueldad, comodidad, abuso innecesario.¹⁷⁵

Como se puede colegir, la teoría de los derechos de la naturaleza, tal como la conciben los autores mencionados, a lo que apunta es a la racionalización de la utilización de los recursos naturales para el bienestar humano. Inclusive, la tesis Gaia,

¹⁷² *Ibíd.*, 313-4.

¹⁷³ Luigi Ferrajoli, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *La Naturaleza con Derechos de la filosofía a la política*. (Quito: Abya Yala, 2011) 76-80.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 80-1.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 82.

de la que habla Ferrajoli y de la que dice erróneamente que engloba a las teorías animalistas, permite la “utilización necesaria” de seres vivos para provecho de otros.

Los derechos de la naturaleza que se encuentran en la Constitución ecuatoriana, en el fondo, son concebidos para la protección de los seres humanos; la diferencia con el derecho ambiental es la perspectiva desde la que se ve al ser humano, si como parte de la naturaleza o como fuera de ella, de ahí los efectos prácticos son los mismos que se lograrían si es que se mejoraría la legislación protectora del medio ambiente que no establece derechos de la naturaleza.

Lo dicho, referente a que los derechos de la naturaleza fueron establecidos en la Constitución para beneficio del ser humano y no para beneficio de la naturaleza por sí misma, se puede comprobar con la lectura del texto constitucional, que detallo a continuación:

La Constitución del Ecuador del 2008, en su preámbulo, reconoce que los seres humanos forman parte de la naturaleza y que esta es vital para su existencia; concibe también una nueva forma de convivencia ciudadana cuya esencia es vivir en armonía con ella, respetando la diversidad para poder alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*.¹⁷⁶ En el artículo 10 del texto constitucional se estableció que la naturaleza es sujeto de derechos, pero se pone una limitación a los mismos: la naturaleza únicamente es sujeto de aquellos derechos que le reconozca ese cuerpo normativo y son los que están establecidos en los artículos 71 y 72 de la Constitución: a) Derecho a que se respete integralmente su existencia; b) Derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; d) Derecho a la restauración y que ésta sea independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En el artículo 71 de la Constitución se concede legitimación activa a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad para exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza; y en el artículo 73 se establece la tutela del medio ambiente por parte del Estado, quien debe aplicar medidas de precaución y restricción (no prohibición) para actividades que puedan provocar la extinción de especies, la destrucción de los ecosistemas o la alteración permanente de sus ciclos naturales.

¹⁷⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], preámbulo.

De la lectura de las normas constitucionales citadas se puede apreciar que existe una contradicción o antinomia, por un lado establece el derecho de la naturaleza a que se respete integralmente su existencia, que significa que ésta tiene derecho a que no se la destruya, a que no le provoquen daños, a que se respete su integridad, lo que conllevaría a que no podríamos utilizarla para nuestro beneficio porque al hacerlo estaríamos provocándole perjuicios de una u otra forma; por otra parte, la Constitución determina que el Estado debe regular las actividades que provoquen daños a la integridad de la naturaleza, es decir, el daño se permite, solo que hasta el límite que el ser humano considera aceptable, que es aquel en el que no se llega a la alteración de sus ciclos vitales, ni a la extinción de especies.

En el artículo 74 de la Constitución se establece que toda persona o grupo de personas tiene derecho a beneficiarse del medio ambiente y de las riquezas naturales que le permitan vivir, entre éstas los animales, considerándola como objeto de apropiación y explotación, lo que trastoca el concepto de derechos en sí, relacionado con aquellos seres que forman parte de la naturaleza y que pueden ser catalogados como personas no humanas; porque el que un sujeto tenga derechos, quiere decir que éste tiene una barrera que le otorga una protección tal que, al menos, impide que los derechos básicos sean vulnerados, como el derecho a la vida, la libertad y la integridad; derechos que de manera general no se respetan si se permite la utilización de todo componente de la naturaleza para el beneficio del ser humano.

No se puede hablar de derechos de la naturaleza en su totalidad porque no todos los componentes de la naturaleza tienen las mismas características biológicas, por un lado estarían los seres humanos y demás animales (porque tal y como se establece en la Constitución el ser humano forma parte de ella) al tener similares características en cuanto a ser sujetos de una vida, a tener sensibilidad y a poseer intereses propios, características por las cuales poseen los derechos de vida, libertad e integridad; y por otro lado, las plantas y demás elementos de la naturaleza, que son seres que si bien, en su mayoría son sujetos de una vida, no se ha comprobado que sientan dolor, pues no cuentan con sistema nervioso u otro de características parecidas, lo que hace que sus derechos básicos sean diferentes, en este caso, podrían ser aquellos que están determinados en la Constitución, que son el derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales.

Por esta razón, los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución no reconocen derechos para los animales considerados como seres importantes en sí

mismos y para sí mismos, sino que únicamente ponen límites a su utilización para que el ser humano pueda seguir usufructuando de los mismos en las generaciones presentes y futuras, tal y como lo hace para las especies vegetales.

Compartiendo la idea de G. Francione, los derechos constituyen una salvaguarda para aquel que los tiene, no sujeta a deliberaciones, pues no se pueden desechar aunque el resultado de su desconocimiento sea favorable para otro ser o seres, al menos los derechos esenciales ya referidos. Con esto lo que se pretende decir es que previamente a haber establecido los derechos de la naturaleza en la Constitución, se debía haber tomado en cuenta que los componentes de la misma son diferentes y que no se puede englobar a todos y establecer de manera general los mismos derechos a seres con características biológicas muy disímiles como lo son las especies vegetales y animales pues se deja en total desprotección a los derechos de las segundas. Afortunadamente, aunque sean de inferior jerarquía, existen ciertas normas que protegen los derechos de ciertos animales, sobre todo de los domésticos, que fueron expedidas antes y después de la publicación de la Constitución del 2008 en el Registro Oficial.

Para corroborar el criterio de que la Constitución establece los derechos de la naturaleza de una forma utilitaria, dirigida a la preservación de la misma para beneficio del ser humano, sin considerar las características peculiares de cada uno de los seres que la conforman, podemos observar otras normas, como son las contenidas en los artículos 275 y 276, numeral 4, en las que se establece que el régimen de desarrollo garantizará el *sumak kawsay* y, como parte de este, la convivencia armónica con la naturaleza, la cual debe ser conservada para garantizar a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural (aspecto utilitario); en el artículo 387, numeral 4, en el que se señala como responsabilidad del Estado garantizar la libertad de creación e investigación, lo que implica la utilización de los elementos de la naturaleza, dentro del marco de la ética y respeto a la misma (marco que establece el ser humano según sus parámetros de conveniencia).

En el artículo 306, en el que se establece que el Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, que claramente es una medida de protección al medio ambiente, que permitirá que el ecosistema siga subsistiendo a pesar de su utilización. En el artículo 403, en el que se prohíbe que se comprometa al Estado en acuerdos o convenios de cooperación que menoscaben el manejo sustentable

de la biodiversidad y de los derechos de la naturaleza; el manejo sustentable de la misma significa que el ser humano puede utilizar los componentes de la diversidad biológica de una manera y a un ritmo que no ocasione a largo plazo su descenso, lo que mantiene la aptitud de esta para satisfacer las necesidades de las personas de la actual generación y de las generaciones futuras, lo que hace ver que no se establecen derechos respecto a las especies animales, pues de ser así se impediría el uso y explotación de estos seres para beneficio de otros, lo que se permite con el concepto de manejo sustentable.

En el artículo 408, en el que se establece la propiedad del Estado sobre los recursos naturales no renovables, sobre la biodiversidad y su patrimonio genético, y sobre el espectro radioeléctrico; en este artículo se desconoce la calidad de sujeto de derechos de los animales no humanos, que forman parte de la naturaleza, pues el que se establezca el régimen de propiedad de unos sujetos sobre otros significa no reconocer la calidad de sujeto de derecho de los segundos.

En conclusión, los derechos de la naturaleza como tal y como están establecidos, protegen los derechos de parte de la misma, es decir, de las especies vegetales, dejando en desprotección a las especies animales, porque no se hace una diferencia para determinar qué derechos corresponden a cada una de ellas de acuerdo a sus cualidades. Lo que se hace es tomar a la naturaleza, en su conjunto, como un grupo de elementos que deben existir y deben perdurar en el tiempo, de manera que se evite su abuso y utilización “superflua”, no por su valor intrínseco, sino para la subsistencia de la especie humana.

De todas formas, este nuevo concepto constitucional de vivir en armonía con la naturaleza y de su utilización necesaria, ha tenido una repercusión práctica respecto a lo que puede ser catalogado o no como patrimonio inmaterial, pues ha impedido que actividades o tradiciones que implican maltrato hacia animales, hayan sido catalogadas como patrimonio cultural del Ecuador por el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, como se explicará más adelante.

Algo trascendental del establecimiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución del Ecuador es que se ha ido reforzando la noción de importancia de la protección al medio ambiente, (un ejemplo de ello es la emisión de la ordenanza Metropolitana 0282, expedida el 25 de septiembre del 2012, por el Consejo Metropolitano de Quito, cuyo objeto, en parte, es la regulación del arbolado público urbano para mejorar el paisaje y garantizar la preservación del patrimonio natural en

el Distrito Metropolitano de Quito); y que se ha creado constitucionalmente la pauta para un verdadero reconocimiento y desarrollo de los derechos de los seres vivos sintientes en el derecho positivo ecuatoriano.

2.2. Protección del patrimonio cultural inmaterial en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Unesco, 2003

Esta normativa¹⁷⁷ define en el artículo 2, numeral 1, al patrimonio cultural inmaterial y señala que:

Se entiende por patrimonio cultural inmaterial a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

En el numeral 2 del mismo artículo se enumera qué elementos componen este patrimonio inmaterial, entre ellos están: los usos sociales, los rituales, los actos festivos y las artes del espectáculo. El objetivo de esta convención es definir qué medidas pueden tomar los estados parte, dentro de su territorio y en el ámbito internacional, para salvaguardar, valorizar, preservar y desarrollar el patrimonio cultural. Entre las medidas que pueden tomar los estados parte en sus propios territorios están: elaborar políticas que precautelen el patrimonio cultural inmaterial y tomar medidas de orden jurídico político, técnico, administrativo y financiero, para fortalecer las instituciones de gestión del patrimonio cultural y garantizar su acceso a la población, como se establece en los artículos 11 y 14 de esta convención.

Otra de las obligaciones de los estados parte, establecida en el artículo 12, es elaborar inventarios de las expresiones que constituyen el patrimonio cultural inmaterial a fin de tener un registro de las mismas y que, de esta manera, perduren en el tiempo; además, educar a la población para que las reconozcan, valoren y respeten.

¹⁷⁷ Unesco, *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, en *Registro Oficial*, No. 36 (17 de junio de 2008), art. 2.

En general, lo que se busca con esta convención es tener varias medidas, sean educativas o de políticas públicas, con apoyo financiero, para que no se pierdan las manifestaciones que constituyen patrimonio cultural inmaterial como una expresión de identidad de cada pueblo.

2.3. Regulación del patrimonio cultural inmaterial en la Constitución, en la Ley Orgánica de Cultura y en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Cultura

Para tratar el tema de la regulación del derecho a la cultura y su relación respecto a los demás derechos constitucionales, primero haré referencia a que, a pesar de que en el artículo 11, numeral 6, del texto constitucional se señala que todos los principios y derechos son de igual jerarquía, considero que en la realidad fáctica y jurídica es todo lo contrario, que existe una relación jerárquica entre cada uno de ellos y que esta norma se encuentra fundamentada en un concepto erróneo.

Siguiendo la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales planteado por Miguel Ángel Ekmekdjian, se entiende que todo derecho subjetivo es un mecanismo para brindar resguardo a uno o varios valores, que son un fin en sí mismo.¹⁷⁸ Este concepto proviene de la teoría iusnaturalista por la cual existe un orden de valores anteriores al Estado y al derecho positivo, que actúan como su fundamento.

Toda teoría de valores concibe que los mismos tienen una gradación o jerarquía y la discrepancia al respecto se da en relación a su orden de prelación. Como los derechos individuales son los medios por los cuales se hacen efectivos o se protegen a los valores, si infiere que, dado que éstos últimos se encuentran ordenados jerárquicamente, los primeros, se encuentran ordenados de la misma manera. Los derechos fundamentales se encontrarían en la cima (claro que entre ellos también existe un orden jerárquico) y los demás derechos irían en el orden correspondiente por debajo de éstos;¹⁷⁹ para poder realizar un análisis lógico de la jerarquía de estos derechos, el referido autor plantea, que se establezca cuál es el grado de protección de un derecho en relación con los demás, y para esto propone tres reglas de pensamiento lógico, las cuales comparto y describo a continuación:

¹⁷⁸ Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed. (Buenos Aires: Depalma, 2000), 478.

¹⁷⁹ *Ibíd.* 479.

a) Determinar en qué medida son restringibles los derechos subjetivos de los que se trate, pues un derecho es menos restringible cuando el valor al cual protege tiene mayor jerarquía. Señala el autor que esta afirmación no es sólo válida en el ámbito jurídico sino en el de la razón y el sentido común, pues este conlleva a pensar que un bien jurídico más valioso o importante estará más resguardado frente a la intervención de cualquier persona, natural o jurídica, o frente al Estado, que otro que tiene menor estima.¹⁸⁰

b) Aplicar el método de las substracciones hipotéticas, esto es, imaginar un mundo en el cual se niegue un determinado derecho subjetivo (valor), y después pensar en un mundo en el que se satisfaga ese derecho o valor y se niegue otro, para de ese ejercicio concluir cuál pérdida es más representativa.¹⁸¹

c) Evaluar la posibilidad de renuncia del titular del derecho al mismo, pues la moral social establece valores tan importantes, que inclusive no se permite su renuncia. Por lo que si se compara los derechos que pueden ser renunciados con aquellos que no lo pueden ser, se evidencia la mayor jerarquía de los segundos.¹⁸²

A más de estas reglas de pensamiento lógico, Ekmekdjian señala que la intuición filosófica también puede ser utilizada como un mecanismo de análisis, mediante la cual se puede establecer, mediante una percepción intuitiva, que los derechos personalísimos, se encuentran sobre los derechos personales y éstos sobre los derechos reales, y considera que esta es una afirmación que no debe ser demostrada, pues es innegable, por ejemplo, que el derecho a la libertad (derecho personalísimo), se encuentran sobre el derecho a la propiedad (derecho real)¹⁸³.

Otra manera para determinar la menor o mayor jerarquía de un derecho, que es, además, similar a una de las reglas de pensamiento lógico propuesta por Ekmekdjian, es determinar cuál es el contenido esencial de cada uno de los derechos, es decir, cuál es el contenido de los mismos que no puede ser restringido. Esto, para garantizar un mínimo de libertad y protección frente a intervenciones, sobre todo de los poderes legislativo y judicial, que puedan vaciar los derechos, y frente a la

¹⁸⁰ *Ibíd.* 482.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.* 483.

¹⁸³ *Ibíd.*

colisiones con otros bienes jurídicos.¹⁸⁴ Evidentemente, mientras más valioso sea un derecho, menor será el campo de restricción o más amplio será su núcleo esencial.

Para determinar este contenido esencial de los derechos, el Tribunal Constitucional Español ha establecido dos fórmulas, entre otras que puede haber, que son:

a) Analizar cuáles son los intereses protegidos por tal derecho, pues se vulnera el contenido esencial de un derecho cuando se lo limita de tal manera que se hace imposible ejercerlo y defender los intereses que este resguarda.¹⁸⁵

b) Tomar en cuenta cuál es la consideración generalmente aceptada de los límites de ese derecho de acuerdo a su naturaleza jurídica, en el ámbito jurídico, incluyéndose el ámbito jurisprudencial y doctrinario. Así, el contenido esencial del derecho estaría compuesto por aquellas facultades o posibilidades de actuación que lo hacen identificable como tal y sin las cuáles éste quedaría desnaturalizado.¹⁸⁶

De lo expuesto, se colige que por cualquiera de los métodos señalados, se puede determinar una jerarquía de derechos. Inclusive, respecto al derecho a la cultura en relación con los otros derechos, la misma Constitución del Ecuador implícitamente la establece, pues a pesar de que en el artículo 3, numeral 7, determina como deber primordial de Estado la protección del patrimonio cultural del país, y en el en el artículo 21, el derecho de las personas a construir y a mantener su propia identidad cultural, a acceder a su patrimonio cultural y a difundir sus expresiones culturales, condiciona el ejercicio de este derecho a la observancia de los demás derechos constitucionales y esto se da porque el ámbito de restricción del derecho a la cultura es más amplio que el de los demás.

De esta manera, en el artículo 21 de dicho cuerpo normativo, se prescribe que *no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución*. Por ejemplo, no se podría condicionar los derechos a la vida, libertad e integridad, al respeto al derecho a la preservación del patrimonio cultural, lo que hace evidente que este tiene una menor gradación respecto a los otros; criterio que se respaldará, además en el capítulo tercero de este trabajo investigativo, con un ejercicio

¹⁸⁴ Francisco Balaguer Callejón, *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. ed. (Madrid: Tecnos, 2007), 338-339.

¹⁸⁵ *Ibíd.* 339.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

de ponderación de derechos en el cual se aplicarán los razonamientos lógicos propuestos por Ekmekdjian.

En el artículo 57, numeral 13, del texto constitucional, se reconoce como un derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho colectivo a mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico; en los artículos 83, numeral 13, y 264, numeral 8, se instaure como deber del estado preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural nacional; y en el artículo 276, numeral 7, lo mismo pero como uno de los objetivos del régimen de desarrollo.

En el artículo 377 de la Constitución se instituyó que el sistema nacional de cultura tiene como una de sus finalidades promover la diversidad de las expresiones culturales, salvaguardar el patrimonio cultural y garantizar el pleno ejercicio de los derechos culturales. En el artículo 379, numeral 1, se coloca como parte del patrimonio cultural intangible a las diversas creaciones culturales de carácter ritual y festivo; y en el artículo 380 se determina como responsabilidad del Estado, velar mediante políticas permanentes, entre otras, por la protección y conservación del patrimonio cultural intangible. Por último, en el numeral 4 del artículo 423 se señala que en los procesos de integración de América Latina y el Caribe, el Estado se comprometerá a promover y proteger la diversidad y el patrimonio cultural.

Se infiere, de la lectura de los artículos de la Constitución citados, que la preservación, fomento y protección del patrimonio cultural, es un derecho importante de las personas, pueblos y colectividades, que debe estar garantizado por políticas estatales, reitero, siempre y cuando esto no afecte otros derechos establecidos en la Constitución.

En lo que respecta a la Ley Orgánica de Cultura, el ámbito de regulación del cuerpo normativo es el señalado en el artículo 2, que consiste en cualquier actividad vinculada al acceso, fomento, producción, circulación y promoción, entre otras, de la memoria social y el patrimonio cultural. En el artículo 3, literal e), se constituye como uno de los fines de la ley: salvaguardar el patrimonio cultural y la memoria social.

En el capítulo 3, artículo 42, se encuentra la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural y ésta es que dicha institución es una entidad de derecho público de investigación y control técnico del patrimonio cultural, con personería jurídica propia y competencia a nivel nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio, con capacidad de gestión financiera y administrativa. En el

artículo 42 se establece su finalidad y es el desarrollo de la investigación y el ejercicio del control técnico del patrimonio cultural, para lo cual deberá atender y coordinar la política pública emitida por el ente rector de la Cultura y el Patrimonio.

En el artículo 50 de la ley se hace una clasificación de los bienes que conforman el patrimonio cultural del Ecuador en tangibles y en intangibles. Se señala en el artículo, además, que estos bienes cumplen una función social derivada de su importancia histórica, artística, científica o simbólica y que son el soporte de la memoria social para la construcción y fortalecimiento de la identidad nacional y de la interculturalidad.

En el artículo 52 se encuentra el concepto de patrimonio intangible o inmaterial: lo conforman los todos los valores, conocimientos, saberes, tecnologías, formas de hacer, pensar y percibir el mundo, y en general las manifestaciones que identifican culturalmente a las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que conforman el Estado intercultural, plurinacional y multiétnico ecuatoriano.

En el artículo 53 enuncia que son bienes de patrimonio cultural los reconocidos así por la ley y los declarados como tales por acto administrativo del ente rector de la Cultura y el Patrimonio; el hecho de que se le incorpore a un bien como parte del patrimonio cultural, quiere decir que se encuentra desde ese momento sujeto a un régimen especial de protección inmediata por parte del Estado, conforme a los artículos 55 y 57 de la Ley Orgánica de Cultura. En el artículo 56 se puntualiza el proceso de declaratoria de bienes del patrimonio cultural nacional, que incluye la previa emisión de un informe por parte del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. En el artículo 59 se le otorga al ente rector de la cultura y el patrimonio la facultad de definir los criterios generales para la declaratoria de un bien o de una manifestación como patrimonio cultural.

En el capítulo 8 de la ley, se trata del régimen especial del patrimonio cultural nacional inmaterial: así, en el artículo 79, anuncia cuáles son las manifestaciones que constituyen el patrimonio cultural nacional inmaterial y son: los usos, costumbres, creencias, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes a cada grupo humano, y que la sociedad en general y cada comunidad, pueblo o nacionalidad reconocen como manifestaciones propias de su identidad cultural; aquellas que se transmiten de generación en generación, dotadas de una representatividad específica,

creadas y recreadas colectivamente como un proceso permanente de transmisión de saberes y cuyos significados cambian en función de los contextos sociales, económicos, políticos, culturales y naturales, otorgando a las sociedades un sentido de identidad.

En el artículo 80 de este cuerpo normativo se declaran como manifestaciones culturales pertenecientes al patrimonio cultural nacional intangible o inmaterial, siempre que sean compatibles con los derechos humanos, con los derechos y disposiciones constitucionales, con los derechos colectivos y con los derechos de la naturaleza, entre otros, a los establecidos en el literal b) que son los usos sociales, rituales y actos festivos, que consisten en las formas de celebración de las festividades, en ceremonias, juegos tradicionales y otras expresiones lúdicas. En el artículo 82 se reconoce la naturaleza dinámica y evolutiva de las manifestaciones culturales inmateriales y se dispone que el Estado debe evitar cualquier institucionalización que limite su proceso de evolución.

Estos mandatos legales reconocen el carácter cambiante que tiene el patrimonio cultural a través del tiempo, acorde a los nuevos conceptos y paradigmas que se generan en cada sociedad; de esta manera, se trata de evitar que se consoliden, de una forma permanente e inmutable, instituciones que deben cambiar con el transcurso del tiempo, pues de lo contrario, se perennizarían costumbres o manifestaciones culturales que vulneran derechos que se han ido y se van reconociendo respecto de diversos grupos humanos y no humanos. Así mismo, cualquier expresión o manifestación de la cultura de un conglomerado humano, para ser considerada como patrimonio cultural, debe respetar los demás derechos constitucionales, entre los que se encuentran los derechos de la naturaleza, de los cuáles forman parte los derechos de los animales.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Cultura tiene como objeto regular la aplicación de la Ley Orgánica de Cultura y el funcionamiento del Sistema Nacional de Cultura. En el artículo 2 se determina que el Ministerio de Cultura y Patrimonio, como ente rector, es el encargado de emitir políticas públicas en el ámbito de sus competencias, las mismas que deben ser aplicadas por los organismos, entidades y dependencias pertinentes, como aquellos que son ejecutores de políticas públicas.

Conforme a lo prescrito en el artículo 3 del Reglamento, el Ministerio de Cultura y Patrimonio a través de la emisión de normas técnicas debe definir los sistemas o mecanismos para acceder, recoger, almacenar datos relacionados con el ámbito de la cultura y de lo que se considere patrimonio cultural, para transformarlos

en información relevante; además, establecer los lineamientos de administración, levantamiento y procesamiento de la información, así como los estándares de calidad y pertenencia que serán aplicables para las entidades que integran el Sistema Nacional de Cultura. La información que se genere en el sistema tendrá carácter de oficial y pública, y será de libre acceso excepto en los casos que la ley señale.

En lo concerniente al patrimonio cultural inmaterial, en el artículo 62 se establecen los criterios generales para su salvaguarda, que son aquellas medidas que favorecen su preservación, las que detalla la norma son las siguientes: la identificación, la documentación, la investigación, protección, promoción, transmisión y revitalización. Los principios que rigen la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial son: la participación, interculturalidad, sustentabilidad, interinstitucionalidad y manejo ético, considerando el carácter dinámico de las manifestaciones y evitando su descontextualización y afectación. El Ministerio de Cultura y Patrimonio es la entidad competente para establecer las políticas de salvaguarda del patrimonio cultural y debe coordinar su aplicación con entidades públicas, privadas, comunitarias, con los Gobiernos Autónomos Descentralizados o de Régimen Especial.

Acerca del registro permanente de las manifestaciones culturales que forman parte del patrimonio inmaterial, el artículo 63 del Reglamento dispone que el mismo formará parte del Inventario Nacional de Patrimonio Cultural del Ecuador y que se maneje acorde a la normativa técnica específica que establecerá los niveles, ámbitos, categorías, valoración y periodicidad de la actualización. En el artículo 64 se determina la existencia de un Plan de Salvaguardia, que es un instrumento de gestión que contiene las medidas encaminadas a la dinamización, revitalización, transmisión, comunicación, difusión, promoción, fomento y protección de las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial.

En el artículo 65 se establece que el Ministerio de Cultura y Patrimonio podrá, de oficio o a petición de parte, incorporar una manifestación a la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial del Ecuador, previo informe técnico emitido por el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural que acredite que dicha manifestación cumple con los criterios de valoración establecidos en la norma técnica. Esta lista tiene como finalidad fomentar la salvaguardia, el respeto y la valoración del patrimonio cultural inmaterial del país.

También se expresan sanciones, en el artículo 144, en caso de que alguna persona natural o jurídica pretenda arrogarse la titularidad del patrimonio cultural inmaterial afectando derechos fundamentales, colectivos y culturales.

2.4. Instructivo de Procedimientos para la Solicitud de Declaratoria de Patrimonio Cultural Inmaterial en el Ecuador

Mediante Resolución Administrativa N° 159-DE-INPC-2012, del 4 de julio del 2012, se expidió el Instructivo de Procedimientos para la Solicitud de Declaratoria de Patrimonio Cultural Inmaterial en el Ecuador. Con este instructivo se reglamentó qué manifestaciones culturales o tradicionales pueden ser consideradas como patrimonio cultural del Ecuador, la forma en la que se debe proceder para solicitar su declaratoria y quiénes están facultados para hacerlo.

En el artículo 1 se describe como objetivo de este instructivo, implantar el procedimiento interno, técnico, legal y los criterios que deberán aplicarse de manera previa a la solicitud de declaratoria de la manifestación correspondiente, como patrimonio cultural inmaterial.

En el artículo 3 se encuentra el concepto de patrimonio cultural inmaterial, que comprende los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos, y, en algunos casos, los individuos, reconozcan como parte integrante de este. En el artículo 4 se establecen los ámbitos de manifestación del patrimonio cultural inmaterial, entre los que están las artes del espectáculo, los usos, rituales y actos festivos; además se puntualizan ciertos criterios con los que debe cumplir el patrimonio cultural inmaterial para ser declarado como tal y esos son:

a) Vinculación a los ámbitos del Patrimonio Cultural Inmaterial: Esto quiere decir que para que una expresión sea considerada como patrimonio cultural inmaterial debe cumplir con la definición, el ámbito y los criterios establecidos en el instructivo; b) Transmisión intergeneracional y vigencia: Cualquier manifestación cultural inmaterial, para que sea considerada como patrimonio cultural inmaterial, debe ser transmitida de generación en generación, así evidentemente mantiene su vigencia a través del tiempo; c) Representatividad y reconocimiento comunitario y/o colectivo: debe tener relevancia histórica y ser reconocida por su comunidad o grupo social como parte de su identidad; d) Respeto por los derechos: La expresión cultural de la que se trate debe respetar los derechos humanos, colectivos y de la naturaleza; e) Buen Vivir: Debe enmarcarse en el buen vivir, promoverlo y fortalecer la identidad de los

colectivos humanos, la cohesión social, la reciprocidad y la participación local; f) Respeto a la diversidad: Debe generar un diálogo intercultural y considerar la diversidad; g) Aspecto económico: El sentido social y cultural de la manifestación debe estar siempre sobre el interés económico, es decir, el fin de conservar el patrimonio cultural intangible no debe ser lucrativo sino que debe tener como objetivo mantener la identidad de los colectivos humanos.

Conforme a lo que dispone el artículo 59 de la Ley Orgánica de Cultura, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural emitió, a través de este instructivo, los criterios generales descritos para la declaratoria de una manifestación como patrimonio cultural. Al haberse incluido como uno de los requisitos que toda manifestación cultural, para ser considerada como patrimonio inmaterial, debe respetar los derechos humanos, colectivos y de la naturaleza, no puede considerarse a las tradiciones que impliquen maltrato, daño físico o psicológico hacia los animales como patrimonio cultural inmaterial del Ecuador, pues se vulneran los lineamientos establecidos por el ente rector de la cultura, las disposiciones de la Ley Orgánica de Cultura y de la Constitución.

Lo dicho porque al afectar la vida e integridad física y psicológica de los animales se están contraviniendo los derechos de la naturaleza, que si bien no brindan una adecuada protección a los derechos de los animales, proscriben los “usos innecesarios” de los elementos que la conforman, entre los que se encuentran los fines de entretenimiento, pues estos usos van más allá de la satisfacción de las necesidades humanas, que es el criterio con base en el cual se establecieron los derechos de la naturaleza como norma constitucional. A más de la vulneración que se genera de las disposiciones constitucionales y legales referidas, evidentemente se vulneran también los derechos que tienen los animales por ser seres sintientes, merecedores de protección.

En el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, al haberse consultado el motivo por el cual las corridas de toros, las peleas de gallos y otros espectáculos que implican la utilización de animales, no son catalogados como patrimonio cultural inmaterial, informaron que si se les considerarían como tales, se vulnerarían las normas constitucionales y legales citadas, a más de los criterios establecidos por el ente rector de la cultura referente al respeto a los derechos de la naturaleza; razón por la cual, éstas expresiones de las costumbres de los pueblos no pueden formar parte de las manifestaciones que constituyen patrimonio cultural del Ecuador.

En el referido Instituto además proporcionó el listado de todas las manifestaciones culturales inmateriales que son consideradas como patrimonio cultural del Ecuador, y estas son: fiestas de las octavas del Corpus Cristi o del danzante; el carnaval de Guaranda; la marimba y sus constituyentes; fiesta de la Mama Nagra o fiesta de la capitania; fiesta de los santos apóstoles Pedro y Pablo, o fiesta de los blancos y negros; fiesta popular de los inocentes y fin de año; pase del niño viajero; la diablada pillareña; el patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo Zápara; tejido tradicional del sombrero ecuatoriano de paja toquilla; música de marimba, cantos y danzas tradicionales de la región del Pacífico Sur Colombiano y de la provincia de Esmeraldas de Ecuador. Todas estas expresiones culturales fueron catalogadas como patrimonio cultural inmaterial mediante los respectivos acuerdos ministeriales.

En el artículo 5 del instructivo se prohíbe la arrogación de titularidad de cualquier elemento que forme parte del patrimonio cultural inmaterial del Ecuador por parte de algún individuo, comunidad, grupo, entidad gubernamental o no gubernamental. En el artículo 6 se determina quiénes están facultados para presentar la candidatura para que una expresión cultural sea catalogada como patrimonio inmaterial y son: los individuos, grupos, comunidades, entidades gubernamentales o no gubernamentales sin fines de lucro. Se debe tomar en cuenta que se debe cumplir obligatoriamente con los requisitos establecidos en el instructivo para presentar la referida candidatura; de cumplirlos, la manifestación cultural puede ser declarada como patrimonio inmaterial del Ecuador mediante acuerdo ministerial.

2.5. Regulación de las manifestaciones culturales inmateriales que implican la utilización de animales en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito

En el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito¹⁸⁷, Título I, capítulo II, sección II, artículo III se establece el concepto de espectáculo público, que es toda presentación, evento o función por el cual se paga un valor como derecho de admisión. Dentro de la enumeración que se realiza en este artículo, se encuentra en el

¹⁸⁷ Ecuador, *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*, en *Registro Oficial*, No. 226 (31 de diciembre de 1997), art. III.

literal b) espectáculos “recreacionales”, entre los cuales están: funciones de circo, peleas de gallos, exhibiciones caninas, ganaderas, hípicas, taurinas y de otros animales.

En el título IV, capítulo I, de este código, se determina el ámbito de regulación de este capítulo, que es, entre otros, la regulación de los espectáculos públicos y lugares de esparcimiento en el Distrito Metropolitano de Quito. Dentro de los espectáculos públicos se encuentran los “recreacionales”, entre los que están: funciones de circo, peleas de gallos, exhibiciones y concursos caninos, ganaderos, hípicas y de otros animales. También hay que tener en cuenta, que en la ordenanza que forma parte este capítulo, no se regula a los espectáculos taurinos ya que éstos se rigen por sus propias ordenanzas; se establece, además, las formas de llevar a cabo administrativa y fácticamente estos espectáculos.

En este cuerpo normativo, capítulo III, artículo IV.196, se reconoce como tradición de los quiteños a los espectáculos taurinos y se establece como deber del Municipio fomentarlos y difundirlos como acervo cultural de la ciudad. En el artículo IV.197 se indica que este capítulo del código tiene por objeto la regulación y organización de los espectáculos taurinos que se desarrollen en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y salvaguardar los derechos de los toreros, de las empresas que fomentan estas actividades y del público; se describe también en qué consiste este espectáculo y se reconoce a los festejos populares como actividad ancestral del pueblo de Quito.

En los artículos IV.198, IV.199, IV.200, IV. 201, IV. 202, IV.203 y IV. 205, se trata de los registros de la empresas taurinas, de las ganaderías, de lo que denominan reses de lidia, de los toreros, de las escuelas, de las peñas taurinas, del nacimiento de machos, y del registro de sanciones que se pueden establecer a empresarios, empresas, autoridades, ganaderos, toreros, personal de cuadrillas, propietarios o arrendatarios de plazas de toros, que hayan infringido las disposiciones del código.

En la sección II del Código, desde el artículo IV.206 hasta el artículo IV.211 se describe los tipos de plazas de toros; del artículo IV.213 al artículo IV.217 se establece como obligación tener disponibilidad de servicio médico en éstas. En la sección V, artículo IV.218 se hace mención a la clasificación de los espectáculos taurinos, que son: a) corridas de toros, b) novilladas con o sin picadores, c) corrida y novillada de rejones, d) becerradas, e) festivos, f) corridas de recortadores, y, d) festejos cómicos taurinos; y se hace referencia a que estas actividades son culturales y

ancestrales del pueblo de Quito, además se reconoce como un tipo de festejo a los toros de pueblo.

En los artículos que van desde el IV.119 al IV.223 constan los permisos que deben requerirse para este tipo de espectáculos, que se solicitan, dependiendo de la su clase, al alcalde o a la Comisión Taurina. En el artículo IV.224 se establecen los deberes y derechos de los espectadores; desde el artículo IV.230 hasta el IV.254 se enumeran y se determinan las funciones de las autoridades de la plaza, y se fijan sus honorarios. En la sección VI, desde el artículo IV. 263 al artículo IV. 276 se enumeran las características que deben tener las reses que son utilizadas en los espectáculos referidos. En la sección VII, del artículo IV. 277 al artículo IV. 307 se detalla el desarrollo del espectáculo taurino. Del artículo IV. 308 al IV. 316 se encuentran las disposiciones generales que rigen los espectáculos referidos; en la sección VIII, desde el artículo IV. 317 hasta el artículo IV. 326 se establecen las sanciones; en la sección IX, desde el artículo IV. 327 hasta el artículo IV. 332, se encuentran las disposiciones complementarias de las escuelas taurinas.

Desde el artículo IV. 333 hasta el artículo IV. 339, se institucionaliza y se describe la corrida del toreo nacional, su forma de llevar a cabo y el destino de los recursos que se colecten de ella. En los artículos IV. 340 y IV. 341 se establecen las tasas por los servicios prestados en los espectáculos taurinos y el destino de los fondos. En el artículo IV. 343 se determinan las garantías que los empresarios deben presentar sobre la venta de entradas a los espectáculos taurinos.

Desde el artículo IV. 344 hasta el artículo IV. 348-A se indica cuáles son los trofeos que concede la municipalidad a los toreros. Desde el artículo IV. 349 hasta el artículo IV. 351 se establecen los objetivos y la forma de administración de la Plaza Belmonte de Quito.

Esta normativa administrativa municipal no ha sido modificada, hasta la presente fecha, para observar los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución, pues se sigue permitiendo la ejecución de espectáculos públicos que afectan la integridad física y psicológica de los animales que son utilizados de “manera innecesaria”, es decir, empleados en otras actividades que no corresponden estrictamente a la satisfacción de las necesidades humanas, que es el límite establecido por la normativa constitucional relacionada con el uso de los elementos que conforman la naturaleza o Pacha Mama, de acuerdo a la explicación dada por los autores citados en este trabajo que tratan acerca de los derechos de la naturaleza. Además, se

transgrede la disposición que se encuentra en el artículo 21 de la Constitución de Ecuador que señala que “*no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución*”, como es en el presente caso, en el que se pretende mantener tradiciones culturales que vulneran los ya referidos derechos de la naturaleza.

Por otra parte, no se está tomando en cuenta el carácter dinámico que tienen las tradiciones culturales, por el cual no se puede perennizar costumbres que afectan valores y derechos de validez universal (derecho a la vida, libertad e integridad de los seres sensitivos), conforme al análisis realizado en el primer capítulo de este trabajo investigativo; además de este punto, que constituye el argumento principal por el cual no se pueden mantener ciertas costumbres, se debe tomar en cuenta que también existe un cambio de pensamiento en la sociedad respecto a la relación ser humano y el resto de animales, por el cual prima la convivencia armónica y respeto entre unos y otros, de esta manera, el derecho, además, debe corresponder a la sociedad que regula, pues tampoco es estático sino que cambia constantemente conforme cambian sus ideas y costumbres.

Lo dicho también hace evidente que existen antinomias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto al tema del que se trata en este trabajo: por un lado, mediante normas constitucionales, se protegen los derechos de la naturaleza y se prohíbe que se invoque la cultura cuando se atenten contra los derechos reconocidos en la Constitución; y por otra, se permite aún, mediante normas de inferior jerarquía, la realización de espectáculos en los que se vulneran los derechos de los animales, que son parte de los derechos de la naturaleza.

Dichas contradicciones entre la Constitución del Ecuador y normas de inferior jerarquía, entre las que se encuentra el Código Municipal, rompen el principio de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Respecto a estos principios, explica Carla Huerta que la unidad significa entender al sistema jurídico como un todo, como un conjunto de elementos y relaciones entre sí, como una unidad; la unidad del ordenamiento jurídico permite hacerlo coherente, un sistema racional y lógico, organizado jerárquicamente, en el cual se puede evitar conflictos normativos en la medida que se hace posible una interpretación sistemática que elimine una contradicción normativa de carácter manifiesto.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Carla Huerta, “Presupuestos del concepto de conflicto normativo”, capítulo IV, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/949/6.pdf>>, 122.

Explica la autora que estas características del ordenamiento jurídico son definitorias del mismo, pues, permite saber, en caso de conflicto de normas, cuál es la que prevalece. El fundamento de la unidad del ordenamiento jurídico es la Constitución, todas las normas del ordenamiento jurídico deben estar de conformidad con ella;¹⁸⁹ es por esto que no pueden mantenerse vigentes normas de menor rango que no estén acorde con sus preceptos, más aún, aquellas que se encuentren en evidente contradicción con la misma, como sucede en este caso con el Código Municipal.

2.6. Antecedentes del intento de reconocimiento de los derechos de los animales en el Código Orgánico de Ambiente y en las ordenanzas municipales del cantón Quito, por diferentes grupos sociales, y su situación actual

En Ecuador, el 7 de mayo del 2011 se llevó a cabo una consulta popular acerca de varios temas, entre los cuales se encontraba la pregunta número 8 que decía: “¿Está usted de acuerdo que en el cantón de su domicilio se prohíban los espectáculos que tengan como finalidad dar muerte al animal?”¹⁹⁰

De los 219 cantones que tiene el país, en 127 ganó el “sí”, en los restantes 94 cantones ganó el “no”. De las 24 provincias que tiene el Ecuador, en seis: Guayas, Imbabura, Manabí, Galápagos, Santo Domingo de los Tsáchilas, Santa Elena, en todos sus cantones, ganó el “sí”; mientras que en otras cinco provincias: Pastaza, Napo, Morona Santiago, Bolívar y Tungurahua, en todos los cantones ganó el “no”. En las restantes 13 provincias ganó una tendencia o la otra dependiendo del cantón.¹⁹¹

Pese a la voluntad popular que se manifestó en la mayoría de los cantones de Ecuador a favor de la prohibición de espectáculos que tengan como fin dar muerte a un animal y pese a la vulneración de normas constitucionales, mediante normativa administrativa, aún se permite que se efectúen dichos espectáculos.

En Quito, cantón en el que ganó el “sí” con un 54% de votos a favor en la consulta popular, el Consejo Metropolitano decidió reformar la ordenanza 106 que regula los espectáculos taurinos con la ordenanza 127 del 30 de septiembre del 2011, para decir que se ha tratado de compatibilizar las corridas de toros con los resultados

¹⁸⁹ *Ibíd.*, 129, 130.

¹⁹⁰ “127 cantones de Ecuador respondieron Sí a la pregunta 8”, *El Universo* (Guayaquil), 20 de mayo de 2011, <<http://www.eluniverso.com/2011/05/20/1/1355/129-cantones-ecuador-respondieron-pregunta-8.html>>.

¹⁹¹ *Ibíd.*

de la consulta popular, situación que no se ha dado. Así en los considerandos de dicha ordenanza se señala:

Que, es indispensable reformar la regulación de los espectáculos públicos, con el fin primordial de compatibilizar el desarrollo de los espectáculos taurinos con la voluntad de los vecinos del Distrito Metropolitano de Quito, expresada en la consulta popular de 7 de mayo de 2011, cuyos resultados fueron promulgados y publicados en el Registro Oficial N° 490, de 13 de julio de 2011.

La ordenanza 127 nunca se rigió a la Constitución, pues ésta condiciona el ejercicio de los derechos culturales al cumplimiento de los demás derechos que emanan de la misma, como son los derechos de la naturaleza; ni a la voluntad popular, que se manifestó mediante el ejercicio de una de las formas de democracia directa, que es la consulta popular, pues de la redacción de la pregunta número 8 de la consulta y de su espíritu, se desprende que el propósito de la misma fue el respeto a los derechos de la naturaleza, que frenan el “uso innecesario” de los elementos que la conforman, y el respeto a los derechos de los animales que tiene por ser seres sintientes, evitando su sufrimiento, muerte y tortura en espectáculos públicos.

El Consejo Metropolitano, arrogándose funciones que no le competen, en lugar de adecuar las ordenanzas relacionadas con los espectáculos culturales que implican la utilización de animales a los mandatos constitucionales y a la voluntad del pueblo manifestada mediante la consulta popular; en vez de eliminar dichos espectáculos mediante su facultad normativa, interpretó a su conveniencia el texto de la pregunta número 8 de la consulta popular y reformó la ordenanza 106 que regulaba los espectáculos taurinos, con la ordenanza 127 del 30 de septiembre del 2011, conforme se mencionó en párrafos anteriores.

La ordenanza 127 mantiene las corridas de toros y dispone en el artículo IV. 208 que en la plaza de toros se debe tener la infraestructura para un espectáculo sin muerte; sin embargo, en el artículo IV.303 sigue constando la figura del “indulto” con la cual es evidente que se sigue permitiendo la muerte del animal de no aplicarse esa figura en el caso concreto. También se eliminó del texto de la ordenanza la palabra matador, pero los intervinientes, los procedimientos del toreo y su fin (que es realizar un espectáculo en el que se produce la muerte de un animal sea dentro o fuera de la plaza) siguen siendo los mismos. Además, se sigue previendo, en el artículo IV.311, que las plazas de toros de primera categoría de Quito cuenten con un destazadero que estaría a cargo de la Empresa Pública Metropolitana del Rastro.

Además de la vulneración de los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución y de los derechos de los animales; al parecer, tomando en cuenta los efectos nulos que tuvo la pregunta N° 8 de la consulta popular respecto de la desaparición de los espectáculos que tengan como fin la muerte de un animal, lo que se buscaba políticamente con la referida pregunta, en realidad, fue el apoyo de grupos ecologistas, protectores de los derechos y del bienestar animal a un proyecto político, más que la protección de los derechos o del bienestar animal en sí.

Se creía equivocadamente que la pregunta número 8 de la Consulta Popular iba a tener incidencia en el respeto a los derechos de la naturaleza que fueron establecidos en la Constitución y en la observancia de los derechos de los animales, pero como se puede colegir, la consulta popular no consistió fácticamente en ningún aporte trascendente para el efecto y solo representó una estrategia más de la demagogia política.

Otro suceso de trascendental importancia dentro de la lucha por el reconocimiento de los derechos de los animales fue que el 30 de octubre del 2014, defensores de sus derechos marcharon desde el parque El Ejido, en Quito, hasta la Asamblea Nacional para entregar lo que fue el Proyecto de Ley Orgánica de Bienestar Animal. Este proyecto fue elaborado por seis organizaciones no gubernamentales: Protección Animal Ecuador (PAE); Asociación Animalista Libera, delegación Ecuador; Plataforma IDEA; Rescate Animal Ecuador, Colectivo Vegano y Colectivo Samay.¹⁹² Los propósitos por los cuales se creó este proyecto de ley fueron: el reconocimiento de los animales como seres dotados de sensibilidad y de autoconsciencia; evitar la violencia interrelacionada, es decir, evitar el daño al resto de animales, que también repercute en la violencia hacia los seres humanos; crear una normativa acorde al nuevo paradigma constitucional en el que se establecieron los derechos de la naturaleza; crear normas que permita alcanzar el *sumak kawsay* o buen vivir.

La meta esencial del proyecto de la Ley Orgánica de Bienestar Animal fue reducir y evitar el sufrimiento de los animales, y de los seres humanos. El ámbito de protección del proyecto de ley eran los animales denominados de consumo,

¹⁹² “Asamblea recibe propuesta de ley para defender los derechos de los animales”, *El Universo* (Guayaquil), 30 de octubre de 2014, <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/30/nota/4167481/asamblea-recibe-propuesta-ley-defender-derechos-animales>>.

domésticos, de compañía, de trabajo y silvestres en cautiverio.¹⁹³ Regulaba, el proyecto de normativa, lo que se refiere a adopciones de animales, esterilizaciones, auxilio para los mismos en caso de necesidad, recepción y trámite de denuncias por maltrato, medidas para la protección de animales, establecimiento de conductas prohibidas, que son aquellas que provocan daños o sufrimiento físico y/o psicológico a los animales; también determinó la prohibición de utilizar animales en circos y en cualquier espectáculo público en que se agrede, maltrate o mate animales; normaba lo que se refería a la experimentación con animales, a la eutanasia animal, al sacrificio de animales destinados al consumo humano, y lo que se refiere a infracciones y sanciones, entre otros.¹⁹⁴

Lastimosamente esta propuesta de Ley Orgánica de Bienestar Animal (LOBA) no prosperó tal y como se la planteó, pues se incluyó a la misma en el Código Orgánico del Ambiente; la propuesta para la inclusión de la LOBA en el COA se presentó en la Asamblea Nacional el 1 de octubre del 2015, día en el que se llevó a cabo también el primer debate para la aprobación de dicho Código que finalmente fue aprobado el 20 de diciembre del 2016.¹⁹⁵

2.7. El Código Orgánico del Ambiente

En los artículos 4 y 6 del Código Orgánico del Ambiente¹⁹⁶ se establece que sus disposiciones promoverán el efectivo goce de los derechos de la naturaleza, que son los prescritos en la Constitución del Ecuador.

En el título VII, capítulo 1, artículo 139, se encuentra el objeto del mismo, que es promover el bienestar animal, erradicar la violencia hacia los mismos, fomentar un trato adecuado para evitarles sufrimientos innecesarios y prevenir el maltrato; se indica además que la tenencia de animales conlleva la responsabilidad de velar por su bienestar.

En el artículo 140 se hace la descripción de los animales que componen la fauna urbana, que son: los animales domésticos, los que tiene como hábitat espacios públicos y áreas verdes, y los animales que constituyen un riesgo por el contagio de

¹⁹³ Ecuador, *Proyecto de Ley Orgánica de Bienestar Animal*, art. 2.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, art. 7, 9, 25, 32, 33, 47, 48, 50, 61, 65.

¹⁹⁵ “La Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico del Ambiente”, *El Comercio* (Quito), 20 de diciembre de 2016, <<http://www.elcomercio.com/tendencias/asambleanacional-aprobacion-codigoambiente-codigoorganicodelambiente-ley.html>>.

¹⁹⁶ Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 983 (12 de abril de 2017), art. 4, 6.

enfermedades en el perímetro cantonal. En el artículo 141 se menciona cuáles son los animales que componen la fauna silvestre urbana y estos son el conjunto de especies de fauna silvestre que habitan en zonas urbanas o que fueron introducidas en ellas; se dispone, además, que la fauna silvestre conserve su hábitat natural.

En el artículo 142 se hace una clasificación de los ámbitos dentro de los cuales se debe manejar la fauna urbana y se establece la obligación de expedir las normas de bienestar animal que correspondan a cada uno de ellos. Los ámbitos son: a) De compañía: Compuesto por los animales que han sido reproducidos, criados o mantenidos con la finalidad de vivir con las personas para acompañarlas; b) De trabajo u oficio: Los animales denominados así son aquellos empleados para labores industriales, productivas, de seguridad, cuidado o cualquier oficio; c) De consumo: Son aquellos animales utilizados para la alimentación humana o de otros animales; d) De entretenimiento: Cualquier especie animal obligada a realizar acciones en contra de su patrón de comportamiento natural con la finalidad de entretener a los seres humanos; e) De experimentación: Son animales reproducidos, criados y utilizados en actividades de experimentación, docencia e investigación.

Este código hace la clasificación de los animales en función de la utilidad que representan para el ser humano; lo que hace manifiesto que el reconocimiento de los derechos de los animales no es una realidad visible en la legislación ecuatoriana aún, a pesar de que existen determinadas normas que sí constituyen un avance en sus derechos.

La disposición del artículo 142 es una disposición inconstitucional pues vulnera los derechos de la naturaleza que establecen el límite de la utilización “necesaria” de los elementos que la conforman, entre los cuales se encuentran los animales, al realizar la clasificación de un grupo de animales como “animales de entretenimiento”, pues éste no constituye una necesidad humana. Además, las actividades denominadas “de entretenimiento” constituyen parte de la cultura de los pueblos, y por mandato constitucional no es posible invocar la cultura cuando se vulneran otros derechos constitucionales. Por otra parte, el hecho de sacar a un animal de su patrón natural de comportamiento para entretenimiento de los seres humanos es un acto antiético, que provoca daños, sin necesidad alguna, al ser sobre el cual recaen los efectos del mismo, por lo que este se encuentra fuera de los límites de la razonabilidad.

En el artículo 143 se determina como va a ejercer la rectoría el Gobierno Central en el tema del manejo de la fauna urbana. Para el efecto, la norma establece que se deben considerar los lineamientos y normas técnicas emitidos por: a) La Autoridad Nacional de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca sobre el bienestar de los animales destinados al consumo, esto para garantizar la calidad de los productos que llegan a los consumidores como el bienestar de los animales; b) Las emitidas por la Autoridad Nacional de Salud sobre prevención y control de enfermedades transmisibles entre animales y personas; c) Las emitidas por la Autoridad Nacional de Educación para ser incorporados en el Sistema Nacional de Educación relativo a principios, valores y criterios sobre bienestar animal, convivencia armónica, y tenencia responsable, de conformidad con las distintas manifestaciones interculturales y plurinacionales; d) Las emitidas por la Autoridad Nacional de Investigación sobre planes, programas y proyectos de investigación que se realicen con animales; y e) Las emitidas por la Autoridad Ambiental Nacional sobre fauna silvestre y fauna silvestre urbana.

En el artículo 144 se establece cuáles son las atribuciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos en relación a la planificación, regulación, control, gestión y coordinación con los entes rectores competentes en los ámbitos de salud, investigación, educación, ambiente y agricultura relativas a la fauna urbana, y estas son: a) Regular el bienestar animal en la tenencia, crianza, comercialización, reproducción, transporte y eutanasia animal; b) Crear mecanismos y herramientas para realizar estimaciones estadísticas sobre fauna urbana, dentro de su jurisdicción, así como para crear y mantener actualizado un registro de establecimientos para animales, organizaciones protectoras de animales y de las personas sancionadas por maltrato animal; c) Implementar mecanismos para la prevención y control de enfermedades transmisibles entre los animales y las personas; d) Establecer planes y programas de prevención, manejo y control de poblaciones de animales; campañas informativas y educativas sobre bienestar animal priorizando la educación comunitaria, así como de esterilización y adopción responsable; e) Investigar y promover las denuncias ciudadanas sobre casos de maltrato contra animales en su jurisdicción y aplicar sanciones para cada infracción; f) Diseñar e implementar protocolos de actuación en el rescate y asistencia de animales en casos de catástrofes y emergencias en coordinación con los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, con los ministerios del ramo competentes, y con la

asesoría técnica de representantes de las facultades y escuelas veterinarias; g) Regular y autorizar los espacios públicos donde se comercialicen animales.

El artículo 145 se precisan cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los tenedores o dueños de animales, y qué necesidades de éstos deberán satisfacer según su especie, estas son: a) Brindarles alimentación, agua, refugio; b) No agredirlos o maltratarlos; c) Brindarles atención veterinaria; d) Respetar las pautas propias del comportamiento natural del animal.

En el artículo 146 se enumeran cuáles son los actos prohibidos en contra de los animales, estos son: a) Provocar muerte a animales, excepto a los destinados para consumo y los que representen riesgo de transmisión de enfermedades; b) Practicar el bestialismo o la zoofilia; c) Maltratar, dañar o abandonar animales; d) Mantener animales hacinados o aislados permanentemente; e) Suministrar alimentos dañinos, sustancias químicas peligrosas o tóxicas, objetos, drogas o medicamentos cuya ingestión pueda causarle dolor, enfermedad o la muerte; f) Involucrar o intentar involucrar a un animal, en combates o peleas entre animales, excepto el caso de espectáculos públicos con animales, donde se aplicará lo dispuesto en el artículo 148 de este Código; g) Las demás que establezcan los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos.

De los actos prohibidos contra los animales establecidos en el artículo 146 de COA, se exceptúan los procedimientos científicos autorizados, tratamientos veterinarios especializados, prácticas culturales reconocidas por el Estado y materiales educativos en cualquier formato. Se establece, además que, para el caso de los animales destinados al consumo, se implementarán prácticas de acuerdo a los protocolos internacionales de bienestar animal.

En el artículo 148, al que hace referencia en el artículo 146, se hace referencia a que los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos prohibirán las corridas de toros cuya finalidad sea dar muerte al animal en los cantones en los que la ciudadanía se pronunció en ese sentido en la consulta popular del 7 de mayo de 2011; y que los demás espectáculos públicos con animales serán regulados por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos, en el ámbito de sus competencias.

La excepción incluida en este artículo, respecto a la ejecución de actos prohibidos contra animales en las prácticas culturales reconocidas por el Estado o espectáculos públicos y aquella excepción que remite al artículo 148 del COA, son

inconstitucionales debido a que transgreden derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución, respecto a, como se explicó, la utilización necesaria de los elementos que la conforman, entre los cuales están los animales, para satisfacción de las necesidades humanas. También se vulneran, de esta manera, los derechos que los animales tienen por ser seres sintientes, poseedores de intereses y la prohibición constitucional de invocar la cultura cuando se atenten contra otros derechos instituidos en la Constitución. Inclusive, en aplicación de las disposiciones de la Constitución de la República, ni siquiera era necesario incluir la pregunta número 8 en la Consulta Popular, simplemente se debían aplicar sus normas y eliminar los espectáculos públicos que vulneren los referidos derechos constitucionales y legales.

Como se puede colegir, la ordenanza municipal 127 del 30 de septiembre del 2011, que admite aún que se sigan realizando las corridas de toros en el cantón Quito, va inclusive en contra de la disposición legal del artículo 148 del Código Orgánico del Ambiente, pues en este se dispone la prohibición de estos espectáculos en los cantones en los que ganó el sí en la pregunta 8 de la consulta popular del 7 de mayo del 2011, mandato que no ha sido cumplido en tal acto normativo municipal.

En el artículo 147 se trata acerca de las prohibiciones específicas, que son: a) La donación en calidad de reclamo publicitario de animales de compañía; b) La entrega a cualquier título de animales de compañía a laboratorios o clínicas para experimentación, sin ser un criador especializado autorizado en animales de experimentación; c) La captura de animales en las calles con fines de experimentación. Los animales utilizados deberán provenir de criaderos especializados autorizados en animales de experimentación; d) Que los animales destinados a un trabajo realicen actividades inherentes a dicho trabajo cuando estén en estado físico precario; e) La crianza, tenencia o comercialización de fauna silvestre exótica o nativa o sus partes constitutivas, de conformidad con las disposiciones contenidas en este Código; f) La captura, recolección, posesión, tenencia, adquisición, importación o introducción de especímenes de fauna silvestre para actividades de entretenimiento; g) La realización de espectáculos circenses con animales; h) El uso de animales con fines industriales y experimentales cosmetológicos; y, i) La vivisección de animales en los planteles de educación inicial, básica y bachillerato.

Se menciona además que la experimentación con animales vivos en universidades, laboratorios o centros de educación se permitirá únicamente en los casos en los que no se pueda aplicar otros procedimientos o alternativas; y que para

todos los casos de experimentación con animales se aplicará el principio internacional de reemplazo, reducción y refinamiento de procesos, así como estándares internacionales de bioética.

Existen determinadas normas que sí constituyen un avance en relación al reconocimiento de los derechos de los animales, aunque son pocas; estas normas son aquellas que protegen la vida, libertad e integridad de los animales y no solamente establecen límites a la vulneración de sus derechos. Parte de ellas se encuentran en el COA como por ejemplo, aquella establecida en el citado artículo 147 que prohíbe la realización de actividades circenses con animales, aquella que prohíbe el uso de animales con fines industriales y cosmetológicos, y la que prohíbe la captura, recolección, posesión, tenencia, adquisición, importación o introducción de especímenes de fauna silvestre para actividades de entretenimiento.

En el artículo 149 se determina la facultad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados o Municipales para prevenir y controlar la sobrepoblación de animales, para lo cual, al menos, se implementarían las siguientes medidas, que constituyen medidas de bienestar: a) Programas educativos acerca de la tenencia responsable de animales; b) Gestión integral de residuos y desechos sólidos; c) Programas de adopción de animales rescatados; d) Campañas de vacunación, esterilización, control de parásitos; e) Regularización de la reproducción de animales de compañía con fines comerciales.

En el artículo 150 se hace referencia a la obligación de los Gobiernos Autónomos Descentralizados de contar con mecanismos de rescate de animales de compañía abandonados o maltratados, como centros de acogida temporal, en los que deberán esterizarlos y darles el cuidado veterinario adecuado de ser necesario. La eutanasia es considerada como un mecanismo de control de animales pero debe ser utilizada como último recurso y, en caso de que se la aplique, debe considerarse, para el efecto, los parámetros de bienestar animal.

En el artículo 151 se dispone que se deben implementar prácticas o procedimientos que respeten parámetros nacionales e internacionales con respecto al bienestar animal en la cadena de producción de los animales destinados al consumo humano o animal; y que el sacrificio de éstos deberá realizarse con procesos, prácticas, protocolos y estándares que promuevan minimizar el sufrimiento y el dolor.

En relación a las infracciones en el manejo responsable de la fauna, en el artículo 319 se establece que las mismas serán: a) El incumplimiento de obligaciones

y responsabilidades en relación con los animales; b) Realizar actos prohibidos contra los animales; c) Obstaculizar o impedir la labor de vigilancia y control de las autoridades competentes. En cuanto a las sanciones en el manejo de la fauna urbana se consideran en el COA las siguientes: a) El retiro de animales; b) Obligación de realizar de 200 a 500 horas de servicio comunitario; c) La prohibición de adquirir y mantener animales de forma temporal o definitiva; d) El pago de multas económicas que establezcan los GADS; e) La obligación de pago, por parte de los infractores, de los costos que resulten de la atención veterinaria, alimentación y mantenimiento que requiera el animal para su recuperación.

Como se puede apreciar, las sanciones para las personas que provoquen daños a los animales por infracción en el manejo de la fauna urbana son irrisorias, constituyen sanciones civiles y administrativas que en realidad no otorgan un amparo adecuado para un derecho. Este particular hace más claro aún que los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución no brindan una protección adecuada a parte de la misma que se encuentra constituida por la fauna, y que los animales, a pesar de ser sujetos de una vida, de ser seres sensitivos y de poseer intereses, no están exentos de la vulneración de cualquiera de sus derechos, si esta genera beneficios para la especie humana.

Para el cumplimiento de los derechos, en este caso de los animales, no solo son necesarias acciones negativas por parte del Estado y, de las personas jurídicas y naturales, sino acciones positivas para su realización; es decir, no basta con abstenerse de ocasionarles daños, sino que se necesita la promoción de estos derechos para que la gente tome consciencia acerca de que la especie humana no es la única que los detenta y que, de esta manera, dejen de participar en las instituciones de explotación animal; a más de lo dicho, es indispensable el resguardo de los derechos de los animales por parte del Estado, como como protector del bien común, por ejemplo, mediante la creación de normativa que realmente los haga efectivos y los proteja, con el establecimiento de acciones de control para precautelar la integridad de los animales, entre otras.

Como se ha observado en las disposiciones del Código Orgánico del Ambiente, lo que se ha creado, en su mayoría, son disposiciones que promueven únicamente el bienestar animal, mas no derechos en sí, por lo que hace falta, como se señaló, la implementación de disposiciones de este tipo.

2.8. Otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano en las que se establecen medidas de bienestar y ciertos derechos para determinados animales

Antes de que se expida la Constitución del año 2008, en la que se establecieron los derechos de la naturaleza, existía normativa administrativa, que aún se encuentra vigente, respecto a la tenencia, responsabilidades y trato que se debe dar a determinados animales domésticos del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, una de ellas es la ordenanza N° 861, mediante la cual se expidió el Reglamento de Tenencia de Perros en el Cantón Quito.¹⁹⁷

En la referida ordenanza, que fue publicada en el Registro Oficial 526 del 17 de febrero del 2005, en el acápite que trata acerca de la tenencia, defensa y protección contra el maltrato, en el artículo 4, se estableció la responsabilidad del dueño o del tenedor de animales domésticos, de mantenerlos en buenas condiciones y se puntualizaron las siguientes prohibiciones: a) abandonarlos; b) maltratarlos, no alimentarlos o mantenerlos en lugares cerrados, encadenados o en jaulas muy pequeñas para su tamaño, o en la intemperie y sin protección frente a inclemencias del clima; c) utilizarlos en espectáculos y otras actividades que les pueda ocasionar sufrimiento o ser objeto de burlas o tratamientos indignos; d) suministrarles medicamentos que contengan sustancias que les produzcan daño o sufrimiento innecesario; y, e) envenenarlos individual o masivamente, ya sean éstos propios o ajenos.

El objetivo de esta ordenanza fue regular la tenencia responsable de animales domésticos, tanto para beneficio de la ciudadanía, como por el bienestar de estos animales. Respecto al primer punto, porque un animal que se encuentra en adecuadas condiciones físicas y psicológicas, no representa un peligro para las personas y para otros animales; respecto al segundo punto, porque se tomó en consideración, implícitamente, que el animal no es un objeto, conforme a lo establecido en el Código Civil, sino que es un ser vivo con sensibilidad, ya que si fuera considerado por la normativa como un objeto, no se hubiera generado ninguna medida para protegerlos contra los abusos de propietarios o tenedores mientras estas conductas aplicadas en contra de los animales no representen un peligro para la sociedad (por ejemplo permitir

¹⁹⁷ Ecuador, Ministerio de Salud Pública y Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, *Reglamento de Manejo y Tenencia Responsable de Perros*, Acuerdo Ministerial 116, en *Registro Oficial*, No. 532 (19 de febrero de 2009).

abusos en contra de los animales domésticos siempre y cuando estén permanentemente encerrados).

A más de las medidas de bienestar que establece esta ordenanza, existen dos artículos que son protectores de derechos de los perros, en este caso; este es el artículo antes mencionado, número 4, que establece la prohibición de utilizarlos en espectáculos y otras actividades que les pueda ocasionar sufrimiento o ser objeto de burlas o tratamientos indignos, y el artículo 22, que prohíbe las peleas de perros y sanciona su incumplimiento con el decomiso del animal, multa y cierre del local. Estas disposiciones no solo se restringen a ser medidas bienestaristas para el animal, sino medidas que se fundamenta en el derecho del mismo porque son normas que impiden la utilización de un animal como un medio para lucrar y divertirse a costa de su vida e integridad, siendo estas, reglas que protegen tales derechos en consideración a que es un ser vivo con capacidad de sentir y no por beneficio de terceros, como de los seres humanos.

De manera general, esta norma señala que los responsables del control de la tenencia responsable de animales domésticos son las administraciones zonales y establece varias reglas para la tenencia de animales domésticos, principalmente perros, por ejemplo: el registro de los mismos, la calificación, reglas de comercialización, crianza y reproducción.

Luego de la publicación de la Constitución del 2008 en el Registro Oficial, se creó el Reglamento de Manejo y Tenencia Responsable de Perros¹⁹⁸, expedido mediante el acuerdo ministerial N° 116, del Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, publicado en el Registro oficial N° 532 del 19 de febrero del 2009, que tiene como objeto regular la tenencia responsable de los perros.

En el artículo 3 se establecen las obligaciones que todo propietario, guía o tenedor de perros deben tener con respecto a ellos y entre ellas están: a) Vacunarlos contra la rabia; b) Proporcionarles comida nutritiva; c) Brindarles condiciones de vida adecuadas y un entorno saludable; d) Socializarlos con otros animales de su especie; e) Mantenerlos en buenas condiciones físicas e higiénicas; f) Mantener el número de perros que les permita aplicar las normas de bienestar animal; g) Mantenerlos dentro de casa; h) Pasearlos con collar por las vías y espacios públicos; i) Recoger los

¹⁹⁸ *Ibíd.*

desechos que los animales dejan en los espacios públicos; j) Cuidar que los perros no ocasionen molestias en el vecindario; k) Cubrir gastos médicos, prótesis, y daños psicológicos de las personas que se vean afectadas por daños ocasionados por el animal, excepto cuando ingresen a propiedad privada sin permiso o en control de orden público, si las lesiones o daños se hubieren causado luego de que el animal hubiere sido provocado, maltratado o agredido, si se encuentran protegiendo a alguna persona, o si la agresión se da cuando el animal está en estado de maternidad o si sus crías se encuentran en peligro.

En el artículo 6 se regulan las prohibiciones respecto de los actos de los propietarios o tenedores de perros y son:

a) Maltratar, golpear o someter a cualquier práctica que le ocasione sufrimiento o daño al animal; b) Abandonar o mantener los perros en lugares que se encuentren en estado de aislamiento; c) Mantener instalaciones indebidas desde el punto de vista higiénico-sanitario y a animales sin cuidado, ni alimentación; d) Ubicar a los perros en espacios muy reducidos con relación a su tamaño y necesidades fisiológicas y etológicas, expuestos a las inclemencias del clima, hambre, sed o aislamiento; e) Someter a perros de manera permanente a situaciones de encadenamiento, enjaulamiento en terrazas, patios, balcones, azoteas o similares; f) Obligar al animal que trabaje en condiciones de enfermedad o desnutrición; g) Comercializar perros de manera ambulatoria, en la vía y espacios públicos o en aquellos lugares destinados al expendio de alimentos de consumo humano; h) Venderlos a menores de edad mascotas; i) Envenenar perros masiva o individualmente ya sean propios o ajenos; j) Entrenar, organizar o promover peleas entre perros o con otros animales y/o apostar en ellas; k) Entregar perros como premio o donarlos para fines científicos que se opongan a las normas de bienestar y bioética animal; l) Utilizar animales en espectáculos, actos religiosos, exhibiciones, propagandas o similares, cuando esto implique sufrimiento o dolor; m) Circular el propietario, tenedor o guía por la vía pública con un perro, con los antecedentes descritos de agresión; n) Sedar por vía oral o parenteral a los perros durante su permanencia en los establecimientos de comercialización y estética, a menos que responda a una prescripción del Médico Veterinario; o) Amarrar perros en árboles, postes, rejas, pilares o cualquier otro sitio ubicado en espacios públicos o áreas comunales, que impidan el normal tránsito peatonal o ponga en riesgo la seguridad de los transeúntes o de los mismos animales; p) Realizar la actividad comercial de adiestramiento de perros en espacios públicos no

autorizados para tal efecto; q) Usar la imagen de perros para simbolizar agresividad, maldad, peligro o pornografía; r) Ejercer la bestialidad, sin perjuicio de las acciones penales que por este delito se puedan establecer; s) Filmar escenas con perros donde se los maltrate, suministre drogas, sustancias o tratamientos que alteren su comportamiento natural; y, t) Comercializar órganos o partes de perros.

En esta norma también se regulan los métodos aplicables para la identificación de los perros, que pueden ser microchip o tatuaje, aclarándose que todo procedimiento en el que animal tenga probabilidad de experimentar dolor, debe ser realizado con anestesia. Así mismo, se trata acerca de la comercialización y reproducción de los perros y del control poblacional. En el artículo 20 se establece que todo perro en estado de abandono o que se encuentre perdido debe ser rescatado de forma que no se le cause dolor, angustia o sufrimiento. Respecto de la eutanasia, se aprobó como el único método que produce una muerte digna y sin sufrimiento y se la debe practicar solamente en los casos enumerados taxativamente en este reglamento, que son:

a) Cuando el animal no pueda ser tratado por tener una enfermedad terminal e incurable; b) Cuando esté en sufrimiento permanente, físico o psicológico; c) Cuando sea agresivo y no pueda ser tratado; d) En perros de pelea recuperados de esta actividad no permitida; e) Cuando sea la única alternativa para un perro que suponga un riesgo epidemiológico real y confirmado técnicamente de enfermedad zoonótica grave; y, f) Por decisión firmada de parte del propietario del perro, de practicar eutanasia a su animal que no se determina en ninguno de los literales anteriores, lo que determinará la prohibición de identificar un perro a su nombre por un periodo posterior de 2 años calendario.

En el artículo 22 se determinan cuáles son los procedimientos prohibidos respecto al sacrificio de perros: a) Ahogamiento o cualquier otro método de sofocación; b) El uso de cualquier sustancia o droga venenosa; c) Las electrocución accidental; d) El uso de armas de fuego o corto punzantes; y, e) Otras de las que produzca dolor o agonía para el animal.

En el artículo 26 se establece que el Ministerio de Educación debe propender a incluir temas de bienestar animal, tenencia responsable de mascotas, vigilancia epidemiológica y derechos de la naturaleza en general, en las mallas curriculares de los niveles pre-primario, primario y secundario. En el capítulo VIII se tratan las infracciones por incumplimiento de las disposiciones que contiene el reglamento y sus respectivas sanciones.

En el capítulo IX, artículo 32, se establecen las definiciones del léxico que se utilizan en el reglamento y una de las más importantes y atinentes a lo que se está tratando, es el concepto de bienestar animal y este es, según la definición que se encuentra en la norma, un estado de salud física y mental permanente del perro en armonía con el medio, basado en cinco libertades: a) Estar libre de miedo y angustia; b) Estar libre de dolor, daño y enfermedad; c) Estar libre de hambre y sed; d) Estar libre de incomodidad; f) Estar libre para expresar su comportamiento normal.

Como se puede observar, tanto en el reglamento de tenencia de perros que fue emitido antes de la publicación de la Constitución del 2008 en el Registro Oficial y en el que fue expedido después de la misma, se encuentran medidas de bienestar animal muy similares. Con esto se quiere decir que, en primer lugar, las medidas de bienestar existían antes y después de la Constitución del 2008, aunque en la normativa posterior se incluyeron normas más específicas de protección lo que demuestra un cambio de paradigma en la sociedad respecto de la consideración de los animales como seres sintientes; en segundo lugar, que si los derechos de la naturaleza protegerían a la naturaleza en su integralidad, la normativa administrativa fuera totalmente diferente a la expedida de forma anterior a la Constitución del 2008.

En el reglamento emitido luego de la Constitución, mediante acuerdo ministerial, continúa la prohibición de utilizar perros en espectáculos públicos que les provoquen angustia y sufrimiento, que es una medida protectora de los derechos a la vida e integridad de estos animales. En relación a la parte en la que, en este reglamento, se señalan las cinco libertades que componen el concepto de bienestar animal, aquellas son libertades que no solo inciden en el bienestar animal sino que son parte de los derechos que tiene los animales porque garantizan las libertades y derechos básicos, como estar libre de sufrimiento, angustia, tratamientos indignos, dolor, daño o enfermedad, que es el derecho a la integridad física y psíquica que tienen los seres sintientes por ser tales; el derecho a expresar su comportamiento normal, que es parte del derecho a la libertad, derechos que son vulnerados en todo caso de utilización de animales para espectáculos que tiene como finalidad entretener al ser humano, situación carente de toda lógica y razonabilidad.

Como se puede colegir, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene normas que discriminan por especie (especismo) entre los animales diferentes a los seres humanos también, pues en determinadas ordenanzas y acuerdos ministeriales se prohíbe los espectáculos en los que se ocasiona daño a la especie canina, mientras que

en ciertas ordenanzas se permiten los mismos actos en contra de ciertos bovinos y de determinadas aves, a pesar de que todas estas especies son seres sintientes merecedores de protección, y que estos espectáculos implican la “utilización innecesaria” de animales, contraviniendo, de esta manera los derechos de la naturaleza, tal y como están establecidos en la norma constitucional.

Esto hace que el ordenamiento jurídico sea incoherente, más aún cuando la normativa que fue expedida antes de la Constitución del 2008 debía haber sido modificada para cumplir con los mandatos constitucionales y la que fue emitida de manera posterior debía haberse creado conforme a los mismos, en este caso, en lo que respecta a los derechos de la naturaleza y la prohibición de invocar la cultura cuando se atenten contra otros derechos establecidos en la Constitución, pues ésta es la norma que da unidad, coherencia y validez al ordenamiento jurídico.

Se concluye, además, que no es específicamente con la Constitución del 2008 que se emiten normas protectoras de los derechos de los animales, sino que desde antes de su expedición ya existían algunas que brindaban su protección en este sentido. Una de las diferencias que existen entre el reglamento de tenencia de perros anterior y el posterior a la Constitución del 2008, es que en la normativa actual, se establece como obligación del sistema educativo incluir en las mallas curriculares temas acerca del bienestar animal, tenencia responsable de mascotas y derechos de la naturaleza en general, tomando estos temas una mayor importancia en la política pública.

En cuestión a resoluciones administrativas respecto de aplicación de este reglamento, a modo de ejemplo se va a hacer referencia a aquella emitida por la Comisaría de Salud de la Provincia del Guayas, dentro del expediente N° 330-NORTE-DPSG-CSG-2014¹⁹⁹. La Fundación Rescate Animal, en representación del señor Guillermo Campaña, presentó una denuncia en contra de la Veterinaria Guayaquil por negligencia médica.

El 13 de mayo del 2014, el señor Guillermo Campaña, propietario del perro Candy, de raza French Poodle, llevó a su animal de compañía a la veterinaria Guayaquil para que sea atendido porque presentaba síntomas de fiebre, mucosas pálidas, dolor abdominal y decaimiento. Sin haberle hecho previamente exámenes médicos para verificar su estado de salud, se le había suministrado un suero porque se

¹⁹⁹ Ecuador, Dirección Provincial de Salud del Guayas, *Resolución Administrativa de la Comisaría de Salud de la Provincia del Guayas* (18 de noviembre de 2014), en expediente No. 330-Norte-DPSG-CSG-2014.

presumió una intoxicación y se le dio de alta sin medicación alguna más que vitaminas y antialérgicos, por lo que el 15 de mayo su estado de salud se agravó y se la ingresó nuevamente a la clínica. En el centro veterinario mantuvieron al perro desde la mañana hasta la noche sin haberle hecho examen médico alguno, hasta que en horas de la noche se le realizó un hemograma. El dueño del animal argumentó que esta conducta de los veterinarios de la clínica es negligente, pues le provocó sufrimiento a Candy y le mantuvo tres días sin diagnóstico ni tratamiento adecuado para la enfermedad.

Los resultados del hemograma fueron que el perro presentaba un cuadro infeccioso grave, sin embargo, para el día 17 de mayo, vía telefónica, se le había informado al dueño de Candy que éste estaba mejorando. Para verificar el estado de salud del perro, Guillermo Campaña acudió a la clínica sin previo aviso y se encontró con que Candy se encontraba en una camilla fría, sin atención médica y en muy mal estado. Luego de este hecho, en la misma clínica le realizaron al perro un segundo examen, en el que se evidenció un mayor deterioro en su salud, por lo cual decidieron operarle, pero dadas las condiciones de Candy, falleció.

Por todo lo ocurrido, mediante resolución administrativa de la Comisaría de Salud se sancionó a la Clínica Veterinaria Guayaquil al pago de USD 340 por infringir la norma sanitaria del artículo 123 de la Ley Orgánica de Salud. Además, porque el Reglamento de Manejo y Tenencia Responsable de Perros garantiza los derechos tanto del propietario como del animal; y, debido a la relación cercana entre Candy y el señor Guillermo Campaña se afectó también el estado de salud de este último por los hechos suscitados, a más de haberse vulnerado el estado de bienestar animal establecido en el artículo 32 del Reglamento, que es un estado de salud física y mental del perro basado en el respeto a 5 libertades o derechos: a) Libre de miedo y angustia, b) Libre de dolor, daño y enfermedad, c) Libre de hambre y sed, d) Libre de incomodidad, e) Libre para expresar su comportamiento normal.

Esta resolución administrativa muestra que la sanción por la afectación provocada al animal no se restringe al daño irrogado al propietario del mismo por el sufrimiento que le ocasionó la muerte y el padecimiento de Candy; sino que esta, además, fue impuesta por la vulneración de las libertades básicas que tiene el animal, establecidas el Reglamento de Manejo y Tenencia Responsable de Perros, libertades que forman parte de los derechos de los animales como seres sintientes, lo que implica un avance en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no solamente en los que respecta a las medidas de bienestar, sino a los derechos en sí.

En referencia a normas elaboradas por el legislador, en el mes de agosto del año 2014, entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP). En el artículo 249 de este cuerpo normativo se estableció como contravención causar muerte, deterioro físico o lesiones a animales de compañía. En lo que se refiere al acto de causar lesiones o deterioro físico, está sancionado con 50 a 100 horas de servicio comunitario, mientras que por provocar la muerte, la persona será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a siete días.²⁰⁰

Esta norma también es protectora de los derechos de los animales denominados de compañía, ya que protege la vida e integridad de los mismos que son los derechos fundamentales que tiene todo ser vivo sintiente por el hecho de serlo; de todas maneras, sigue existiendo una desproporcionalidad entre infracciones y sanciones fundamentada en una consideración de especie. Como se puede observar, algo tan grave como la tortura y muerte de un animal no humano solamente es catalogado como contravención, a diferencia de que si los mismos actos se perpetraran contra seres humanos serían catalogados como delito. Esta es otra de las normas que hace evidente las antinomias e incoherencias del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues mientras la norma penal protege la vida e integridad de dichos animales, el Código Civil aún los categoriza como cosas.²⁰¹

2.9. Jurisprudencia internacional acerca del reconocimiento de los derechos de los animales

Existen varios fallos a nivel internacional en los que se reconoce que los animales son sujetos de derechos no humanos. Dos de ellos fueron dictados por el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Caso de la orangután Sandra²⁰²: En el primer caso, expediente N° A2174-2015/0, la Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales (AFADA) y Andrés Gil Domínguez presentó una acción de amparo en contra del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires por vulnerar el derecho a la libertad ambulatoria, a no ser considerada

²⁰⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 249.

²⁰¹ Ecuador, *Código Civil*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46 (24 de junio de 2005), art. 585.

²⁰² Argentina. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. [Sentencia orangután Sandra], exp. 2174-2015/0 (21 de octubre de 2015), <<http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2015/10/sentencia-orangutan-sandra.pdf>>.

como objeto susceptible de apropiación, y a la integridad física y psíquica que posee la orangután Sandra como sujeto no humano de derechos. En efecto, la orangután Sandra se encontraba en condiciones deplorables en el zoológico de Buenos Aires: nunca había vivido en libertad, se encontraba en una jaula de cemento pequeña, sin espacios verdes ni compañeros de su misma especie, lo que estaba produciendo daños a su salud física y psíquica.

Los problemas jurídicos que fueron planteados por parte de la autoridad que resolvió la acción constitucional propuesta, son los siguientes: a) Si la orangután Sandra posee derechos y si ello implica reconocerle el carácter de sujeto de derechos no humano; b) Si se debe disponer su liberación o traslado, atendiendo a sus necesidades particulares.

En relación al primer punto se sostuvo que para dilucidar si Sandra es o no sujeto de derechos se debe hacer una interpretación dinámica del ordenamiento jurídico, es decir, revisar en el conglomerado de normas jurídicas la condición que ostenta dicho ser vivo y no solamente en una de ellas. Así, a parte del Código Civil deben revisarse varias normas que otorgan protección a los animales, como la Constitución, el Código Penal, las normas administrativas de manejo de la fauna, etc., para tener una perspectiva amplia de la condición y protección otorgada por el ordenamiento jurídico a los animales; además, las normas deben ser interpretadas tomando en cuenta sus palabras, finalidades, leyes análogas, las disposiciones que surgen de tratados de derechos humanos, principios, valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.²⁰³

En la sentencia se hizo referencia a que, de la lectura e interpretación de las normas jurídicas del derecho argentino, surge que el interés jurídicamente protegido es el del animal en sí mismo y no el derecho de propiedad que sobre ellos tienen las personas; por ejemplo, esto se colige de la sanción penal que se establece en el derecho argentino para aquellas personas que les hicieren “víctimas” de actos crueles a los animales, a pesar de que en el Código Civil se los siga considerando como cosas. Por otra parte, en el Código Civil argentino también se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, situación que se da cuando los actos que se realizan en ejercicio de esos derechos van en contra de los fines ordenamiento jurídico o sobrepasan los límites de la buena fe, moral o buenas costumbres, casos en los cuales

²⁰³ *Ibíd.*

el juez tiene la obligación de ordenar las medidas necesarias para evitar los efectos del ejercicio abusivo de los derechos y de ser pertinente, el restablecimiento al estado de hecho anterior.

Respecto de la condición jurídica de Sandra, en la sentencia se determinó que ella, efectivamente, es sujeto de derechos al ser un ser que posee sensibilidad y un alto nivel de conciencia. Se analizó que el hecho de que se le categorice como persona no humana, no quiere decir que ella deba tener los mismos derechos que los seres humanos, sino los propios de su especie, conforme a su naturaleza, características y necesidades, sobre todo reconocerle el derecho a la vida y dignidad de un ser sintiente; y que la privación de la libertad constituye una forma de provocar sufrimiento y que por ello es utilizada como castigo en las sociedades humanas.

Una de las técnicas que se mencionan en la sentencia, a ser utilizadas para efectuar un buen razonamiento al respecto, es la de “desnaturalizar y problematizar la manera en que se piensa a diario”, ya que el mantener a través del tiempo una misma manera de pensar y de concebir la realidad, podría implicar conservar relaciones de dominio y desigualdad de un grupo frente a otro. Entonces, entender este particular permitiría cambiar estas situaciones respecto de los seres humanos y no humanos.

En la sentencia, que fue dictada el 21 de octubre del 2015, al haberse determinado que Sandra es sujeto de derechos no humano, se resolvió que se elabore un informe, con carácter de vinculante, por parte de los expertos *amicus curiae* Drs. Miguel Rivolta y Héctor Ferrari, conjuntamente con el Dr. Gabriel Aguado del Zoológico de Buenos Aires, que determine las medidas que debe tomar el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires en relación a su situación. Además, en la sentencia se puso como obligación del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, garantizar las condiciones adecuadas de hábitat para la orangután y garantizar que ésta realice las actividades que sean necesarias para preservar sus actividades cognitivas.

Caso de la orangután Cecilia²⁰⁴: En el segundo caso, expediente N° P-72.254/15, el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek, propuso una acción de hábeas corpus a favor de la chimpancé Cecilia debido a que esta había sido privada ilegítimamente de la libertad

²⁰⁴ Argentina, Tercer Juzgado de Garantías, “Poder Judicial de Mendoza”, [Sentencia dentro del expediente N° P-72.254/15], (3 de noviembre de 2016), <<https://es.scribd.com/document/351851935/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia-pdf>>.

ambulatoria, además del derecho a una vida digna por parte de las autoridades del zoológico de la ciudad de Mendoza Argentina, pues su estado de salud física y psíquica cada día se empeoraba. La chimpancé vivía en pésimas condiciones, sola, sin espacios verdes, sin alguna cosa con qué entretenerse y sin siquiera tener un bebedero para saciar su sed.

La acción de hábeas corpus fue concedida a Cecilia y fue reconocida como sujeto de derechos, principalmente, por las siguientes consideraciones:

a) El juzgador al momento de resolver tomó en cuenta que las sociedades evolucionan en sus conductas morales, pensamientos, valores y, por ende, en su legislación. Que hace tiempo atrás muchos de los derechos que actualmente son reconocidos no lo eran y que incluso pasaban desapercibidos en la sociedad o eran negados por la misma, como los derechos de género, sufragio igualitario, entre otros; y mencionó que ahora pasa lo mismo con los derechos de los animales.

b) Que no se advierte la evidente incoherencia del ordenamiento jurídico, que sostiene, por un lado, que los animales son bienes que tienen la capacidad de moverse por sí mismos (semovientes), que se rigen por las normas del comercio, y por otro, que debe protegérselos contra el maltrato, inclusive en el campo penal, lo que evidencia que los animales sienten el maltrato y que el sufrimiento debe ser evitado y castigado por la norma penal.

c) El juzgador toma en cuenta dos posturas teóricas de lo que considera ser el reconocimiento de derechos a los animales, y las clasifica de esta manera: la primera es la utilitarista, dentro de la cual Bentham sostiene que sujeto moral debe ser todo aquel capaz de sentir dolor o placer, incluyendo a todos los seres del reino animal; en el mismo sentido, Salt aboga por reconocimiento de derechos a los animales no humanos que cumplan las condiciones mencionadas por Bentham; y Peter Singer quien toma en cuenta a la capacidad de sufrir como factor principal para ser considerado como sujeto de derechos y propone un criterio “antiespecista”, es decir, un trato igual entre seres sintientes, independientemente de su especie. La segunda corriente es la denominada ecología profunda, que parte de la hipótesis Gaia del teólogo Leonardo Boff, en la cual se considera a toda la Tierra como un organismo vivo.

d) Que en el delito de maltrato animal, el bien jurídico protegido es el derecho del animal a no ser objeto de la crueldad humana, que esto implica que el espíritu de

la norma y el fin del legislador fue considerar al animal como un ser vivo sintiente y no como una cosa.

e) Que el ser humano es un ser social con aptitud de aprendizaje, lo que hace que su construcción moral y ética se encuentre en permanente evolución; y que por esto, ha comprendido, a través del tiempo, que la naturaleza debe ser protegida y que los animales no deben ser maltratados.

f) Que no se trata de otorgarles a los demás animales los mismo derechos que los seres humanos, sino de aceptar y entender que ellos son seres que sienten y que son sujetos de los derechos que les asisten como a nacer, crecer, vivir y morir en el medio que les es propio según su especie.

g) Que el hecho de que los otros animales no tengan las mismas características que los seres humanos en cuanto al lenguaje o capacidad cognitiva y que por ende, no puedan ser sujetos de obligaciones, no obsta para que puedan ser considerados como sujetos de derechos como lo son los recién nacidos, los sordomudos, los dementes.

h) Que los derechos de los incapaces son ejercidos por terceros, estos es, por sus representantes legales; y que en el caso de los animales también podrían ser representados por ONGs, por cualquier entidad del Estado o por cualquier persona individual que invoque para ello intereses colectivos o difusos.

i) Que la libertad es inherente al mundo animal, que la privación de la libertad no viene dada por naturaleza ya que es el ser humano el que ha capturado, cazado y colocado a los demás animales en cautiverio.

j) Que no por ser el ser humano inteligente y sintiente tiene el derecho a causar sufrimiento a otros seres vivos.

El aspecto trascendental para reconocer que un ser vivo tiene derechos, de acuerdo a estas dos sentencias, es la capacidad de sentir; esta característica es la que le otorga a cualquier individuo ese status de sujeto de derecho humano o no humano.

Los juristas argentinos, mediante la sana crítica, y al utilizar un método de interpretación sistemático y dinámico de su ordenamiento jurídico, coligieron que este reconoce a los animales como “sujetos de derechos”, dado que en algunas normas se protege el bien jurídico que les interesa a ellos como seres sintientes; además se dieron cuenta de las antinomias e incoherencias que existe en este respecto a categorizar como cosas a seres sintientes, y al mismo tiempo otorgarles protección y reconocerles derechos mediante normas civiles, administrativas y penales, lo mismo que sucede en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Con esto se quiere decir, que, así como la normativa argentina, la normativa ecuatoriana también ha reconocido que los animales no son cosas, sino seres sintientes, inclusive desde antes de la publicación en el Registro Oficial de la Constitución del 2008; razón por la cual se han establecido medidas de bienestar y se han establecido normas protectoras de derechos, como son aquellas que protegen la vida, libertad, integridad de ciertas especies, que se encuentran en el texto de las ordenanzas, acuerdos ministeriales y normas penales citadas en este trabajo, que tipifican las conductas que afectan a estos derechos e imponen sanciones.

De acuerdo al análisis realizado en las sentencias citadas, los animales son sujetos de los derechos que les corresponde como especie distinta a la humana, es decir, no son titulares de todos y cada uno de los derechos que les corresponden a los seres humanos; pero sí de aquellos que les conciernen de acuerdo a su naturaleza de seres sintientes y a sus características propias, como son: la protección de su vida, libertad, integridad, a estar libres de sufrimiento, dolor angustia y a desarrollarse en condiciones adecuadas, de acuerdo a su comportamiento natural.

Se ha tomado en cuenta, en las sentencias, la circunstancia de que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas cambiantes que debe ajustarse a la sociedad a la que regula, encontrarse en permanente evolución y regirse por la ética, lo que ha sucedido con el reconocimiento progresivo de derechos a seres humanos que antes no los tenían en el derecho positivo.

La evolución del pensamiento en la sociedad ecuatoriana se ha dado respecto a la relación ser humano y otros animales, por lo que las costumbres, actos o tradiciones que implican daños físicos o psicológicos a los mismos, están perdiendo vigencia y la normativa ecuatoriana debe responder a esas demandas. De todas maneras, ese no es el punto más importante por el cual el ordenamiento jurídico no debe permitir la vulneración de derechos de las especies sensitivas, sino por la razonabilidad, pensamiento lógico y ética por las cuales debe estar regido.

Precisamente, en nombre de la ética, la lógica y la razonabilidad, no debe permitirse la existencia de normas que transgredan derechos y valores de validez universal, cuya existencia se argumentó en el primer capítulo de este trabajo investigativo, y estas son aquellas que permiten que se provoque daños a los seres (humanos y no humanos) que se ven afectados por aquellas (naturalmente fuera del ámbito sancionatorio administrativo, civil y penal). Para determinar este particular, lo que debe hacerse es un ejercicio de razonamiento lógico, en el que nos preguntemos

si tal o cual práctica o acto es dañino para aquellos que se ven afectados por la norma, si además esta promueve o no el bienestar de los mismos y si, en su lugar, hubiera otra medida que, en lugar de perjudicarlos, promueva su bienestar.

2.10. Sentencias internacionales en casos que implican la utilización de animales en espectáculos públicos

En el ámbito internacional existen varias sentencias relacionadas con la utilización de animales en espectáculos públicos que implican maltrato animal. Una de ellas fue la dictada en la Audiencia Provincial de Tarragona, España, en resolución de un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia dictada el 18 de septiembre del 2015, en Juicio de Faltas N° 135/2015 del Juzgado de Instrucción N° 1 de Falset, por los señores Juan Francisco, Pedro Jesús, Ángel Jesús y Adrián.²⁰⁵

Los hechos suscitados para que se haya iniciado un proceso en contra de los recurrentes fueron los siguientes: el 22 de febrero del 2015, los denunciados, de común acuerdo, se encontraban en la explotación agrícola de la localidad García y habían organizado una pelea de gallos. Ellos incitaban y participaban en la pelea para que los gallos se agredieran entre sí, además les habían puesto un cristal puntiagudo en los tobillos, les habían amarrado a dos de ellos por los tobillos y Ángel Jesús le había cortado la cresta a uno de los gallos.

En primera instancia, con la sentencia recurrida, se les había condenado a los cuatro procesados por el delito de maltrato animal tipificado en el artículo 632.2 del Código Penal y se les había impuesto una multa diaria de 5 euros por 40 días, responsabilidad personal subsidiaria y el pago de la cuarta parte de las costas procesales causadas en esa instancia.

La jueza de segunda instancia consideró que existían pruebas suficientes que afectaban a la presunción de inocencia de los procesados, pues en el expediente se encontraban: declaraciones de agentes de la fuerza pública, quienes presenciaron los hechos y fueron sometidos a interrogatorio; fotografías en las que se evidencia sangre y pedazos de cristales; cristales en forma de espolón, que fueron utilizados para colocarlos en las patas de los animales, de los cuales los procesados no han ofrecido explicación alguna y versiones contradictorias de los mismos.

²⁰⁵ España, Consejo General del Poder Judicial, [Sentencia 502-2015, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, España, dentro del juicio de faltas N° 135/2015], (23 de diciembre de 2015), <<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1916.pdf>>.

La jueza determinó que la conducta ha sido declarada probada y que los procesados han incurrido en la prohibición establecida en el artículo 6 de Decreto Legislativo 22/2008, de 15 de abril, mediante el cual se aprobó el Texto refundido de la Ley de Protección de los Animales de Cataluña, por lo que dicho espectáculo no podía contar con autorización legal. Entonces, resolvió estimar parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de reducir el monto de la multa que fue impuesta por la jueza a quo en la sentencia de primera instancia, considerando la situación económica de los recurrentes y ratificó las demás resoluciones que se encontraban en la misma.

Otra de las sentencias que contiene reflexiones importantes acerca del tema de los derechos de los animales y de la prohibición de tortura, muerte y maltrato en espectáculos públicos es la expedida por la Corte Constitucional Colombiana en de la causa D-11467.²⁰⁶ En este proceso la ciudadana Juliana Marcela Chahín del Río presentó, ante la Corte Constitucional Colombiana, una acción pública de inconstitucionalidad en la que demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 5 de la Ley 1774 del 2016, que adicionó al Código Penal el título XI-A “De los Delitos contra los Animales.”

La parte de la norma materia de la acción de inconstitucionalidad es el párrafo 3° de la misma. A continuación se transcribe la norma completa y se subraya la parte pertinente:

Ley 1774 del 6 de enero del 2016

Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones”.

Artículo 5°.- Adiciónese al Código Penal el siguiente título:

Título XI-A:

De los Delitos contra los Animales

Capítulo Único

Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales:

Artículo 339ª.- El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

²⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional Colombiana, [Sentencia C 041-2017, dictada por y D-11467, expedientes D-11443] (1 de febrero de 2017), <<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/2274.pdf>>.

Artículo 339B.- Circunstancias de agravación punitiva. Las penas contempladas en el artículo anterior se aumentarán de la mitad a tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:

- a) Con sevicia;
- b) Cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetren en vía o sitio público;
- c) Valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos;
- d) Cuando se cometan actos sexuales con los animales;
- e) Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

Parágrafo 1°. Quedan exceptuadas de las penas previstas en esta ley, las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas.

Parágrafo 2°. Quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, no serán objeto de las penas previstas en la presente ley.

Parágrafo 3°. Quienes adelanten las conductas descritas en el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 no serán objeto de las penas previstas en la presente ley (Énfasis añadido).

El artículo 7° de la Ley 84 de 1989, al que remite la norma anterior, exceptúa de las penas previstas en el Código Penal para los actos crueles en contra de los animales, al rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas, peleas de gallos y procedimientos utilizados en estos espectáculos.

La señora Juliana Marcela Chahín del Ríó considera que el parágrafo tercero del artículo 5 de la ley 1774, vulnera el artículo 79 de la Constitución Política. Dicho artículo señala que es obligación del Estado velar por la protección del medio ambiente; con fundamento en el mismo, la demandante sostiene que los animales domésticos o salvajes hacen parte del medio ambiente, razón por la cual merecen cuidado y protección, además de merecer ese trato por ser seres sintientes y no bienes muebles.

Adujo que la ley 1774 del 2016 fue expedida con el fin de evitar el maltrato animal provocado por los seres humanos, catalogándolos como seres sintientes merecedores de garantías y protección; y que excluir de su protección a aquellos animales que son utilizados para actividades de entretenimiento, tales como el rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, riñas de gallos, becerradas, tientas y otros, es inconstitucional. Por esto, solicita que se declare la inconstitucionalidad del

parágrafo tercero del artículo 5° de la Ley 1774 de 2016, según el cual quienes incurren en las conductas descritas en el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 no serán sujetos de las penas previstas en dicha ley.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional realizó varias consideraciones al respecto, entre las cuales están las siguientes:

a) El reconocimiento de la importancia de la naturaleza ha sido un proceso lento y complicado, que no ha tenido resultados significativos en relación a la protección de la naturaleza por sí misma, sino en función de los seres humanos. La Constitución colombiana de 1991 estableció nuevos lineamientos en la relación seres humanos- naturaleza, pues reconoce que la protección, conservación y cuidado del medio ambiente tiene trascendental importancia y un interés superior, lo que ha llevado a catalogarla como “constitución ecológica o verde”.

b) El medio ambiente es un bien a proteger por sí mismo; la naturaleza no es únicamente el entorno de los seres humanos, sino también un sujeto de derechos propio, los cuales deben ser protegidos y garantizados. El fundamento de la preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza, al tratarse de seres vivos, debe ser el tomar en cuenta que son sujetos de derechos individualizados, independientemente de la consideración de utilidad para el ser humano. Este deber de protección constituye un imperativo para los Estados y para la comunidad.

c) Las costumbres, prácticas y tradiciones se encuentran protegidas por algunas normas constitucionales, entre las cuales están aquellas referentes al pluralismo, a la diversidad étnica y cultural, al libre ejercicio de las ocupaciones, artes y oficios, a la promoción y fomento del acceso a la cultura, y a la libertad de búsqueda del conocimiento y de la expresión artística. Sin embargo, estos derechos no son ilimitados, como todo principio, valor o derecho, debido a que muchas veces colisionan con otros derechos de igual o de superior jerarquía, por lo que se necesita, en esos casos, realizar un ejercicio de ponderación para ver cuál prevalece en el caso concreto, y será el que más se adecúe a los principios del ordenamiento constitucional e internacional.

Por estos motivos, la facultad de configuración normativa que tiene el legislador para definir cuáles actividades se consideran artísticas o culturales no es absoluta, debe consolidarse en un principio de razón suficiente; la decisión que tome debe ser razonable, proporcional, debe proteger el interés general y disminuir los riesgos sociales.

d) No toda actividad que represente una visión personal del mundo puede ser categorizada como artística o cultural, tal como expresó en la sentencia C-1192 del 2005, pues, para constituirlo como tal se debe aplicar el criterio de la razonabilidad como límite de la potestad de configuración normativa. Este criterio implica la exclusión de cualquier decisión, absurda, insensata o injustificada, como por ejemplo, tratar de catalogar como expresión artística o cultural del Estado, comportamientos de los seres humanos que solamente impliquen actos de violencia o perversión.

e) Las manifestaciones culturales no son una expresión directa de la Constitución, sino de una interrelación entre diferentes actores sociales en un espacio y tiempo determinado. Esto quiere decir que las expresiones culturales no constituyen por sí mismas una concreción de mandatos constitucionales, por lo que no están exentas del cumplimiento de los mismos, ni de la intervención de la jurisdicción constitucional.

f) La doctrina ha sido partidaria también de que la diversidad cultural sea preservada siempre y cuando no se lesionen intereses superiores, por lo que, se deben dejar de lado aquellas tradiciones y costumbres que son nocivas, inclusive, porque muchas de ellas esconden autoritarismos culturales que hace que quienes se benefician de las mismas, traten de luchar por su permanencia para mantener determinados privilegios y poderes.

g) Las manifestaciones culturales no son estáticas, ya que varían con el transcurso del tiempo y pueden cambiar de concepto en función de las nuevas creencias y necesidades sociales; por lo que hay que cambiar aquellas tradiciones que vulneran los intereses más importantes de una sociedad democrática, para proscribir las injusticias existentes basadas en el menosprecio a la dignidad de los seres vivos no humanos.

Por esto, se deben tomar en cuenta las demandas sociales, para reforzar una cultura constitucional que proscriba manifestaciones de violencia y de menosprecio a la vida de los demás; por ello, se debe precautelar por que se hagan efectivas las garantías mínimas que tiene todo ser por el hecho de existir, más aún cuando éste no se encuentra en igualdad de condiciones con aquel que pretende vulnerar sus derechos.

h) Las denominadas prácticas culturales son diferentes de los derechos culturales, pues, conforme a lo dicho en la sentencia C-283 del 2014, “la cultura cambia constantemente en la historia de las mentalidades y de los imaginarios de una civilización para adecuarse a la evolución de la humanidad, al bienestar de los

derechos y al cumplimiento de los deberes, más cuando se busca desterrar rastros de una sociedad violenta y de menosprecio hacia los demás.”

i) El solo paso del tiempo, en relación a la creación y preservación de una manifestación cultural, no es argumento suficiente para mantener una práctica que ahora la sociedad considera como incorrecta, indeseable y antiética. Así, las manifestaciones o prácticas culturales deben tener como finalidad promover la educación de la comunidad en varios aspectos, entre éstos, en el respeto por los derechos hacia los seres que conforman el planeta Tierra.

j) Gradualmente, los países están tratando de eliminar tradiciones que muestran insensibilidad hacia los seres no humanos y que por ende, afectan sus derechos. En general, los ciudadanos, los partidos políticos, las organizaciones no gubernamentales y los Estados, promueven la eliminación de éstas actividades que afectan a la integridad de los animales.

k) Los animales tienen derechos al ser seres sintientes que tienen sus propios intereses, de acuerdo a las teorías de los derechos y del bienestar animal, expuestas por varios pensadores, entre los cuáles están Jeremy Bentham, Lord Espine, Peter Singer, Tom Reagan, Jesús Monteserín, Alejandro Herrera Ibáñez, Martha Nussbaum y Jorge Riechmann. En razón de esto, paulatinamente se ha ido desarrollando legislación protectora de animales en los distintos ordenamientos jurídicos.

l) En diversos ordenamientos jurídicos, se ha planteado una perspectiva diferente a la tradicional respecto a la relación del ser humano con la naturaleza; así, en la Constitución ecuatoriana del 2008 se plantea un nuevo escenario jurídico en relación a la protección de la naturaleza, pues se dispone el respeto integral a su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales; además, se prevé la posibilidad de que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad exija el cumplimiento de sus derechos ante una autoridad pública.

m) En Colombia, la ley 1774 del 2016 se expidió con la finalidad de brindar protección a los animales y reconocer que ellos no son cosas, sino seres sintientes y que, como tales, deben recibir protección contra el sufrimiento y el dolor. La protección que debe ser otorgada a los animales por la normativa, es una cuestión de justicia, no de benevolencia, pues los seres humanos no son los únicos detentadores de derechos como especie. Por esto se tipificaron como punibles varias conductas que incurren en maltrato animal y se estableció el correspondiente procedimiento sancionatorio.

n) El derecho y la jurisprudencia deben dar respuesta a las demandas sociales de prohibición de tortura, tratos crueles y degradantes hacia los animales por diversión, al existir en los tiempos actuales, un consenso social acerca de este tema. La dogmática evolutiva y dinámica determina que se debe avanzar respecto a la concepción clásica y teórica del derecho, por lo que la Constitución debe ajustarse a los cambios ideológicos, culturales, políticos, sociales, para adecuarse a la realidad actual, pues no se puede pretender que este cuerpo normativo tenga la respuesta a cada uno de los problemas sociales que aparecen con el devenir del tiempo.

o) El que no se les reconozca explícitamente a los animales como titulares de derechos en la Constitución, no debe entenderse como su negación, ni tampoco como un impedimento para reconocerles derechos. En este caso, los derechos de los animales se encuentran en el ordenamiento jurídico como “derechos innominados”, que son aquellos que se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales, pero que no se encuentran expresamente enunciados en ellas.

p) La búsqueda del orden justo, de la convivencia pacífica, de la dignidad, de la efectividad de los derechos, de la protección del medio ambiente y del pluralismo (diversidad y multiculturalismo), que son intereses de orden constitucional e internacional, permiten reconocer a los animales ciertos derechos como son la prohibición de tratos crueles y degradantes por diversión.

q) El estado de indefensión de los animales respecto del acceso a la justicia, no quiere decir que se deba prescindir de la garantía de sus derechos, para ello es necesaria la representación humana a través de las acciones populares u otro mecanismo que se prevea para el efecto. La Constitución salvaguarda los derechos de las especie humana y de las demás especies de animales como parte del medio ambiente; además, se puede sustentar la protección de las diversas especies de animales en el hecho de que son seres sintientes, con diferentes capacidades, entre ellas las de sentir y razonar, lo que permite encajarlos dentro de un concepto amplio de persona.

r) En concordancia con la sentencia C-666 del 2010, se considera que de las normas constitucionales surgen obligaciones de respeto de los seres humanos hacia los demás animales desde dos puntos de vista: a) Desde la protección de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y, b) Desde la protección contra el sufrimiento, maltrato y crueldad debida a los seres sintientes, cuando este es provocado “sin

justificación legítima”, que es un deber de contenido ético de los seres humanos hacia el resto de las especies.

s) El legislador, en uso de su facultad legislativa, no tiene una total libertad para configurar el alcance, tipo, amplitud y naturaleza de la protección que cree respecto a los animales, pues se encuentra limitado por deberes constitucionales y por el concepto de dignidad humana, que es el fundamento de la relación entre el ser humano y los demás animales; por esto, el sistema jurídico debe garantizar la protección de la integridad de los animales, al ser seres sintientes que merecen respeto.

t) El concepto de bienestar animal es una restricción a la libertad de trato que dan las personas a los demás animales; este concepto debe superar una concepción utilitarista o antropocéntrica, pues debe concebirse al ser humano como parte de un todo, considerar el deber de protección de los recursos naturales, el comportamiento digno de los seres humanos con otras especies y la función ecológica de la propiedad.

u) A pesar que la actividad circense forma parte de la cultura colombiana y que por ello merece protección, mediante la sentencia C-283-2014 se prohibió el uso de animales silvestres para espectáculos de circo en todo el territorio de Colombia. Esta resolución se tomó porque el legislador está habilitado para prohibir cualquier manifestación cultural que lesione intereses superiores y uno de estos es la proscripción de maltrato animal.

v) El hecho de que se califique a los animales como bienes jurídicos no se opone a su consideración como seres sintientes merecedores de protección, en virtud del principio constitucional de que la propiedad debe cumplir con una función ecológica, que constituye una limitación a los tratos crueles que se puedan infligir a los animales.

w) El hecho de que la norma penal, para exceptuar comportamientos que son penalizados, se remita a otra norma (art. 7 de la Ley 84 de 1989), transgrede el principio de legalidad y desconoce el principio de tipicidad; además, tal remisión se hizo hacia una norma que fue declarada inconstitucional por una sentencia anterior de la misma Corte Constitucional, que es la sentencia C-666 del 2010, lo que genera una deficiencia en la protección constitucional hacia los animales y vulnera el principio de cosa juzgada constitucional.

x) La remisión normativa se hizo de forma genérica, irrazonable y desproporcionada, incumpliendo las disposiciones de la Corte Constitucional que fueron dadas mediante la sentencia C-666 del 2010. En dicho instrumento jurídico,

este órgano colegiado señaló que el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 era parcialmente inconstitucional por desconocer la protección de los animales ante el sufrimiento (como parte de un ambiente sano) porque se establecieron excepciones a las sanciones por maltrato animal, de una manera amplia e indeterminada; además, porque se había determinado en la sentencia que tales excepciones eran constitucionales siempre y cuando cumplan rigurosos parámetros de tiempo, modo y lugar, situación que no se ha dado.

Así, la permisión de esas prácticas se darían siempre y cuando: 1. Los animales reciban protección especial contra el sufrimiento y dolor durante el trascurso de las mismas, y que en el futuro se eliminen o se moderen tales prácticas crueles, en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección animal; 2. Solo se desarrollen en los Municipios o Distritos en los que hayan formado parte de la tradición de lugar; 3. Solo se realicen en las épocas en las que autorice el municipio; 4. Que sean las únicas actividades que puedan excepcionarse del deber constitucional de protección de los animales; 5. Que las autoridades municipales nunca destinen dinero para la construcción de instalaciones relacionadas con estas actividades.

y) La permisión prevista en la ley 84 de 1989 (que permite torturar a los animales en las fiestas tradicionales) no puede limitar la configuración normativa del Congreso, conforme a los cambios que se generen en la sociedad, que ahora han dado más valor a la protección de los animales frente al sufrimiento, lo que se corrobora con que ahora las sanciones para el maltrato animal son penales y no meramente civiles.

z) A pesar de que en la ley 1774 del 2016, el legislador volvió a hacer referencia a la excepción a las sanciones por maltrato animal, lo ha hecho de manera genérica, desprotegiendo a los animales de forma irrazonable y desproporcionada, Por esto, el parágrafo 3 de la norma referida desconoció la decisión anterior de la misma Corte acerca de constitucionalidad condicionada de la norma.

aa) En este caso se debe garantizar la prevalencia del principio de legalidad de los delitos y no el principio de conservación del derecho.²⁰⁷ En el artículo 5° de la Ley 84 de 1989 se desconocen los principio de legalidad, tipicidad y de cosa juzgada

²⁰⁷ El principio de conservación del derecho es aquel que busca preservar las disposiciones emanadas del legislador por consideración al principio democrático, por esto, si la disposición acerca de la cual se demanda su inconstitucionalidad admite una interpretación acorde a la Constitución, la Corte debe declarar su constitucionalidad condicionada y no retirarla del ordenamiento jurídico (Juan Carlos Moncada Zapata, *Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084985.pdf>>.)

constitucional, lo que genera un déficit de protección constitucional hacia los animales, pues esta no fue observada por el legislador penal, lo que hace que el párrafo 3° de esa norma sea inconstitucional.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Corte Constitucional decidió declarar la inconstitucionalidad del párrafo 3° del artículo 339 B del Código Penal; pero, por las consecuencias que podría acarrear la inmediata expulsión de esta norma del ordenamiento jurídico, respecto de otros intereses protegidos por el mismo, decidió diferir el efecto de la sentencia por el plazo de dos años, a fin de que el Congreso adapte la legislación a la jurisprudencia constitucional.

Esta sentencia merece algunas observaciones en relación a los considerandos citados en los literales t), v) y x). Respecto al argumento expuesto en el literal t), estimo que en verdad las normas de bienestar animal establecen restricciones a la libertad de trato de los seres humanos respecto a los demás animales, pues en ellas se determinan parámetros y modos de utilización de los mismos; sin embargo, esto no quiere decir que con estas medidas se pueda superar una visión antropocéntrica, ni utilitarista, como se señala en esta sentencia, debido a que, con las medidas de bienestar, se establecen límites a los modos en los cuales el ser humano puede aprovecharse de los animales, mas no se establece una prohibición a su explotación, lo que evidencia que aún existe una visión de que los animales son seres al servicio del ser humano de los cuales se puede usufructuar, es decir, no se los considera como seres con derechos; por otra parte, aquellos límites a su utilización jamás se establecen si afectan de alguna manera el interés económico o de otro tipo que pueda tener la especie dominante. Con esto no se quiere decir que no se deban crear estas medidas, hasta alcanzar un verdadero reconocimiento de derechos.

En relación al razonamiento que se encuentra en el literal v), considero, en contraposición a lo expuesto por la Corte, que la clasificación de los animales como cosas se opone al concepto de sujetos de derechos y al concepto de seres sintientes, por lo que debería haberse realizado el análisis en otro sentido. Esto porque el concepto de “cosa”, según la Real Academia de la Lengua Española, corresponde a un objeto inanimado, por oposición a un ser viviente; asimismo, el concepto que tiene la RAE, de “cosa”, en su acepción jurídica es “en contraposición a persona o sujeto, objeto de relaciones jurídicas. En el régimen de la esclavitud, el esclavo era una cosa.”²⁰⁸

²⁰⁸ Real Academia de la Lengua Española, “cosa”, <<http://dle.rae.es/?id=B3yTydM>>.

Naturalmente, un ser vivo no puede ser clasificado como un objeto inanimado, además que se clasifique como cosa a un ser vivo es un limitante para reconocerle la calidad de sujeto de derechos, pues seguiría bajo un régimen de comercio y de propiedad, lo que se opone al derecho a la libertad, que es uno de los derechos básicos de todo sujeto de derechos; es decir, se estaría hablando de conceptos antagónicos como que fueran conceptos que se pueden compatibilizar.

En referencia al literal x) en el que se indica el modo en el que, según la Corte Constitucional, estas actividades deban ser realizadas para ser consideradas constitucionales, cabe pensar que la única manera en la que se evitaría el sufrimiento y dolor de los animales es suprimiendo las mismas. Entonces, la única manera de cumplir con esta disposición de la Corte Constitucional es de esta manera, porque el sufrimiento tanto físico, como psicológico es parte esencial de estas exhibiciones; no se comprende cómo se podría concebir una corrida de toros, pelea de gallos y otras similares, sin agresión, burla o tortura hacia los seres que son, en este caso, objeto de actos crueles realizados para diversión de los seres humanos. Esto hace pensar que la Corte, al determinar estos parámetros para que estos espectáculos sean considerados constitucionales, lo que buscó en realidad fue la eliminación de estas actividades para cumplir con el deber constitucional de protección de la fauna, además, esto se puede colegir de la motivación integral de la sentencia.

2.11. La Declaración Universal de los Derechos de los Animales

La Declaración Universal de los Derechos de los Animales²⁰⁹ contiene aquellos derechos que deberían ser reconocidos a todos los animales de la Tierra; fue discutida del 21 al 23 de septiembre de 1977 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales Afiliadas en la tercera reunión sobre los derechos de los animales en Londres; posteriormente, esta Declaración fue proclamada el 15 de octubre del 1978, por los referidos cuerpos colegiados. Luego fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En el Preámbulo de esta declaración se señala que se expide la misma considerando: a) Que todo animal tiene derechos; b) Que el desconocimiento y desprecio de estos derechos han llevado al ser humano a cometer crímenes en contra

²⁰⁹ *Declaración Universal de los Derechos de los Animales* [1977].

de la naturaleza y dentro de ella, de los animales; c) Que el reconocimiento por parte de la especie humana, de los derechos de otras especies es parte esencial del fundamento de la coexistencia de especies en el mundo; d) Que el ser humano comete genocidio y que existe la amenaza de que siga cometiéndolo; e) Que el respeto de los animales por el ser humano está vinculado al respeto entre los mismos seres humanos; f) Que los seres humanos deben enseñar, mediante la educación, en todas las etapas de vida del ser humano a observar, comprender, respetar y a amar a los animales.

Esta Declaración está compuesta por 14 artículos, que tienen el siguiente contenido:

Artículo 1. Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia.

Artículo 2. a) Todo animal tiene derecho al respeto; b) El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho a exterminar a los otros animales o de explotarlos violando ese derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales; c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Artículo 3. a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles; b) Si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe de ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Artículo 4. a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático, y a reproducirse; b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a ese derecho.

Artículo 5. a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre, tiene derecho a vivir y a crecer al ritmo y en condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie; b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesta por el hombre con fines mercantiles es contraria a ese derecho.

Artículo 6. Todo animal que el hombre ha escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural.

Artículo 7. Todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad de trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Artículo 8. a) La experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, tanto si se trata de

experimentos médicos, científicos, comerciales, como toda otra forma de experimentación; b) Las técnicas alternativas deben ser utilizadas y desarrolladas.

Artículo 9. Cuando un animal es criado para la alimentación, debe ser nutrido, instalado y transportado, así como sacrificado, sin que ello resulte para él motivo de ansiedad o dolor.

Artículo 10. a) Ningún animal debe de ser explotado para esparcimiento del hombre; b) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirven de animales son incompatibles con la dignidad del animal.

Artículo 11. Todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

Artículo 12. a) Todo acto que implique la muerte de un gran número de animales es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie; b) La contaminación y la destrucción del ambiente natural conducen al genocidio.

Artículo 13. a) Un animal muerto debe ser tratado con respeto; b) Las escenas de violencia en las cuales los animales son víctimas deben ser prohibidas en el cine y en la televisión salvo si tiene como fin el dar muestra de los atentados contra los derechos del animal.

Artículo 14. a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental; b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre.

En su mayor parte, esta declaración tiene el contenido de lo que son los derechos de los animales; sin embargo, existen antinomias también, pues por un lado se considera que los animales no humanos, no son objeto de explotación y exterminio, y por otro, se establecen medidas de bienestar respecto a los modos de explotación de los mismos, como se puede observar en los artículos 7, 8 y 9.

A pesar de que se prevén algunos tipos de explotación, en el artículo 10, que concierne al tema del que se está tratando, se establece que ningún animal debe ser utilizado para espectáculos de entretenimiento, pues esto es incompatible con la dignidad animal; de esto se entendería que en esta declaración se permite, pero con límites, la explotación de los animales para la satisfacción de las necesidades humanas esenciales como son la alimentación, la salud y el trabajo; sin que se admita la explotación de los mismos en aquellos espectáculos que se realizan en nombre de la cultura, de lo que se deriva que este derecho no se encuentra catalogado dentro de los más esenciales.

Lo dicho corrobora que existe una gradación entre los derechos, pues, como se puede observar, el ámbito de restricción del derecho a la cultura del ser humano es más amplio que sus derechos a la alimentación, a la salud y al trabajo.

Con esto no se quiere decir que se justifica la utilización de animales para la satisfacción de las necesidades más importantes del ser humano, pues estos son sujetos de derechos por sí mismos, por lo que sus derechos no deben ser vulnerados por la utilidad que represente para otro. Solamente se pretende hacer una reflexión acerca de las antinomias que se encuentran en esta misma declaración y acerca de que el derecho a la cultura en ningún caso puede encontrarse sobre los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad, y que, de la misma manera, este derecho se encuentra por debajo de los derechos a la alimentación, a la salud y al trabajo.

Cabe mencionar que esta normativa no es vinculante y constituye únicamente una declaración de intenciones; uno de los motivos para ello es que en ningún país se reconoce explícitamente a los animales como sujetos de derechos, por lo que el incumplimiento de esta normativa internacional no conlleva responsabilidad alguna; sin embargo, debería constituir un referente para que las legislaciones de los diferentes países vayan incorporando normas que no solo se restrinjan a crear medidas de bienestar sino normas protectoras de los derechos de los animales.

Capítulo tercero

Ponderación de derechos entre el derecho a la cultura y los derechos de los animales

En este apartado se va a tratar acerca de la noción de derechos fundamentales y del motivo por el cual se considera que los derechos de los animales deberían estar incluidos dentro de estos. Además, se realizará un ejercicio de ponderación de derechos entre el derecho de los animales al resguardo de su integridad y el derecho a la cultura del ser humano, materializado en una de las múltiples manifestaciones culturales, como lo son las corridas de toros, para lo cual se tomarán elementos de una entrevista realizada a un experto en temas culturales e históricos.

3.1. Aproximación al concepto de derechos fundamentales

Para Martín Borowski los derechos fundamentales deben ser entendidos como principios, como preceptos que disponen su máxima realización conforme a las posibilidades jurídicas y fácticas, la misma que no debe realizarse en abstracto, sino dentro de un sistema en el que se relaciona con los demás derechos y bienes constitucionales; además, estos derechos son componentes básicos e indispensables de todo ordenamiento jurídico, ya que gozan de máxima jerarquía en el derecho. Explica el autor que, para armonizar la convivencia entre principios constitucionales, es necesario utilizar como mecanismo al principio de proporcionalidad.²¹⁰

Luigi Ferrajoli propone una definición teórica, formal o estructural de los derechos fundamentales y señala que:

Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²¹¹

²¹⁰ Martín Borowski, *La Estructura de los Derechos Fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 16, 17 y 19.

²¹¹ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 19. <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf>.

La definición de este autor es teórica pues se refiere únicamente al concepto de derechos fundamentales, independientemente de que los mismos se encuentren formulados en normas constitucionales o en normas ordinarias; al respecto indica que el hecho de que se prevean este tipo de derechos en normas constitucionales es solo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario, pero que esto no quiere decir que los derechos fundamentales solo puedan encontrarse previstos en normas constitucionales, también pueden encontrarse en normas ordinarias. Advierte, así mismo, que la previsión de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico positivo es una condición de la vigencia o existencia de estos derechos en tal ordenamiento específico, pero que aquello no incide en su significado.²¹²

Su definición es formal o estructural, pues toma en cuenta únicamente el carácter universal de la imputación de los derechos fundamentales, es decir, la cuantificación de la clase de sujetos que son titulares de los mismos.²¹³ Con esto se quiere decir que, no se toma en cuenta el contenido de los derechos que son protegidos para calificarlos como fundamentales, sino que, dichos derechos, en el grupo social específico, sean reconocidos a todos sus integrantes.²¹⁴

Ferrajoli dice que en los derechos fundamentales existe la base de la igualdad jurídica y que debido a su existencia, la universalidad de los derechos fundamentales es un componente estructural de éstos, lo que conlleva a que tengan el carácter de inalienables e indisponibles. Relata que, en la experiencia histórica del constitucionalismo, los intereses protegidos por los derechos fundamentales coinciden con las libertades y demás necesidades relativas a la vida, libertad, igualdad y dignidad de los seres humanos, que fueron conquistadas mediante revoluciones y luchas sociales.²¹⁵

Conforme a lo referido, las garantías de estos derechos se establecen de manera universal mediante su instauración como derechos fundamentales en normas constitucionales, que son superiores a cualquier poder decisonal. De esta manera, si estos derechos normativamente pertenecen a todos los sujetos de un grupo determinado, tienen el carácter de inalienables y no negociables; es decir, su contenido

²¹² *Ibíd.*, 19-20.

²¹³ *Ibíd.*, 20.

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ *Ibíd.*, 21.

es relativo a facultades inalterables de sus titulares y a límites infranqueables de los mismos respecto de todos los poderes, sean públicos o privados.²¹⁶

En relación a la universalidad, el autor señala que la misma no es absoluta, pues hay que tomar en cuenta el fundamento de ella; es decir, ver el criterio por el cual la norma reconoce a ese “todos” (que es una determinada clase de sujetos) los derechos por igual. Este criterio determina el status de dichos sujetos, que generalmente son de “persona”, y/o ciudadano, y/o capaz de obrar, condiciones de titularidad de derechos que a través del tiempo han sido objeto de limitaciones y discriminaciones. Estas condiciones de titularidad consisten en parámetros tanto de igualdad como de desigualdad respecto de quiénes pueden ostentar dichos derechos fundamentales; por ejemplo, antes, y ahora también dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate, existían y existen, para el efecto, criterios de discriminación como el sexo, la capacidad económica, censo, instrucción o nacionalidad, que excluían y excluyen del goce de derechos fundamentales a varias personas humanas²¹⁷, además de las no humanas, quienes sufren discriminación por especismo.

En la antigüedad, las desigualdades se fundamentaban en la negación del estatus de persona principalmente (por ejemplo, se negaba tal calidad a los esclavos, que eran concebidos como cosas) y secundariamente con otras inhabilitaciones referentes a la capacidad de obrar y a la calidad de ciudadano, por ejemplo las inhabilidades que tenían las mujeres o los judíos. Los criterios para reconocer a uno o a otro grupo de personas los derechos fundamentales no han cambiado, pues siguen siendo los de personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía; lo que ha cambiado es el contenido de los mismos pues anteriormente era muy restringido y discriminatorio, y ahora es mucho más amplio e incluyente.²¹⁸

Así, en la actualidad, la calidad de persona, la ciudadanía y la capacidad de obrar son las únicas diferencias que limitan la igualdad en cuanto al goce de derechos fundamentales de los seres humanos. Sobre estos criterios se erigen dos divisiones dentro de los derechos fundamentales: La primera entre los derechos de la personalidad que corresponden a todos (vida, salud, integridad) y los derechos de ciudadanía que corresponden solo a las personas que tiene la calidad de ciudadanos (residencia, circulación por el territorio nacional, reunión y asociación); y la segunda

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*, 21-2.

²¹⁸ *Ibíd.*, 24.

entre los derechos primarios o sustanciales que corresponden a todos aquellos que tengan la calidad de persona (vida, libertad, integridad), y los derechos secundarios, instrumentales o de autonomía, que corresponden sólo a las personas que tienen capacidad de obrar (libertad contractual, el derecho al voto, la potestad negocial).²¹⁹

Para Robert Alexy, los derechos fundamentales solamente se encuentran en normas constitucionales; al respecto explica que en las Constituciones democráticas modernas existen dos clases de normas: las primeras son aquellas que organizan el Estado y las segundas son aquellas que limitan el poder estatal, entre las cuales se encuentran los derechos fundamentales. Sostiene que existen dos estructuras de los derechos fundamentales: La primera corresponde a la “construcción de reglas”, que es estricta y estrecha; y la segunda corresponde a la “construcción de principios”, que es lata y amplia.²²⁰

En relación a la construcción estrecha y estricta, expresa que este tipo de normas que reconocen derechos fundamentales son estructuralmente similares a las demás normas del ordenamiento jurídico y se aplican de la misma manera; pero que, al ser normas jurídicas constitucionales, tienen jerarquía superior a las demás del ordenamiento jurídico; su particularidad consiste en que protegen determinadas posiciones, descritas en forma abstracta, del ciudadano frente al Estado.²²¹

Respecto a la construcción amplia, señala el autor que las normas que contienen derechos fundamentales no se limitan a proteger posiciones descritas en forma abstracta de los ciudadanos frente al Estado, sino que tienen un espectro de protección mucho más extenso, pues resguardan también un “orden objetivo de valores” y tienen aplicación a todos los ámbitos del derecho, generando sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. En esta construcción, los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino el de principios, los cuales tienden a colisionar, situación que se resuelve mediante la ponderación.²²²

Rompiendo las barreras de la limitación del status de personas únicamente a la especie humana, reconociendo que las demás especies también tienen la capacidad de sentir y de tener sus propios intereses, como el interés de la preservación de su integridad, de su libertad y de su vida; y, tomando en cuenta el carácter universal de

²¹⁹ *Ibíd.*, 22-3.

²²⁰ Robert Alexy, *El canon neoconstitucional, derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* (S. l.: Trotta, 2010), 106.

²²¹ *Ibíd.*, 107.

²²² *Ibíd.*, 108-9.

los derechos fundamentales, se debería reconocerlos normativamente como tales, no solo a los seres humanos, sino a todos aquellos que tienen las características referidas, porque si a seres humanos y a otros animales nos interesa por igual el respeto hacia nuestro ser físico y psicológico, no existe motivo alguno para otorgárselos a unos y negárselos a otros.

Como lo han mencionado los autores citados, el universo de los derechos fundamentales, con las luchas sociales, con el cambio y evolución del pensamiento, se ha ido ampliando hacia todos los seres humanos, independientemente de sus características sociales, religiosas, de género, étnicas, etc., (al menos en occidente), ahora falta que, superando los límites de la especie, sean ampliados hacia los demás animales, reconociéndolos como personas no humanas; y, planteando estos derechos como libertades protegidas con límites respecto a cualquier ser humano que pueda afectarlos (claro que dentro del contexto de lo que es la libertad restringida).

3.2. La ponderación

Robert Alexy explica que la ponderación es una parte fundamental del derecho alemán y que ésta postula el principio de proporcionalidad, que es un principio general compuesto por tres subprincipios: a) el principio de idoneidad, b) el principio de necesidad y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Señala que “estos tres principios expresan la idea de optimización”²²³; y que los derechos fundamentales también, al ser principios, son mandatos de optimización, esto quiere decir que son normas que disponen que algo debe ser ejecutado en el mayor grado posible acorde a las posibilidades fácticas y jurídicas.²²⁴

a) Principio de idoneidad: Impide el empleo de medios o mecanismos que afecten la realización de un principio, sin que se favorezca por lo menos uno de los principios u objetivos por los cuales se perjudica al primero.²²⁵ Al referirse a este principio, Martín Borowski señala que con él busca la ejecución de un fin legítimo.²²⁶

b) Principio de necesidad: La medida debe ser necesaria, aquella no es necesaria si su objetivo puede ser efectuado por otro medio igualmente eficaz y que

²²³ *Ibíd.*, 111.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Martín Borowski, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, 52.

no restrinja el derecho fundamental del que se trata o que le restrinja en un grado menor.²²⁷

Robert Alexy, respecto a este principio señala que el mismo busca que, de dos medios que favorezcan de la misma manera a un principio, se elija a aquel que lesione menos al principio que va a ser afectado a favor del primero. Además que, de existir un medio que sea igualmente apropiado para la realización de un principio y que no ocasione costes al otro principio, deberá aplicarse este medio. Este principio también implica que no debe haber un tercer principio afectado en forma negativa por el medio que va a ser utilizado para favorecer al primer principio y que afecta al segundo principio con menor intensidad.²²⁸

c) Principio de proporcionalidad: Este principio tiene como objeto la ponderación;²²⁹ y es igual a una regla que se denomina “ley de ponderación”, cuyo significado es:²³⁰ “Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.²³¹

Esta ley muestra que la ponderación contiene tres pasos: 1. Establecer el grado de menoscabo o afectación de un principio; 2. Comprobar el grado de satisfacción del principio contrapuesto; 3. Determinar si el grado de satisfacción de un principio justifica la afectación o restricción del otro.²³²

Borowski advierte que en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, se realiza una ponderación entre principios que colisionan;²³³ se verifica cual de esos principios tiene mayor relevancia, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso; es decir, se debe ponderar, por una parte, la gravedad del menoscabo a un principio, y por otra, la importancia o peso de las razones que lo justifican.²³⁴

Miguel Carbonell señala que es importante el principio de proporcionalidad para limitar los derechos puesto que éstos no son absolutos; que es una técnica de interpretación cuya finalidad es ampararlos de una mejor manera. Este principio

²²⁷ *Ibíd.*, 130.

²²⁸ Alexy, *El canon neoconstitucional*, 111-2.

²²⁹ *Ibíd.*, 52.

²³⁰ *Ibíd.*, 112.

²³¹ *Ibíd.*

²³² *Ibíd.*

²³³ Borowski, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, 52.

²³⁴ *Ibíd.*, 131.

consiste en una restricción a cualquier injerencia indebida en el ámbito de los derechos.²³⁵

3.2.1. La escala triádica:

Robert Alexy apunta que para que el sistema de ponderación sea racional, debe utilizarse un sistema que realiza catalogaciones; generalmente este sistema tiene tres intensidades (aunque puede aplicarse un sistema solo con dos o más de tres), a este sistema lo denominó la escala triádica. Los grados de esta escala fueron designados por su intensidad como: “leve” (l) que tendrá el valor de 1, “medio” (m) que tendrá el valor de 2 y “grave” (g) que tendrá el valor de 4; estos valores asignados corresponden a la serie que el autor denomina geométrica, en la que los grados no son iguales sino que se incrementan, además, se utiliza para ponderar los derechos en colisión, la fórmula del cociente, que es la “fórmula del peso”.²³⁶

En la ley de la ponderación, el grado de la no satisfacción o de la intervención en un principio; y, el grado de satisfacción del otro son objeto de valoración en estas tres escalas. El principio cuya afectación se examina tendrá la variable “Pi”; la variable para determinar la intensidad de la intervención (restricción, no satisfacción) en Pi se la denominará “IPi”. Las intervenciones en los principios siempre son concretas, a pesar de esto, es necesario señalarlo de manera explícita; entonces, la denominación completa de la intervención en Pi quedaría como “IPiC”. En resumen, “IPiC” tiene tres componentes: “Pi”, que indica que se trata de un principio; “I” que manifiesta la intensidad de la intervención en el principio; y “C”, que hace referencia a que se trata de un caso concreto.²³⁷

Para hacer un ejercicio de ponderación de derechos entre el derecho de los animales a la integridad y el derecho de los seres humanos a la cultura, se va a tomar como caso concreto, las corridas de toros en el Distrito Metropolitano de Quito. En primer lugar se va a determinar el grado de afectación del derecho a la cultura (“IPiC”). Para ello vamos a recordar qué es lo que implica este derecho.

Como se describió en el primer capítulo, la cultura no solo comprende determinadas prácticas, sino que constituye el modo de vida de una sociedad, en un

²³⁵ Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 9-10.

²³⁶ Robert Alexy, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22, 32.

²³⁷ *Ibíd.*, 24.

tiempo determinado. Es decir, la cultura comprende la forma de entender lo que pasa alrededor y el modo de actuar de la gente en cierto contexto. Las manifestaciones culturales inmateriales son una pequeña parte de la cultura, y éstas comprenden los usos, representaciones, expresiones, conocimientos, que la sociedad reconoce como suyos, como parte de su identidad y que se van transmitiendo de generación en generación. Los espectáculos con animales constituyen una mínima parte de las manifestaciones culturales inmateriales, que son una fracción de todo el componente de lo que es la cultura de un pueblo.

Conforme a lo que se argumentó en el capítulo primero, no toda visión personal o grupal del mundo puede considerarse como adecuada, con el único fundamento de que existe consenso social al respecto, sino que, para ello, se deben aplicar criterios lógicos, científicos y de razonabilidad. Además se debe tomar en cuenta que ninguna sociedad está exenta de cometer errores o injusticias. Las manifestaciones culturales, que son expresiones del derecho a la cultura, no pueden vulnerar valores y derechos de validez universal, que son aquellos indispensables para la convivencia entre seres humanos y, entre estos y los de demás animales.

A más de tomar en cuenta lo dicho, para que una manifestación cultural pueda considerarse como razonable, tenemos que preguntarnos qué efectos produce esta sobre los seres que se ven afectados por ella, si estos son beneficiosos o dañinos, si promueven o impiden su bienestar, y si en su lugar pudieran existir otras prácticas que representen a la cultura de cual se trate, sin generar agravios a cualquier ser sensitivo y, por lo tanto, poseedor de intereses y derechos. De esto se colige que vetar la práctica de actos culturales que produzcan daños a personas humanas o no humanas, se encuentra dentro del marco de la razonabilidad, pues, como es lógico, no puede permitirse que cualquier acto que sea aceptado socialmente sea efectuado, pues se podrían vulnerar derechos o intereses superiores.

Por otra parte, las prácticas culturales no son perennes, sino que permanecen, cambian o desaparecen, de acuerdo a la evolución del pensamiento, del conocimiento y al cambio de cosmovisión de la sociedad de la que se trate. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, las manifestaciones culturales, como son en este caso, las corridas de toros, no son una expresión directa de la Constitución, sino una interrelación entre diferentes actores en un espacio y tiempo determinado, que pueden desaparecer cuando la sociedad ya no se identifica más con ellas o cuando lesionan intereses superiores, en este caso, suceden las dos cosas, siendo la de mayor relevancia

la segunda puesto que se transgrede uno de los derechos más valiosos de todo ser sensitivo que es el derecho a la integridad.

En relación a la primera, en el Ecuador se puede observar que estas prácticas culturales están cayendo en desuso por varios factores: a) Por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que evidencia el cambio de pensamiento en la sociedad respecto al límite de la utilización de los elementos que la conforman, que es aquel que el ser humano considera como “necesario”, sin estar dentro de estos “usos necesarios” aquellos que tienen fines lúdicos; b) Ha tomado relevancia, en el contexto social, la importancia del reconocimiento de derechos a los animales, como se puede verificar de la revisión de varios hechos como son: el activismo que realizan los movimiento sociales a favor de los mismos; la inclusión de la pregunta 8 en la Consulta Popular del 7 de mayo del 2011 en la que ganó el sí en el cantón Quito; la creación de diferentes normas que se han ido aprobando a favor del bienestar y de los derechos de los animales; y, con el ausentismo que es cada vez mayor en los espectáculos que implican la utilización de animales, al respecto, Álvaro Mejía Salazar, manifiesta que:

La sociedad se anda sensibilizando respecto del tratamiento a animales, por decirlo de alguna manera... si tú ves la afluencia a estos espectáculos hace 50 años y lo ves ahora, ves que hay una merma sustancial, ¿qué pasará después de 50 años?, tal vez la cultura se extinga... porque es parte de un proceso, de cambio cultural espontáneo de la sociedad.²³⁸

Con estas reflexiones debemos preguntarnos: ¿en qué intensidad se interviene en el derecho a la cultura con la prohibición de las corridas de toros, en la sociedad, en el tiempo y en el lugar en el que se desarrollan las mismas (Cantón Quito)? Se considera que el grado de afectación es mínimo o leve en la escala trídica, correspondiéndole el grado de 1, pues se estaría restringiendo una ínfima parte de todo el contexto de lo que es la cultura de un pueblo, tomando en cuenta, que no todas las

²³⁸ Entrevista al Dr. Álvaro Mejía Salazar, 9 de septiembre de 2017. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), magister en Derecho con mención Derecho Tributario, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; historiador, cultor y defensor de la tauromaquia en el Ecuador, tradicionalista moderado, autor de múltiples obras de Derecho e Historia. Ha publicado “Hombres del Siglo XVI”; recibió en 2016 la condecoración Aurelio Espinosa Pólit por parte del Concejo Metropolitano de Quito, durante la Sesión Solemne por los 481 años de la fundación de la capital por sus aportes a la cultura e historia del Ecuador. Actualmente es profesor del área de Derecho en la maestría en Derecho Administrativo y la Especialización Superior en Derecho Procesal de la Universidad Andina. También imparte clases en la maestría en Derecho Tributario, Derecho de la Empresa y en la especialización superior en Derecho Constitucional. Entre sus publicaciones se destacan: *Los Recursos Administrativos*, *Diccionario de Derecho Tributario* y *Los Medios de Impugnación ante el Proceso Contemporáneo*.

visiones o expresiones culturales pueden ser aceptadas y estas son aquellas que provocan daños o lesiones a los intereses y derechos de los seres sobre los cuáles estas recaen (que son derechos o intereses superiores), y que, a más de eso, existe un cambio de paradigma respecto a la preservación de la naturaleza y al reconocimiento de los derechos de los animales, lo que implica que de por sí ya existe un cambio de costumbres y de manifestaciones culturales de la población.

En la fórmula del peso, se debe determinar, además, en la escala de leve (l), moderado (m) o grave (g), el peso abstracto de Pi, que es el peso que se le asigna al principio en relación a otros principios, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, este será denominado “GPi”. Para hacer explícito el carácter abstracto del peso, se le adiciona la letra “A”, así, la denominación completa del peso abstracto de Pi es “GPiA”. Existen principios en la Constitución que tienen el mismo peso abstracto y otros que sí se diferencian, en el primer caso, esta variable pueden no tomarse en cuenta en la ponderación de derechos, pues se neutralizan mutuamente.²³⁹

Se considera que los derechos de la naturaleza, tienen un peso abstracto mayor que el derecho a la cultura dado por la propia Constitución, debido a que, en su artículo 21, se establece que no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra otros derechos reconocidos en ese cuerpo normativo (entre estos los derechos de la naturaleza), que es uno de los motivos de los cuales se infiere que la cultura tiene un rango jerárquico menor a otros derechos.

Además, el derecho a la integridad de los animales, que sería parte de los derechos de la naturaleza, porque estos conforman parte de aquella, también tiene un peso abstracto mayor, lo cual se puede colegir de la aplicación de los razonamientos lógicos propuestos por Ekmekdjian que se indican a continuación:

a) Debemos pensar cuál de los dos derechos puede ser restringido en mayor medida; y, naturalmente, es el derecho a la cultura, pues las manifestaciones culturales están condicionadas al ejercicio de todos los demás derechos establecidos en la Constitución. Esto quiere decir que, si bien se tiene derecho a expresar la cosmovisión, costumbres, tradiciones, entre otras, de una sociedad, no todas aquellas que se crean adecuadas por el solo consenso social lo son, entonces, quedarían un sinnúmero de ellas fuera de posibilidad de ejecución y éstas son las que tiene efectos nocivos para el sujeto sobre el cual recaen. Así, para determinar si éstas son dañinas o no debemos

²³⁹ *Ibíd.*, 23-4.

preguntarnos qué consecuencias se generarían sobre los derechos o intereses de los individuos sobre las cuáles éstas se ejercen, de ser aplicadas; de esta manera, el número de prácticas culturales posibles de realizar se vería reducido de una manera significativa y esto significa que el ámbito de restricción del derecho es amplio.

Por el contrario, el ámbito de restricción del derecho a la integridad física y psicológica en nuestro ordenamiento jurídico es demasiado reducido, por no decir absoluto en el sentido de que de ninguna manera se lo podría limitar, conforme se puede colegir de la prohibición expresa de tortura y de tratos crueles y degradantes establecida en el artículo 66 de la Constitución y en otras normas de inferior jerarquía.

b) Aplicar el método de las substracciones hipotéticas: para esto, debemos preguntarnos qué efectos tendría en la sociedad la restricción del derecho a la integridad y la restricción del derecho a la cultura; es decir, debemos discernir con la restricción de cuál de los dos derechos se causarían mayores daños; y, evidentemente, se causaría mayores detrimentos con la restricción del derecho a la integridad, pues el resultado sería la existencia de lesiones físicas y psicológicas en seres sensitivos, que tienen, por la misma razón, a este derecho como aquel protege uno de los bienes jurídicos más preciados. Mientras que, si se restringe el derecho a la cultura, lo que se genera son limitaciones a ciertas expresiones de una sociedad, que inclusive varían con el tiempo, de lo que se puede inferir que el perjuicio es mucho menor o casi nulo.

c) Evaluar la posibilidad de renuncia al derecho a la integridad y al derecho a la cultura, por parte de su titular. El derecho a la integridad, al formar parte de los derechos personalísimos, es un derecho irrenunciable, pues es inherente a la persona y no puede escindirse de ella; mientras que la renuncia del derecho a la cultura es un tema un poco más discutido debido que incluso se encuentra en controversia el carácter de fundamental del mismo.

Entonces, el peso abstracto del derecho a la integridad de los animales, que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico dentro de los derechos de la naturaleza y en otras normas como derechos innominados, sería de 2 (porque al comparar con los otros derechos de los seres humanos, normativamente aún se encuentran en una escala menor) y el derecho a la cultura tendría el valor de 1 porque está condicionado a la observancia de los otros derechos constitucionales, entre los que están los derechos de la naturaleza, y a otros derechos e intereses superiores como son los de la vida, libertad e integridad de cualquier ser sensitivo, y por lo tanto, poseedor de intereses y derechos

El siguiente asunto a someterse a una valoración en la escala de leve “l”, moderado “m” o grave “g”, en la fórmula de la ley de ponderación, es la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, que será denominado “Pj”.²⁴⁰

La importancia de la satisfacción de “Pj” que se medirá en la ley de la ponderación, será la importancia concreta. Esta importancia concreta de la satisfacción de Pj se determina según los resultados que tenga sobre “Pj”, la no intervención en “Pi”; es decir, la importancia concreta de la satisfacción de “Pj” se mide según qué tanto afecta a “Pj” la no intervención en “Pi”.²⁴¹ Para hacer referencia a la importancia concreta de “Pj” se utilizará “WPjC”, “W” hace alusión a la importancia de la satisfacción de Pj y C se refiere a que esa importancia es concreta.²⁴²

En el caso del que se trata, para determinar la importancia concreta del derecho a la integridad de los animales (toros), debemos preguntarnos qué significaría para este derecho, si no se prohibieran las manifestaciones culturales que implican la utilización de animales.

Lo dicho conllevaría a la vulneración de derechos o intereses superiores, como son la vida, libertad e integridad de seres sensitivos; esto quiere decir que, se permitiría la transgresión de los bienes jurídicos esenciales de todo ser vivo con capacidad de sentir, para permitir que la visión particular de un grupo social, se exprese. Estas formas de concebir el mundo tienen sus límites, no podría permitirse que todas ellas sean manifestadas, pues pueden colisionar con otros derechos o intereses.

El derecho a la integridad conlleva a que nadie puede ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes, y que se permita que se ejecuten estos espectáculos genera que seres sensibles sean afectados física y psicológicamente. Aplicando la lógica y el límite de la razonabilidad en el actuar, cabría preguntarnos: ¿la diversión de un grupo de seres humanos, justifica la tortura y crueldad en contra de un ser con capacidad de sentir y de tener sus propios intereses?, naturalmente no; los seres humanos pueden crear siempre diversas expresiones culturales que los identifiquen, inclusive, pueden sustituir unas con otras que puedan simbolizar lo mismo, pero que no produzcan afecciones a terceros.

El derecho a la integridad es uno de los derechos inherentes a todo ser vivo que tiene la capacidad de sentir y por ende, uno de sus derechos fundamentales; es evidente

²⁴⁰ *Ibíd.*, 25.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Ibíd.*, 25-6.

que, en caso de que no se intervenga en el derecho a la cultura, la afectación al derecho a la integridad es grave, pues estos espectáculos implican tortura, tratos crueles, degradantes y muerte para un ser sensible; y, por lo tanto, se genera una vulneración total de este derecho en nombre del derecho a la cultura. Por estas razones, la importancia concreta del derecho a la integridad de los animales que son utilizados en los espectáculos taurinos es de 4.

El siguiente paso a llevarse a cabo es aquel en el que se determina el grado de seguridad de los presupuestos empíricos, que será simbolizado con la letra “S”; es decir, se debe medir cuál es el grado de certeza que se tiene de que la medida analizada implica, fácticamente, la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en el caso concreto.²⁴³ La norma que debe seguirse es “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.²⁴⁴

Para hacer referencia al grado de seguridad de los efectos que la medida respectiva produce en el caso concreto para la no satisfacción de “Pi”, se utilizará “SPiC”; y, para hacer referencia al grado de seguridad de los efectos que la medida respectiva produce en el caso concreto para la satisfacción de “Pj”, se utilizará “SPjC”.²⁴⁵ Para realizar dicha medición, también se utiliza la escala triádica de la siguiente manera: cierto o seguro (s) = 1, plausible o creíble (p) = ½, no evidentemente falso (e) = ¼.²⁴⁶

En relación al derecho a la cultura debemos preguntarnos si tenemos certeza de que con la prohibición de realizar corridas de toros en el Distrito Metropolitano se afecta al derecho a la cultura.

El derecho a la cultura, como se ha referido, tiene un ámbito de limitación mucho más amplio que el del derecho a la integridad, pues el segundo constituye uno de los derechos más importantes de todo ser vivo sensible. La limitación del derecho a la cultura está constituida por la observancia de todos los demás derechos, por ende, no se podría decir que se vea afectado este derecho, cuando trata de sobrepasar o sobrepasa la frontera de los derechos esenciales de terceros.

²⁴³ *Ibíd.*, 37.

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ *Ibíd.*, 38.

²⁴⁶ *Ibíd.*

Esto, entre otras cosas, porque una determinada costumbre no es adecuada solo porque un grupo humano la considere así, sino que, para ser considerada como tal, debe pasar por un análisis lógico y de razonabilidad, es decir, debe ser cuestionada de la siguiente manera: ¿esta práctica es buena o dañina para los seres que se ven afectados por ella?, ¿promueve o impide su bienestar?, ¿podría existir otra costumbre que simbolice lo mismo, pero, que en lugar esta, promueva su bienestar o al menos no lo afecte? Inclusive, en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución del Ecuador establece que “no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra otro derechos establecido en la Constitución”, lo que corrobora el límite de este derecho.

Por otra parte, hay que considerar el cambio de paradigma en la sociedad ecuatoriana, por el cual se está priorizando el tema de responsabilidad ambiental y se están reconociendo progresivamente los derechos a los animales, por lo que las manifestaciones culturales de los pueblos que implican la utilización de animales, de por sí, van cayendo en desuso. Es mucho menos frecuente que la gente ahora acuda a estos espectáculos debido al cambio de mentalidad de la sociedad, en la que ahora existe una mayor preocupación por los demás animales diferentes al ser humano, por lo menos en proporcionarles medidas de bienestar que contrarresten el sufrimiento y en poner límites a su utilización.

Los espectáculos con animales constituyen un mínima parte de todo lo que conforman las expresiones culturales de un grupo humano, que pueden ser inclusive sustituidas por otras que tengan igual simbología, pero que no provoquen agravios a seres que, por ser sensitivos, tienen el derecho inherente a la integridad. Por esto, no se podría decir que este derecho se vea evidentemente afectado, pues el ejercicio de este derecho debe respetar intereses y derechos superiores de validez universal, y, además, responder a una forma de pensar de la sociedad, que ha ido cambiando con el transcurso del tiempo.

Ahora, se podría decir que, en consideración a que aún existe un sector de la población que se identifica con estas prácticas, la seguridad de que este derecho a la cultura se vea afectado por la prohibición de las corridas de toros, es decir, la seguridad de las premisas empíricas en este caso sería: plausible o creíble, que tiene el valor de $\frac{1}{2}$.

Respecto a la seguridad de que el derecho a la integridad de los animales que son utilizados en estos espectáculos se vea totalmente vulnerado, si no se interviene en el derecho a la cultura con la prohibición de efectuar corridas de toros, es de 1, pues

es evidente que dentro de ellos se provoca a seres con capacidad de sentir, que poseen sus propios intereses y derechos, tratos crueles, degradantes, dolor, sufrimiento, muerte, es decir, afectación tanto física como psicológica.

Antes de hacer referencia a la fórmula del peso completa, se va a determinar cuáles son los casos de precedencia de “Pi” sobre “Pj”, cuáles son los casos de precedencia de “Pj” sobre “Pi”, y cuáles son los casos en que existe un empate entre los dos principios en colisión “Pi” y “Pj”, mediante la utilización de la fórmula del cociente o fórmula del peso, para lo cual se va a utilizar la escala triádica simple. “Gi,jC” se utilizará para representar el peso concreto del principio restringido “Pi”, en relación con el peso concreto del principio beneficiado “Pj”, ²⁴⁷ es decir, “Gi,jC” representará el resultado o cociente de la división que se realizará de los valores asignados a “Pi” para los valores asignados a “Pj”. Esta división se hace para determinar cuál de estos principios tiene primacía respecto al otro, de acuerdo al grado de restricción de “Pi” y al grado de beneficio que la restricción de “Pi” representa para el principio “Pj”, en el caso concreto.

A) Casos en los que Pi tiene primacía sobre Pj:

Pi	Pj
Grave (g) 4	Leve (l) 1
Grave (g) 4	Medio (m) 2
Medio (m) 2	Leve (l) 1

Se hace un ejercicio de división entre los valores asignados a cada principio:

$$a) \quad Gi,jC = \frac{4}{1} = 4$$

$$b) \quad Gi,jC = \frac{4}{2} = 2$$

$$c) \quad Gi,jC = \frac{2}{1} = 2$$

En los casos de precedencia de “Pi” sobre “Pj”, “Gi,jC” recibe un valor mayor que 1.

²⁴⁷ Robert Alexy, *Los Principales Elementos de mi Filosofía del Derecho*, (DOXA, cuadernos de filosofía del Derecho, 2009) www.cervantesvirtual.com/.../los-principales-elementos-de-mi-filosofia-del-derecho/, 83.

B) Casos en los que Pj tiene primacía sobre Pi:

Pi	Pj
Leve (l) 1	Grave (g) 4
Medio (m) 2	Grave (g) 4
Leve (l) 1	Medio (m) 2

Se hace un ejercicio de división entre los valores asignados a cada principio:

a) $G_{i,jC} = \frac{1}{4} = \frac{1}{4}$

b) $G_{i,jC} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}$

c) $G_{i,jC} = \frac{1}{2} = \frac{1}{2}$

En los casos de precedencia de “Pj” sobre “Pi”, “Gi,jC” recibe un valor menor que 1.

C) Casos en los que existe un empate entre Pi y Pj:

Pi	Pj
Leve (l) 1	Leve (l) 1
Medio (m) 2	Medio (m) 2
Grave (g) 4	Grave (g) 4

Se hace un ejercicio de división entre los valores asignados a cada principio:

a) $G_{i,jC} = \frac{4}{4} = 1$

b) $G_{i,jC} = \frac{2}{2} = 1$

c) $G_{i,jC} = \frac{1}{1} = 1$

En los casos de empate de “Pi” y “Pj”, “Gi,jC” recibe siempre un valor igual 1.

Ahora, en la fórmula del peso completa, así mismo, se utilizará “Gi,jC” para representar el peso concreto del principio restringido “Pi”, en relación con el peso concreto del principio beneficiado “Pj”, de la siguiente manera: “Gi,jC” es el cociente del producto de los tres factores examinados en cada principio; en otras palabras, es el resultado de la división de los tres factores examinados en “Pi” para los tres factores

examinados en “Pj”. Esta división se hace para determinar cuál de estos principios tiene primacía respecto al otro, de acuerdo al grado de restricción de “Pi” y al grado de beneficio que la restricción de “Pi” representa para el principio “Pj”, en el caso concreto.²⁴⁸

$$Gi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Ahora, vamos a sustituir los valores de la fórmula, por los valores asignados en el análisis realizado en el caso concreto, respecto a cada variable:

$$IPiC = 1 \quad GPiA = 1 \quad SPiC = \frac{1}{2} \quad WPjC = 4 \quad GPjA = 2 \quad SPjC = 1$$

$$Gi,jC = \frac{1 \cdot 1 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{0,5}{8} = 0.0625$$

El resultado es la precedencia de Pj (derecho a la integridad de los animales) sobre Pi (derecho a la cultura de los seres humanos), pues el resultado fue menor a 1.

Por lo tanto, la prevalencia del derecho a la integridad de los animales en el ejercicio de ponderación de derechos, cumple con los tres subprincipios de la ponderación: a) Con el principio de proporcionalidad cuyo postulado es “cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, pues, la restricción del derecho a la cultura es ínfima, mientras el grado de satisfacción del derecho a la integridad de los animales utilizados en espectáculos públicos es alta; b) Con el principio de idoneidad, pues con la restricción del derecho a la cultura se estaría favoreciendo al derecho a la integridad de los animales y además, se está dando cumplimiento a las normas constitucionales respecto al buen vivir, a los derechos de la naturaleza y a la prohibición de invocar la cultura cuando se atente contra otros derechos reconocidos en la Constitución, que son fines legítimos; c) Con el principio de necesidad, ya que no se puede preservar el derecho a la integridad de estos animales, con otro mecanismo que no sea con la prohibición de su utilización en espectáculos públicos, pues toda clase de funciones de

²⁴⁸ Alexy, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 39.

este tipo implican maltrato físico y psicológico, es decir, conllevan la vulneración de los derechos esenciales de los seres sensitivos.

3.3. Razonamiento aplicado al ejercicio de ponderación de derechos sin la utilización de la fórmula del peso de Robert Alexy

Para una mejor comprensión de las personas que no manejan la fórmula del peso de Robert Alexy, a continuación se va a explicar el razonamiento realizado en el acápite 3.2 de este capítulo, referente a la ponderación entre el derecho a la cultura del ser humano y el derecho a la integridad de los animales en las corridas de toros del cantón Quito, sin la aplicación de la referida fórmula.

A) En primer lugar, identificamos cuáles son los derechos en colisión, que en este caso son: a) el derecho a la cultura de los seres humanos, mediante el cual estos pueden crear y expresar manifestaciones culturales inmateriales que la representen, en este caso, las corridas de toros; y, b) el derecho de los animales a que su integridad, tanto física como psicológica, sea respetada.

B) En segundo lugar, se considera que, para salvaguardar el derecho a la integridad de los animales, debe verse afectado en alguna manera el derecho a la cultura; entonces, lo que se hace es valorar el grado de afectación o de no satisfacción del mismo.

Como se describió en el primer capítulo, la cultura no solo comprende determinadas prácticas, sino que constituye el modo de vida de una sociedad, en un tiempo determinado. Es decir, la cultura comprende la forma de entender lo que pasa alrededor y el modo de actuar de la gente en cierto contexto. Las manifestaciones culturales inmateriales son una pequeña parte de la cultura, y éstas comprenden los usos, representaciones, expresiones, conocimientos, que la sociedad reconoce como suyos, como parte de su identidad y que se van transmitiendo de generación en generación. Los espectáculos con animales constituyen una mínima parte de las manifestaciones culturales inmateriales, que son una fracción de todo el componente de lo que es la cultura de un pueblo.

Conforme a lo que se argumentó en el capítulo primero, no toda visión personal o grupal del mundo puede considerarse como adecuada, con el único fundamento de que existe consenso social al respecto, sino que, para ello, se deben aplicar criterios lógicos, científicos y de razonabilidad. Además se debe tomar en cuenta que ninguna

sociedad está exenta de cometer errores o injusticias. Las manifestaciones culturales, que son expresiones del derecho a la cultura, no pueden vulnerar valores y derechos de validez universal, que son aquellos indispensables para la convivencia entre seres humanos y, entre estos y los de demás animales.

A más de tomar en cuenta lo dicho, para que una manifestación cultural pueda considerarse como razonable, tenemos que preguntarnos qué efectos produce esta sobre los seres que se ven afectados por ella, si estos son beneficiosos o dañinos, si promueven o impiden su bienestar, y si en su lugar pudieran existir otras prácticas que representen a la cultura de cual se trate, sin generar agravios a cualquier ser sensitivo y, por lo tanto, poseedor de intereses y derechos. De esto se colige que vetar la práctica de actos culturales que produzcan daños a personas humanas o no humanas, se encuentra dentro del marco de la razonabilidad, pues, como es lógico, no puede permitirse que cualquier acto que sea aceptado socialmente sea efectuado, pues se podrían vulnerar derechos o intereses superiores.

Por otra parte, las prácticas culturales no son perennes, sino que permanecen, cambian o desaparecen, de acuerdo a la evolución del pensamiento, del conocimiento y al cambio de cosmovisión de la sociedad de la que se trate. Como bien lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, las manifestaciones culturales, como son en este caso, las corridas de toros, no son una expresión directa de la Constitución, sino una interrelación entre diferentes actores en un espacio y tiempo determinado, que pueden desaparecer cuando la sociedad ya no se identifica más con ellas o cuando lesionan intereses superiores, en este caso, suceden las dos cosas, siendo la de mayor relevancia la segunda puesto que se transgrede uno de los derechos más valiosos de todo ser sensitivo que es el derecho a la integridad.

En relación a la primera, en el Ecuador se puede observar que estas prácticas culturales están cayendo en desuso por varios factores: a) Por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que evidencia el cambio de pensamiento en la sociedad respecto al límite de la utilización de los elementos que la conforman, que es aquel que el ser humano considera como “necesario”, sin estar dentro de estos “usos necesarios” aquellos que tienen fines lúdicos; b) Ha tomado relevancia, en el contexto social, la importancia del reconocimiento de derechos a los animales, como se puede verificar de la revisión de varios hechos como son: el activismo que realizan los movimiento sociales a favor de los mismos; la inclusión de la pregunta 8 en la Consulta Popular del 7 de mayo del 2011 en la que ganó el sí en el cantón Quito; la creación de

diferentes normas que se han ido aprobando a favor del bienestar y de los derechos de los animales; y, con el ausentismo que es cada vez mayor en los espectáculos que implican la utilización de animales.

Con estas reflexiones debemos preguntarnos: ¿en qué intensidad se interviene en el derecho a la cultura con la prohibición de las corridas de toros, en la sociedad, en el tiempo y en el lugar en el que se desarrollan las mismas (Cantón Quito)? Se considera que el grado de afectación es mínimo o leve, pues se estaría restringiendo una ínfima parte de todo el contexto de lo que es la cultura de un pueblo, tomando en cuenta, que no todas las visiones o expresiones culturales pueden ser aceptadas y estas son aquellas que provocan daños o lesiones a los intereses y derechos de los seres sobre los cuáles estas recaen (que son derechos o intereses superiores), y que, a más de eso, existe un cambio de paradigma respecto a la preservación de la naturaleza y al reconocimiento de los derechos de los animales, lo que implica que de por sí ya existe un cambio de costumbres y de manifestaciones culturales de la población.

C) En tercer lugar, se debe determinar el peso abstracto de cada uno de los principios o derechos en colisión, es decir, de debe definir cuál de los dos derechos es más importante o tiene mayor peso en relación a otros principios o derechos, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Se considera que los derechos de la naturaleza, tienen un peso abstracto mayor que el derecho a la cultura dado por la propia Constitución, debido a que, en su artículo 21, se establece que no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra otros derechos reconocidos en ese cuerpo normativo (entre estos los derechos de la naturaleza), que es uno de los motivos de los cuales se infiere que la cultura tiene un rango jerárquico menor a otros derechos.

Además, el derecho a la integridad de los animales, que sería parte de los derechos de la naturaleza, porque estos conforman parte de aquella, también tiene un peso abstracto mayor, lo cual se puede colegir de la aplicación de los razonamientos lógicos propuestos por Ekmekdjian que se indican a continuación:

a) Debemos pensar cuál de los dos derechos puede ser restringido en mayor medida; y, naturalmente, es el derecho a la cultura, pues las manifestaciones culturales están condicionadas al ejercicio de todos los demás derechos establecidos en la Constitución. Esto quiere decir que, si bien se tiene derecho a expresar la cosmovisión, costumbres, tradiciones, entre otras, de una sociedad, no todas aquellas que se crean adecuadas por el solo consenso social lo son, entonces, quedarían un sinnúmero de

ellas fuera de posibilidad de ejecución y éstas son las que tiene efectos nocivos para el sujeto sobre el cual recaen. Así, para determinar si éstas son dañinas o no debemos preguntarnos qué consecuencias se generarían sobre los derechos o intereses de los individuos sobre las cuáles éstas se ejercen, de ser aplicadas; de esta manera, el número de prácticas culturales posibles de realizar se vería reducido de una manera significativa y esto significa que el ámbito de restricción del derecho es amplio.

Por el contrario, el ámbito de restricción del derecho a la integridad física y psicológica en nuestro ordenamiento jurídico es demasiado reducido, por no decir absoluto en el sentido de que de ninguna manera se lo podría limitar, conforme se puede colegir de la prohibición expresa de tortura y de tratos crueles y degradantes establecida en el artículo 66 de la Constitución y en otras normas de inferior jerarquía.

b) Aplicar el método de las subtracciones hipotéticas: para esto, debemos preguntarnos qué efectos tendría en la sociedad la restricción del derecho a la integridad y la restricción del derecho a la cultura; es decir, debemos discernir con la restricción de cuál de los dos derechos se causarían mayores daños; y, evidentemente, se causaría mayores detrimentos con la restricción del derecho a la integridad, pues el resultado sería la existencia de lesiones físicas y psicológicas en seres sensitivos, que tienen, por la misma razón, a este derecho como aquel protege uno de los bienes jurídicos más preciados. Mientras que, si se restringe el derecho a la cultura, lo que se genera son limitaciones a ciertas expresiones de una sociedad, que inclusive varían con el tiempo, de lo que se puede inferir que el perjuicio es mucho menor o casi nulo.

c) Evaluar la posibilidad de renuncia al derecho a la integridad y al derecho a la cultura, por parte de su titular. El derecho a la integridad, al formar parte de los derechos personalísimos, es un derecho irrenunciable, pues es inherente a la persona y no puede escindirse de ella; mientras que la renuncia del derecho a la cultura es un tema un poco más discutido debido que incluso se encuentra en controversia el carácter de fundamental del mismo.

Entonces, mayor importancia (peso abstracto) tiene el derecho a la integridad de los animales, que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico dentro de los derechos de la naturaleza y en otras normas como derechos innominados, en una escala moderada dentro de la fórmula del peso de Robert Alexy, porque en comparación con otros derechos de los seres humanos estos se encuentran en una escala menor; mientras que el derecho a la cultura tendría un importancia leve en la misma escala, porque está condicionado a la observancia de los otros derechos constitucionales, entre los que

están los derechos de la naturaleza, y a otros derechos e intereses superiores como son los de la vida, libertad e integridad de cualquier ser sensitivo, y por lo tanto, poseedor de intereses y derechos.

D) En cuarto lugar se debe determinar la importancia de la satisfacción del principio o derecho contrapuesto, es decir, del derecho de los animales a que sea respetada su integridad. Esta importancia, que es concreta, porque se refiere a un caso en específico, se mide según qué tanto afecta a este derecho, la no intervención en el derecho a la cultura; si la no intervención en el derecho a la cultura afecta de una manera grave al derecho a la integridad de los animales, entonces, la importancia concreta de este derecho es alta.

La no restricción del derecho a la cultura en este caso, conllevaría a la vulneración de derechos o intereses superiores, como son la vida, libertad e integridad de seres sensitivos; esto quiere decir que, se permitiría la transgresión de los bienes jurídicos esenciales de todo ser vivo con capacidad de sentir, para permitir que la visión particular de un grupo social, se exprese. Estas formas de concebir el mundo tienen sus límites, no podría permitirse que todas ellas sean manifestadas, pues pueden colisionar con otros derechos o intereses.

El derecho a la integridad conlleva a que nadie puede ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes, y que se permita que se ejecuten estos espectáculos genera que seres sensibles sean afectados física y psicológicamente. Aplicando la lógica y el límite de la razonabilidad en el actuar, cabría preguntarnos: ¿la diversión de un grupo de seres humanos, justifica la tortura y crueldad en contra de un ser con capacidad de sentir y de tener sus propios intereses?, naturalmente no; los seres humanos pueden crear siempre diversas expresiones culturales que los identifiquen, inclusive, pueden sustituir unas con otras que puedan simbolizar lo mismo, pero que no produzcan afecciones a terceros.

El derecho a la integridad es uno de los derechos inherentes a todo ser vivo que tiene la capacidad de sentir y por ende, uno de sus derechos fundamentales; es evidente que, en caso de que no se intervenga en el derecho a la cultura, la afectación al derecho a la integridad es grave, pues estos espectáculos implican tortura, tratos crueles, degradantes y muerte para un ser sensible; y, por lo tanto, se genera una vulneración total de este derecho en nombre del derecho a la cultura. Por estas razones, la importancia concreta del derecho a la integridad de los animales que son utilizados en los espectáculos taurinos es de alta.

E) En quinto lugar, se debe determinar el grado de seguridad de los presupuestos empíricos, es decir, el grado de certeza que se tiene de que la media analizada implica, fácticamente, la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en el caso concreto.

En relación al derecho a la cultura debemos preguntarnos si tenemos certeza de que con la prohibición de realizar corridas de toros en el Distrito Metropolitano se afecta al derecho a la cultura.

El derecho a la cultura, como se ha referido, tiene un ámbito de limitación mucho más amplio que el del derecho a la integridad, pues el segundo constituye uno de los derechos más importantes de todo ser vivo sensible. La limitación del derecho a la cultura está constituida por la observancia de todos los demás derechos, por ende, no se podría decir que se vea afectado este derecho, cuando trata de sobrepasar o sobrepasa la frontera de los derechos esenciales de terceros.

Esto, entre otras cosas, porque una determinada costumbre no es adecuada solo porque un grupo humano la considere así, sino que, para ser considerada como tal, debe pasar por un análisis lógico y de razonabilidad, es decir, debe ser cuestionada de la siguiente manera: ¿esta práctica es buena o dañina para los seres que se ven afectados por ella?, ¿promueve o impide su bienestar?, ¿podría existir otra costumbre que simbolice lo mismo, pero, que en lugar esta, promueva su bienestar o al menos no lo afecte? Inclusive, en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución del Ecuador establece que “no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra otro derechos establecido en la Constitución”, lo que corrobora el límite de este derecho.

Por otra parte, hay que considerar el cambio de paradigma en la sociedad ecuatoriana, por el cual se está priorizando el tema de responsabilidad ambiental y se están reconociendo progresivamente los derechos a los animales, por lo que las manifestaciones culturales de los pueblos que implican la utilización de animales, de por sí, van cayendo en desuso. Es mucho menos frecuente que la gente ahora acuda a estos espectáculos debido al cambio de mentalidad de la sociedad, en la que ahora existe una mayor preocupación por los demás animales diferentes al ser humano, por lo menos en proporcionarles medidas de bienestar que contrarresten el sufrimiento y en poner límites a su utilización.

Los espectáculos con animales constituyen un mínima parte de todo lo que conforman las expresiones culturales de un grupo humano, que pueden ser inclusive sustituidas por otras que tengan igual simbología, pero que no provoquen agravios a

seres que, por ser sensitivos, tienen el derecho inherente a la integridad. Por esto, no se podría decir que este derecho se vea evidentemente afectado, pues el ejercicio de este derecho debe respetar intereses y derechos superiores de validez universal, y, además, responder a una forma de pensar de la sociedad, que ha ido cambiando con el transcurso del tiempo.

Ahora, se podría decir que, en consideración a que aún existe un sector de la población que se identifica con estas prácticas, la seguridad de que este derecho a la cultura se vea afectado por la prohibición de las corridas de toros, es decir, la seguridad de las premisas empíricas en este caso, en la escala de la fórmula del peso de Alexy, sería plausible o creíble.

Respecto a la seguridad de que el derecho a la integridad de los animales que son utilizados en estos espectáculos se vea totalmente vulnerado, si no se interviene en el derecho a la cultura con la prohibición de efectuar corridas de toros, en la escala de Robert Alexy es cierto o seguro, pues es evidente que dentro de ellos se provoca a seres con capacidad de sentir, que poseen sus propios intereses y derechos, tratos crueles, degradantes, dolor, sufrimiento, muerte, es decir, afectación tanto física como psicológica.

Entonces, en cada uno de los puntos analizados prevalece el derecho a la integridad física de los animales (toros) sobre el derecho a la cultura de los seres humanos, al tratarse, el primero, de un derecho elemental de todo ser vivo sensible, que no debe ser restringido en beneficio de otros, más aun cuando la restricción del mismo se hace en nombre de un derecho que, fáctica y constitucionalmente, tiene un peso abstracto menor que otros derechos.

3.4. Entrevista a un experto en temas culturales

En este apartado, se va a hacer referencia a algunos criterios de Álvaro Mejía Salazar, relacionados con la prevalencia del derecho a la cultura sobre el derecho de los animales a la integridad física y se señalará las razones por las cuales no se comparte con los mismos:

Al consultarle al entrevistado acerca de cuál considera que es la condición jurídica de los animales, es decir, si son sujetos de derechos u objetos, señaló:

... la Constitución claramente se decanta por los derechos de la naturaleza, dentro de éstos se entiende que los animales tienen derechos; sin embargo, hay que ser

responsable con esto porque no podemos limitar los derechos de los animales, los derechos de la naturaleza, a un discurso en contra de una actividad como las corridas de toros, porque, siendo así, entonces, deberíamos exigir al Estado, realmente, un tutela integral de los derechos de los animales, empezando por el tema de la crianza, pasado por el tema del faenamiento y el tema del consumo...

Bueno, hablamos de los derechos de los animales y pensamos en que esto se va a agotar en que se acaben las corridas de toros y dar un hospital veterinario gratuito. Yo creo que eso es una visión muy inmediatista, realmente, muy desde la perspectiva del interés del humano y no del auténtico interés amplio de lo que sería un derecho de los animales general... Si me dices, ¿qué considera usted que tienen los animales?, bueno la Constitución señala que tienen derechos, pero ¿vamos a aplicarlos de verdad?, ¿cómo los vamos a aplicar?²⁴⁹

En efecto, si se habla de derechos de los animales, éstos no pueden limitarse a eliminar las corridas de toros y a establecer un hospital veterinario gratuito; pues cuando se trata de derechos, se trata de un tema más amplio, pero parte de este asunto, es precisamente que se implementen estas medidas también, como parte de la ejecución de las medidas que deben tomarse en favor de la aplicación de los derechos de los animales.

El decir que los animales tienen derechos, pero que se debe tomarlos de una manera responsable, es pretender desnaturalizar el concepto de lo que es un derecho; significa procurar “cumplirlos” hasta la medida en la que no afecte el derecho humano a utilizarlos en las diversas actividades que este realiza. Y esto, en definitiva, es negar que los animales tienen derechos y que solamente se les podría conceder medidas de bienestar, así mismo, mientras no se afecte ningún derecho humano, sea éste un derecho esencial o un derecho de menor jerarquía.

Respecto a la pregunta que se le hizo referente a que porqué, a su criterio, solo se toma en cuenta como factor para limitar las manifestaciones culturales, el hecho de que estas atenten contra los derechos humanos y no se tome en cuenta otros derechos o intereses como son los derechos o intereses de los animales distintos al ser humano, Álvaro Mejía, manifestó:

Lo que sostengo es que se pueden limitar ciertas manifestaciones que pueden ser entendidas como culturales, que vayan a atentar contra los derechos humanos. Me refiero, a modo de ejemplo, a si es que alguien considera que su cultura es nazi... dentro de todo un ideario de lo que es la supremacía aria y me decanto por aquella cultura... es decir, alguna manifestación en ese sentido que pueda atentar contra un gran ideario.

También, hablar de cualquier límite es un poco complicado porque al final lo que culturalmente para nosotros está mal, para otro grupo cultural puede estar bien...

²⁴⁹ Entrevista al Dr. Álvaro Mejía Salazar, 19 de septiembre de 2017.

yo pienso que una manifestación cultural tiene que ser aceptada o rechazada socialmente, más realizar limitaciones exógenas es atentar contra una cultura, contra una identidad, contra una libertad de opción. En occidente mismo hemos tenido muchas manifestaciones que originalmente se consideraron bárbaras, después pudieron ser aceptadas, o simplemente por haber sido consideradas bárbaras fueron eliminándose, pero no por una imposición, sino por una aceptación o cambio de valores culturales del grupo social...

...Yo creo que dentro de occidente, opción universal hablo dentro de occidente, hay una opción universal en contra de la xenofobia, del racismo, de la discriminación, en occidente creo que, habrá uno o dos que piensen diferente pero en occidente decimos “no, no tiene que haber un ideario nazista asesino”, es ya una asimilación cultural, pero respecto de algo como corridas de toros, como gallos, es inequívoco, que todavía no hay una opción universal dentro de occidente.²⁵⁰

De lo dicho por el entrevistado, se colige que, para que una manifestación cultural que implica la utilización de animales, cambie o se extinga, debe haber una sensibilización, cambio de valores o cambio de cultura de la sociedad y no una prohibición por parte del Estado. Lo que prevalece en este criterio es la aceptación social general de un costumbre, de una práctica, sea que la misma afecte o no derechos esenciales y por lo tanto, universales de cualquier ser vivo, sin que sea tomada en cuenta la perspectiva de este, del ser cuyos derechos se ven afectados por esta práctica cultural.

Así, no se aplica el criterio de la lógica y de la razonabilidad de la costumbre para mantenerla, no se analiza si esta provoca tratos crueles, degradantes y tortura al ser sobre la cual recae, sino que, simplemente se emite un criterio basado en un argumento “ad populum”; no se toma en cuenta que, tanto animales como seres humanos tenemos los mismos derechos a la preservación de nuestra vida, libertad e integridad por ser seres sintientes, poseedores de nuestros propios intereses, independientemente de que estos sean o no importante para los demás.

Al consultarle acerca de que si estaría de acuerdo con que una manifestación cultural que atente contra los derechos de los seres humanos, en lugar de ser proscrita por parte del Estado mediante la normativa correspondiente, sea eliminada paulatinamente, al igual que las tradiciones que implican la utilización de animales, por una sensibilización de unos seres humanos hacia otros, indicó:

No (...), pueden tener los animales derechos pero jamás son asimilables a los de los seres humanos... no me importa quedar como un supremacista, como un

²⁵⁰ Entrevista a Álvaro Mejía Salazar, del 19 de septiembre de 2017.

retrógrada, pero para nada yo puedo considerar que los derechos de los animales son asimilables a los derechos de los seres humanos, así de simple.²⁵¹

De esto se infiere que, a su criterio, si se tratara de seres humanos, las manifestaciones culturales que afecten derechos deberían ser limitadas o prohibidas, a diferencia de que si se tratara de manifestaciones culturales que atenten contra derechos de los animales, pues, los derechos de los animales y los derechos de los seres humanos no estarían al mismo nivel, siendo todos los derechos de éstos superiores al de los primeros.

Al preguntarle si, en el caso de que se hiciera una ponderación entre el derecho a la cultura y el derecho de los animales a no sufrir, prevalecería el primero simplemente por el hecho de que pertenece a la especie humana, señaló: “Si me quieres poner como supremacista humano pues sí, y es muy difícil que cambie mi criterio”²⁵².

Esto corrobora que no se toma en cuenta que los animales diferentes al ser humano también tienen derechos fundamentales inherentes, pues sus características biológicas y psicológicas los hacen detentadores de los mismos, estos son: la vida, la libertad y la integridad; y que, estos derechos son superiores jerárquicamente al derecho a la cultura, por los argumentos expuesto en este trabajo investigativo. Así, solamente se hace una distinción por el tema de especie entre los seres humanos y demás animales, para negarles, de esta manera, los derechos que por naturaleza les corresponden.

Se deduce, claramente, que a juicio del entrevistado, ni siquiera sería necesaria la ponderación de derechos entre el derecho de los animales a no sufrir y el derecho a de los seres humanos a la cultura, pues simplemente prevalecería el segundo por un criterio de discriminación por especie, sin exponer más argumentos al respecto. Así, no consideraría necesario tomar en cuenta la proporción del daño irrogado a los sujetos cuyos derechos se encuentran en colisión, para determinar, en el caso concreto la prevalencia un derecho o de otro, que es uno de los criterios fundamentales para el efecto. Por esto, considero que el argumento expuesto por el entrevistado es insuficiente para determinar la prevalencia del derecho a la cultura de los seres humanos sobre el derecho a la integridad de los animales.

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.*

Conclusión general

No toda práctica cultural puede considerarse como adecuada con el solo fundamento de que acerca de aquello existe un consenso social, pues este es un argumento insuficiente para considerar algo como correcto o incorrecto, pues al respecto también existen verdades lógicas y científicas. Para determinar si una práctica cultural es buena o mala deben existir varias razones, entre ellas debemos considerar los efectos que ésta genera sobre aquellos seres sensitivos humanos o no humanos afectados por la misma, si es buena o dañina para ellos, si impide o promueve su bienestar, y si es que en su lugar, existirían otras prácticas que mejoren su calidad de vida, promuevan sus derechos o intereses, o al menos, no los afecten.

Todas las culturas, incluida la nuestra, tienen prácticas sociales erradas e injustas que se pueden ser eliminadas y sustituidas por otras que representen a la cultura de la que se trate, sin afectar derechos o intereses de los seres sobre los cuáles estas recaen. A pesar de que las costumbres son diferentes en cada grupo humano, muchas de ellas protegen similares valores que pueden considerarse como universales y que son necesarios para la convivencia entre seres humanos y, entre estos y los demás animales. La diferencia se encuentra en los mecanismos de protección, que pueden mejorarse o cambiarse si afectan derechos o intereses superiores.

Por otra parte, al ser el derecho un reflejo de la sociedad, debe cambiar conforme a la transformación del pensamiento social, que en el caso ecuatoriano se ha dado respecto a la consideración jurídica de los animales; por lo que, en lo que se refiere al ámbito cultural, que es el tema de este trabajo investigativo, debe adecuarse toda norma del ordenamiento jurídico a lo prescrito por la Constitución referente a no invocar la cultura, para justificar ciertas prácticas, cuando se afecten los derechos establecidos en ese cuerpo normativo, entre los cuáles están los derechos de la naturaleza, que si bien no brindan una protección adecuada a los derechos de todos los seres que la componen (en este caso los derechos de la fauna), son un límite para la utilización racional y necesaria de los recursos naturales, entre los cuáles aún se encuentran considerados los animales no humanos.

4. Conclusiones específicas

1. Las manifestaciones culturales inmateriales, que son parte del patrimonio cultural intangible, son expresiones de las costumbres, pensamientos y modos de concebir la realidad de un grupo de seres humanos, en un espacio y tiempo determinado; por lo tanto, no son inmutables, sino que van cambiando de acuerdo a la época y al lugar del que se trata. Además, el ejercicio de estas debe encontrarse dentro del marco de la razonabilidad, de la moral y del respeto a otros derechos que coexisten con el derecho a la cultura, que pertenecen a seres humanos y a otros animales.

2. No deben confundirse los derechos de los animales con medidas de bienestar. Los derechos de los animales otorgan una protección no sujeta a deliberaciones a los derechos esenciales y fundamentales de estos seres que los ostentan por tener la cualidad de ser sensitivos y poseedores de sus propios intereses, estos derechos son la vida, la libertad y la integridad; la protección de los mismos es inalienable, a pesar de que su vulneración sea beneficiosa para otros seres. En cambio, las medidas de bienestar consisten en mecanismos que se utilizan para paliar el sufrimiento de los seres no humanos que son explotados para el beneficio de la especie humana.

3. Los derechos de la naturaleza establecidos en la Constitución del Ecuador, tal y como están configurados dejan en desprotección a los derechos de parte de la misma conformada por los animales; sin embargo, existen derechos de ciertos animales reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como derechos innominados y se encuentran en normas infraconstitucionales.

4. En la Constitución se instituyeron los derechos de la naturaleza sin haberse realizado una necesaria división entre los seres que la conforman y que tienen características muy distintas. Por un lado, deberían considerarse los seres humanos (porque la misma constitución los concibe como parte de ella) y otros animales por sus similitudes biológicas; y, por otro lado las especies vegetales. De esta manera podría otorgarse a cada grupo los derechos que les corresponden acorde a su naturaleza; pues, como se dijo, los derechos de la naturaleza se establecieron de forma tan genérica que deja en desprotección a gran parte de uno de ellos.

5. Al ser los animales poseedores de una vida, al tener la capacidad de sentir y de poseer intereses, en el ordenamiento jurídico se les debería reconocer explícitamente la calidad de personas no humanas, y por ende, poseedoras de los derechos fundamentales que les corresponden por naturaleza que son la vida, libertad e integridad.

6. Respecto a los derechos a los animales, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen incoherencias y antinomias, pues para algunos de ellos, que son los domésticos, se reconocen parte de los derechos que les corresponden (y se encuentran en varias normas como derechos innominados) por ejemplo, el derecho a la integridad; mientras que a otros, a pesar de tener características biológicas similares y que por su utilidad no son catalogados como domésticos, no se les reconoce derecho alguno.

7. La normativa administrativa que regula las manifestaciones culturales inmateriales en el Distrito Metropolitano de Quito, contiene normas que son inconstitucionales, pues no observan la disposición constitucional de no invocar la cultura cuando se afecten otros derechos establecidos en la Constitución, entre los cuales están los derechos de la naturaleza (concebidos como un límite para la utilización necesaria de los elementos que la conforman), en razón de que aún se sigue permitiendo que se realicen corridas de toros y peleas de gallos mediante ordenanzas municipales, las mismas que, además, vulneran la voluntad del pueblo manifestada en la pregunta número 8 de la consulta popular del 7 de mayo del 2011 y los derechos que los animales tiene por ser seres sensibles, poseedores de sus propios intereses.

8. Los espectáculos en los que se utilizan animales siguen siendo realizados a pesar de que lesionan intereses superiores y a pesar de que existe un cambio de pensamiento en la sociedad respecto a la condición jurídica de los mismos y a su relación con los seres humanos. Esta situación se da, en gran parte, porque es complicado derogar costumbres que sirven para mantener a los grupos de poder económico que los patrocinan.

9. Si bien la teoría de la ponderación de los derechos de Alexy se utiliza para casos concretos, considero que en cualquier caso en el que se sopesa el derecho a la cultura (formas de concebir el mundo) con el derecho a la integridad de un ser sensitivo, va a prevalecer el segundo. Esto porque este es uno de los derechos esenciales de todo ser vivo con capacidad de sentir y de poseer intereses, lo cual sustenta su mayor jerarquía, conforme al razonamiento efectuado en el ejercicio de

ponderación de derechos, en la parte en la que se determina el peso abstracto de cada uno de ellos. Además, porque no podemos considerar como adecuadas a prácticas nocivas para los seres sobre los cuáles estas recaen, lo que se puede determinar de la aplicación de los criterios lógicos y de razonabilidad expuestos en el primer capítulo de este trabajo investigativo.

Recomendaciones

1. Implementar políticas públicas en el ámbito educativo para crear un sistema que genere conciencia de la importancia del respeto de los seres humanos hacia los animales y del cuidado de la naturaleza, para tener una convivencia armónica, tal como lo establece la Constitución con el *sumak kawsay*.

2. Que el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, como ente rector de la cultura, se preocupe de hacer conocer a la ciudadanía el criterio por el cual las manifestaciones culturales que implican la utilización de animales en espectáculos públicos no deben ser efectuadas y menos aún reconocidas como patrimonio cultural; esto es, por el efecto nocivo que estas generan en los derechos de seres sensitivos y por la vulneración de derechos constitucionales.

3. Que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico del Ambiente para establecer una prohibición respecto a la realización de espectáculos públicos que impliquen la utilización de animales, en cumplimiento de los derechos de la naturaleza y de los animales, para que, de esta manera, se dé una mayor coherencia al ordenamiento jurídico.

4. Que las autoridades municipales adecúen las ordenanzas a los mandatos constitucionales y a los resultados de la consulta popular; y que de no hacerlo, la ciudadanía interponga ante la Corte Constitucional, una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los referidos actos normativos.

Bibliografía

Publicaciones

- Acosta, Alberto. “Hacia la declaración universal de los derechos de la naturaleza”.
Revista AFESE (2010),
<<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/323.pdf>>.
- Alexy, Robert. *El canon neoconstitucional, derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. S. l.: Trotta, 2010.
- . *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . Los principales elementos de mi filosofía del derecho, (DOXA, cuadernos de filosofía del Derecho, 2009) www.cervantesvirtual.com/.../los-principales-elementos-de-mi-filosofia-del-derecho/
- Ávila, Ramiro. *Los derechos y sus garantías*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición: Pensamiento Jurídico Contemporáneo N.º 1, 2012.
- . *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: V&M imprenta, 2008.
- Balaguer, Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- Bentham, Jeremy. *Los principios de la moral y de la legislación*. Buenos Aires: Claridad S.A., 2008.
- Borowski, Martín. “La Estructura de los Derechos Fundamentales”. En Carlos Cambeiro Sara y María Ángeles Queirol (Trad.), *El patrimonio inmaterial*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2014.
- Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 1a. ed. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- El Comercio (Quito), *La Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico del Ambiente*, 20 de diciembre de 2016,
<<http://www.elcomercio.com/tendencias/asambleanacional-aprobacion-codigoambiente-codigoorganicodelambiente-ley.html>>.

- El Universo (Guayaquil), *Asamblea recibe propuesta de ley para defender los derechos de los animales*, 30 de octubre de 2014, <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/30/nota/4167481/asamblea-recibe-propuesta-ley-defender-derechos-animales>>.
- Ferrajoli, Luigi. “La Naturaleza con Derechos de la filosofía a la política”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp. Quito: Abya Yala, 2011.
- . *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf>.
- Francione, Gary. *Lluvia sin truenos*.
- González, Jesús. *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Cultural*. San José: Mars S.A., 1994.
- Hall, Stuart. “Estudios Culturales: dos paradigmas”. *Revista Colombiana de Sociología*, No. 27 (2006): 233-254. <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/viewFile/7981/8625>>
- Hobsbawn, Eric y Ranger Terence. *La invención de la tradición*. Barcelona: Crítica S.L., 2002.
- Huerta, Carla. *Presupuestos del concepto de conflicto normativo*, capítulo IV, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/949/6.pdf>>.
- Mejía Salazar, Álvaro, profesor del área de Derecho en la maestría de Derecho Administrativo y la Especialización Superior en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, entrevistado por Carla Albán, Quito, 19 de septiembre de 2017.
- Moncada Zapata, Juan Carlos. *Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084985.pdf>>
- Murcia, Diana. *La Naturaleza con Derechos de la filosofía a la política*. Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp. Quito: Abya Yala, 2011.
- Prats, Llorena. *Antropología y patrimonio*. Barcelona: Ariel S.A., 1997.
- Rachels, James. *Introducción a la filosofía moral*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Real Academia de la Lengua Española, “cosa”, <<http://dle.rae.es/?id=B3yTydM>>.
- Regan, Tom. *Jaulas Vacías*. España: Altarriba S. A., 2006.

Riechman, Jorge. *Todos los animales somos hermanos*. 1a. ed. Madrid: Los libros de la Catarata, 2005.

Salt, Henry. *Los derechos de los animales*. Madrid: Los libros de la Catarata, 1999.

Singer, Peter. *Liberación animal*, 2a ed. Madrid: Trotta, 1975.

“127 cantones de Ecuador respondieron Sí a la pregunta 8”, *El Universo* (Guayaquil), 20 de mayo de 2011, <<http://www.eluniverso.com/2011/05/20/1/1355/129-cantones-ecuador-respondieron-pregunta-8.html>>.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2008.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. En *Registro Oficial*, No. 36, 17 de junio de 2008.

Declaración Universal de los Derechos de los Animales, 1977. <<http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>>.

Ecuador. *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*. En *Registro Oficial*, No. 226, 31 de diciembre de 1997.

Ecuador. *Proyecto de Ley Orgánica de Bienestar Animal*.

Ecuador. *Reglamento de Tenencia de Perros en el Cantón Quito*. En *Registro Oficial*, No. 526, 17 de febrero de 2005.

Ecuador. *Código Civil*. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Código Orgánico del Ambiente*. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 983, 12 de abril de 2017.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. En *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Ministerio de Salud Pública y Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. *Reglamento de Manejo y Tenencia Responsable de Perros, Acuerdo Ministerial 116*. En *Registro Oficial*, No. 532, 19 de febrero de 2009.

Jurisprudencia

Argentina. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. [Sentencia orangután Sandra]. Exp. No. 2174-2015/0. 21 de octubre de 2015.

<<http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2015/10/sentencia-orangutan-sandra.pdf>>.

Argentina. Tercer Juzgado de Garantías. Poder Judicial de Mendoza. Expediente No. P-72.254/15. 3 de noviembre de 2016. <<https://es.scribd.com/document/351851935/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia-pdf>>.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. [Sentencia C 041-2017, referencia: expedientes D-11443 y D-11467]. 1 de febrero de 2017. <<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/2274.pdf>>.

Ecuador. Dirección Provincial de Salud del Guayas. “Resolución Administrativa de la Comisaría de Salud de la Provincia del Guayas”, 18 de noviembre de 2014, emitida dentro del expediente No. 330-Norte-DPSG-CSG-2014.

España. Consejo General del Poder Judicial. [Sentencia 502-2015, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, España, dentro del juicio de faltas N^a 135/2015], 23 de diciembre de 2015, <<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1916.pdf>>.

Anexos

Entrevista a Álvaro Mejía Salazar

1. Doctor, he leído su artículo publicado en la revista de la Universidad Andina Simón Bolívar, titulado “El patrimonio cultural como derecho en el caso ecuatoriano”, en este artículo usted hace una diferencia entre lo que es el derecho a la cultura y el patrimonio cultural como tal, además señala que el único motivo por el cual el Estado está en posibilidad de vetar una cultura es si aquella atenta contra los derechos humanos. En relación a esto, la pregunta es ¿por qué solo se toma en cuenta como factor para limitar las manifestaciones culturales el hecho de que estas atenten contra los derechos humanos y no se tome en cuenta otros derechos o intereses como son los derechos o intereses de los animales distintos al ser humano?, me refiero, por ejemplo, a las corridas de toros o peleas de gallos.

En mi artículo, lo que sostengo es que se pueden limitar ciertas manifestaciones que pueden ser entendidas como culturales, que vayan a atentar contra los derechos humanos. Me refiero, a modo de ejemplo, a que si alguien considera que su cultura es nazi, entonces, perfecto, es mi apreciación cultural, me gusta Richard Wagner, tengo todo un ideario de las valquirias pero no solamente como una cuestión musical, sino dentro de todo un ideario de lo que es la supremacía aria y me decanto por aquella cultura, le puedo tener a Hitler como un referente, es decir, si tengo alguna manifestación en ese sentido que pueda atentar contra un gran ideario, siempre anclado a las generalidades de apreciación humana que tenemos en occidente, podría ser limitado. También hablar de cualquier límite es un poco complicado porque a la final lo que culturalmente para nosotros está mal, para otro grupo cultural puede estar bien; como digo, pongo el ejemplo de una cultura de supremacía aria para que sea un poco más comprensible, dentro de un medio occidental.

Pero nosotros, por ejemplo, ¿podríamos vetar alguna manifestación cultural de tribus africanas? A occidente le encanta vetar y criticar a ciertas manifestaciones culturales de ciertos grupos islámicos, decimos “no como van a creer, realizan mutilaciones a mujeres por ejemplo”, pero eso es desde nuestra perspectiva occidental del siglo XX, XXI; pero si nosotros nos vamos a donde esos grupos islámicos que han

vivido toda su vida en tribus beduinas, es su cultura y van a decir “oye qué pasa”, de hecho en muchísimas ocasiones las mismas mujeres están totalmente de acuerdo con esas prácticas, porque es parte de su cultura que ha sido así durante miles de años.

¡Ah! nosotros como occidente nos sentimos superiores, decimos “no porque eso va contra la dignidad” pero muy probablemente, y de hecho es así, para esos grupos, que tienen una cultura milenaria, en muchísimas ocasiones, si no en todas las ocasiones, lo ven como algo adecuado y ya está. Igual, por ejemplo, en África, veía el otro día un video de un grupo tribal que tiene una costumbre de una especie de circuncisión pero del todo descarnada, que así mismo, de occidente fuimos a decir, “¡qué barbaridad!, esta costumbre de circuncisión es atentatoria” y ellos decían “no todo bien”, es el paso del muchacho al hombre y así han vivido capaz que hasta antes de nuestra cultura occidental, allá es donde está la Eva mitocondrial. Insisto, son culturas que allá lo tienen muy entendido, muy asimilado y muy aceptado, entonces las limitaciones son muy complicadas, realmente muy complicadas cuando se habla de temas culturales, que se los podría limitar dentro de ciertos grupos culturales, ya te digo, como por ejemplo aquí, en Alemania, una cultura que reivindique lo ario podría ser rechazado pero ya desde nuestra concepción occidental, pero creer que nosotros como una concepción occidental ya tenemos la razón como para imponer nuestra cultura a otras culturas es algo hartito complejo que es hablar de desigualdad: que nosotros estamos en lo correcto y los otros grupos no. Al occidental le encanta pensar que tiene la razón, pero bueno.

Esto te pongo como un marco general respecto de bajo qué parámetros se podría dar esta limitación a cierta cultura, siempre entendido dentro de un grupo específico; ya te puse los otros ejemplos que son siempre muy discutibles porque van a estar atravesados por la supremacía occidental, muy complicado. Que podamos transpolar esto a otro tipo de intereses o derechos como tú has señalado, yo pienso que es parte del ideario, así mismo, de cada pueblo. Igual en Asia hay unos festivales culturales tremendos respecto de la matanza de perros, pero allá están muy tranquilos, pero en occidente nos escandalizamos “pobre perritos, les crían, les matan, les queman, para hacer simplemente un espectáculo”, pero en Asia están tan tranquilos que así ha sido desde hace milenios.

Nuevamente estamos atravesando el tema de la aparente supremacía de la cultura occidental, pero bueno, bajemos a los grupos. Dentro del grupo, yo pienso que una manifestación cultural tiene que ser aceptada o rechaza socialmente, más realizar

limitaciones exógenas es atentar contra una cultura, contra una identidad, contra una libertad de opción. En occidente mismo hemos tenido muchas manifestaciones que originalmente se consideraron bárbaras, después pudieron ser aceptadas, o simplemente por haber sido consideradas bárbaras fueron eliminándose, pero no por una imposición, sino por una aceptación o cambio de valores culturales del grupo social. En Ecuador, si quieres hablar de los toros, a lo largo de la historia de lo que ahora llamamos Ecuador, parto desde 1534, desde la fundación de Quito, ha habido muchos intentos de por ejemplo, eliminar las corridas de toros: presidentes de la Real Audiencia, reyes de España, mientras éramos territorios ultramarinos de Castilla; recuerdo, el propio presidente Gabriel García Moreno han pretendido limitar esto, pero ¿qué ha pasado?, no se ha podido vía decreto limitar una cultura y se ha seguido desarrollando y ha seguido siendo permanente.

¿Qué pasa partir de la segunda mitad del siglo XX y qué está pasando en la actualidad? La sociedad se anda sensibilizando respecto del tratamiento a animales, por decirlo de alguna manera; hay una hipersensibilización respecto de las mascotas domésticas y una sensibilización respecto de ciertos animales. Si tú ves la afluencia a estos espectáculos hace 50 años y lo ves ahora, ves que hay una merma sustancial, ¿qué pasará después de 50 años?, tal vez la cultura se extinga, pero no por una imposición que atente a una libertad, sino porque es parte de un proceso, de cambio cultural espontáneo de la sociedad.

Digo, una cuestión es cuando te limitan la libertad y con eso yo jamás puedo estar de acuerdo cuando es un tema cultural que no atenta a derechos humanos, dentro de la concepción específica del grupo, que no ha tenido resultados realmente. Pero, ¿qué es lo que sí está teniendo resultados?, no la imposición sino un propio cambio de la sensibilidad social, un propio cambio cultural, que ya te digo, de aquí a 50 años ya dirán, pues eso pasaba antes, pero ahora nuestra cultura ya no se decanta por aquello, eso es algo objetivo, lo que te estoy diciendo durante siglos, que las virtuales imposiciones del poder para limitar una cultura no han dado resultado, es un hecho, pero ¿qué ha pasado?, la cultura simplemente ha cambiado.

Si tú ves en Loja, esto no es parte de su cultura y ahí no tienes que prohibir nada, porque la cultura de los lojanos, la cultura de los cuencanos no asimila dentro de su ideario esta práctica; en parte de la sierra centro norte y en ciertas partes de recintos costeños eso es parte la cultura, pero es innegable que pese a ciertas prohibiciones, esto sigue existiendo, pero es una cultura que por un cambio de la sensibilidad social,

que redundando en un cambio cultural, definitivamente, en una o dos generaciones máximo se terminará. Pero una cosa es que se extinga la cultura y otra cosa es que se la pretenda prohibir dentro de una limitación de una opción cultural, como digo, y esto es innegable, no tiene una opción universal que esté en contra de ella.

Yo creo que dentro de occidente, opción universal hablo dentro de occidente, hay una opción universal en contra de la xenofobia, del racismo, de la discriminación; en occidente creo que habrá uno o dos que piensen diferente pero en occidente decimos “no, no tiene que haber un ideario nazista asesino”, es ya una asimilación cultural, pero respecto de algo como corridas de toros, como gallos, es inequívoco que todavía no hay una opción universal dentro de occidente. Dentro de las culturas francesas, portuguesas, españolas y las latinoamericanas hay un segmento que los sigue reivindicando, que está en franco agotamiento, por supuesto.

La plaza de toros de México fue de los años 80, tiene más que cualquier campo de fútbol a nivel mundial; durante los 80, los 90 se llenaba, ahora si llena un tercio es mucho, y no hay prohibición en México, hay este cambio en las dos generaciones últimas, un cambio social, un cambio de asimilación, un cambio de ideario y de valores culturales, que lo rechazan y eso es diferente. Entonces, como digo, uno es que hayan opciones en contra de, pero otro es que sea una cultura proscrita. Hay gente que señala con el dedo, pero a diferencia de, como te digo, una cultura de odio, no hay todavía en estas sociedades una postura uniforme, inequívoca y absoluta en contra de estas otras manifestaciones, dale dos generaciones y ya no existirá, estoy seguro.

2. A su criterio, ¿qué condición jurídica tienen los animales?, ¿los considera como sujetos de derechos o como objetos?

Si somos positivistas, la Constitución claramente se decanta por los derechos de la naturaleza, dentro de éstos se entiende que los animales tienen derechos; sin embargo, hay que ser responsable con esto, porque no podemos limitar los derechos de los animales, los derechos de la naturaleza, a un discurso en contra de una actividad como las corridas de toros, porque, siendo así, entonces, deberíamos exigir al Estado, realmente, una tutela integral de los derechos de los animales, empezando por el tema de la crianza, pasado por el tema del faenamiento y el tema del consumo, porque es muy sencillo decir, “al toro le matan en una corrida”, pero como sociedad, nosotros cuánto aportamos para que hayan miles de vida de animales sean generadas solo para ser aniquiladas y después servir de alimento.

Entonces, si al tema se lo trata desde una perspectiva responsable, va muchísimo, pero muchísimo más allá de simplemente hablar de una manifestación cultural, como son los toros, los gallos, y va a un tema de que si tienen derechos, bueno, hay que accionarlos de manera real y completa; y si se los acciona de manera real y completa, entonces dónde queda toda la industria de la carne, y donde queda toda la dignidad de los animales en la fase de faenamiento por ejemplo. Como yo siempre digo, o es todo o es nada, no puedes ir a medias tintas, lamentablemente estamos acostumbrados a las medias tintas, hay derechos a muchas cosas, pero, simplemente se quedan en una órbita.

Si me dices, ¿qué considera usted que tienen los animales?, bueno la Constitución señala que tienen derechos, pero ¿vamos a aplicarlos de verdad?, ¿cómo los vamos a aplicar?, ¿acaso que el derecho de los animales es simplemente que se abra una clínica veterinaria de acceso público y gratuito? Insisto, la hipersensibilización de las mascotas y ahí viene la ponderación, bueno, sabemos que nuestros hospitales públicos los pacientes no tienen a satisfacción sus medicinas; es cuestión de ir a dos cuadras al Eugenio Espejo, preguntar a una persona que está afuera y es evidente de que no están las necesidades de salud satisfechas de los humanos.

Bueno, hablamos de los derechos de los animales y pensamos en que esto se va a agotar en que se acaben las corridas de toros y dar un hospital veterinario gratuito. Yo creo que eso es una visión muy inmediatista, realmente, muy desde la perspectiva del interés del humano y no del auténtico interés amplio de lo que sería un derecho de los animales general. Había una crítica el otro día, de un grupo de animalistas, estos grupos que suelen ser bastante radicales, al tema de la catástrofe de México, cuando decían “bueno, yo perro no quise que me adiestren para morir buscando esto, yo estoy muriendo por un fin humano”. Bueno, pensemos dos veces en verdad eso, en verdad estamos utilizando a los animales, ¿dónde queda el derecho de los animales?

Es harto complicado y lo peor que se puede hacer es reducir este debate a un tema de es una cultura sangrienta y hay que eliminar estas cuestiones, eso es algo inmediatista, realmente miope, minúsculo. Si es que vamos a hablar del derecho de los animales es súper amplio y quien se meta a hablar de derechos de los animales tiene que ver algo totalmente amplio porque de no es quedarse en un discurso de que simplemente a mí no me gustan los toros y me sirvo, utilizo, el discurso de los derechos de los animales. No me parece correcto usar las cosas y no realmente vivirlas o aplicarlas, esto me genera una crítica.

3. Como usted dice, al hablar de derechos de los animales hacemos referencia a una integridad, es decir, si hablamos de derechos nos referimos a que los seres humanos no podríamos utilizar a los animales de las diversas maneras en las que lo hacemos, pero, ¿usted no está de acuerdo con el avance progresivo de los derechos en la legislación, al menos en restringir, en primera instancia, las utilidades “menos necesarias” para el ser humano?

Es que ese es un debate, porque el derecho a la cultura, inclusive, es un derecho humano; es decir, es que puedes decir que es menos útil la extracción de pigmentos para estas pinturas, porque es simplemente para que tu veas y te regodees de lo bonito que es y por eso estás matando plantas, y el derecho no es solo de los animales, sino de la naturaleza en general. Entonces, son temas harto complicados, que, yo digo, habría que pensarlos desde una integralidad porque no solo está el derecho que una persona considera, del animal, sino un derecho del humano, entonces, insisto, es harto complicado, porque también hablar de los usos menos necesarios, para mí es necesaria una manifestación cultural.

4. Usted sabe que hay ponderación de derechos en casos concretos relacionados con los seres humanos. ¿Por qué ésta ponderación no se puede hacer entre animales y seres humanos? ¿Cuál es la razón para que la cultura de los seres humanos prevalezca sobre el derecho o interés del animal a no sufrir? ¿Cuál es la razón para que en este caso tenga un mayor peso el derecho a la cultura?

El tema es que, lo mismo, hay tantos elementos para discutir, porque si me hablas del sufrimiento, hay un centenar de estudios veterinarios, científicos, sobre la base de pruebas y parámetros biológicos reales que demuestran las características anatómicas, fisiológicas, de raza, de genética, del toro de lidia, versus el toro de ganado vacuno de consumo humano. Todos los umbrales del dolor, todas estas cosas, está demostrado que, si me hablas de sufrimiento, el toro de lidia no es medible al sufrimiento que tiene una vaca al momento de faenarse, de hecho, y eso te invito a que lo busques, el nivel de estrés que se ha encontrado en la carne humana por el mal faenamiento de reses es superior a los que se ha encontrado en el ganado de Lidia. Se preguntan “¡ah ¿por qué?, si está el toro sufriendo!”, y es porque está genéticamente diseñado para otra cosa, no está diseñado para ser ganado de carne; la carne del ganado de Lidia es apta para el consumo humano, pero es una carne de una calidad pésima y además es un músculo muy duro.

Entonces, cuando topamos ese tipo de conceptos, es muy difícil a la luz de los estudios que se han dado; bueno, si yo veo con un estudio, que el nivel de estrés es objetivamente menor, es un animal que genéticamente está diseñado para aquello y no para dar leche, ni carne. Entonces dices, bueno es parte de esto, no se está eligiendo a un animal que sufre un umbral de dolor igual que otro, es un animal, que tiene un umbral del dolor, científicamente comprobado, muchísimo muchísimo más alto, que tiene su bravura y todo esto, vienen complejidades, entonces vas a decir “¡ah! entonces está justificando que un animal que tiene un umbral del dolor mucho más alto si puede servir para ese espectáculo”, si lo quieres definir así o para una composición cultural, como yo lo defino, puede ser una justificación sí, pero son los hechos.

5. En este caso, digamos que, ¿en la ponderación de derechos simplemente ganaría el derecho a la cultura sobre el derecho del animal a no sufrir, por el solo hecho que el derecho a la cultura pertenece a la especie humana? ¿Sería así?

Si me quieres poner como supremacista humano pues sí, y es muy difícil que cambie mi criterio. Soy una persona, un taurino de cuatro costados, de toda la vida, que me he informado al respecto, que no simplemente voy a ver una muerte de un toro, para nada. He estado en un camal un par de veces pero no voy a disfrutar en un camal, voy a ver una composición estética, sé cuándo hay los parámetros de una composición estética y cuando está mal, cuando al torero se le hecha de la plaza porque ha hecho mal su trabajo; es así, el taurino no va a ver el sufrimiento, va a ver toda una composición.

El tema es que también me he informado al respecto de los parámetros, de la utilización, si quieres considerar ese término, del toro para ese espectáculo; es un animal que genéticamente tiene cerca de 3000 años de historia esa sola vertiente del animal, y ya está. De hecho también, en España, que hay muchos defensores de este tema, igual las plazas se llenan ahora de chinos por turismo; la cuestión cultural es evidente que va en decrecimiento, eso es un hecho. Yo digo, déjennos agonizar en paz, esto va a agonizar porque va a agonizar, o va a morir, está agonizando, pero el tema es que es difícil que yo cambie y también es difícil que acepte una posición supremacista del humano porque veo muchos más elementos que son a los que me he referido, como para considerar de que sí, de que esto es un tema cultural, que este es un tema que tiene muchas características que no simplemente lo identifiquen como una cultura sangrienta.

Dentro de esto, la prueba es que no existe una uniforme, inequívoca y absoluta posición en contra de esta manifestación cultural, como si lo hay de otras, y que al mismo tiempo, se entiende que es un tema que, al final de cuentas va a ser desplazado por la sensibilización humana, que eso es una cosa, versus, al acabar, al agotar, desde una perspectiva impositiva, desde el sector público o lo que fuera.

6. La última pregunta, ¿si es que una manifestación cultural afectaría a un derecho humano, usted estaría de acuerdo con que se la prohíba legalmente, o que, de la misma manera, solamente con la sensibilización de unos seres humanos hacia otros se vaya eliminando paulatinamente?, esto haciendo una comparación respecto a lo dicho en el tema de las manifestaciones culturales en las que se utiliza animales.

No pues, facilísimo, no, no, no, pueden tener los animales derechos pero jamás son asimilables a los de los seres humanos; o sea, no, no, no, tampoco, o sea, directo, no me importa quedar como un supremacista, como un retrógrada, pero para nada yo puedo considerar que los derechos de los animales son asimilables a los derechos de los seres humanos, así de simple. Yo ya lo insinué, dije que, para mí persona, consideraría una responsabilidad inmensa que el sector público gaste dinero en un hospital para mascotas cuando las necesidades de la salud de los humanos no estén satisfechas, así de simple.

Se puede reconocer que tienen derechos, que tienen dignidad y todo esto sí, que igual los animales van a estar al servicio del hombre pero que merecen un trato digno, todo lo que tú quieras, por supuesto; pero, decir que está en igualdad de condiciones el animal y el ser humano, lo que dije de ejemplo, y me ratifico por tercera vez, los dineros de los impuestos no se pueden utilizar en un hospital veterinario mientras no esté satisfecha la totalidad de la medicina gratuita pública para la totalidad de los seres humanos, para mí eso es algo evidente, eso sí, jamás estaría de acuerdo con la asimilación de derechos entre los animales y personas.