

“PRESENTACIÓN EFECTUADA POR A.F.A.D.A RESPECTO DEL CHIMPANCÉ “CECILIA” - SUJETO NO HUMANO”

Mendoza, 03 de noviembre de 2016

Y vistos:

Estos autos nro. P-72.254/15 arriba intitulados iniciados en este Tercer Juzgado de Garantías a fin de resolver la acción de habeas corpus en favor de la Chimpancé Cecilia, interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek,

De lo que resulta:

I.- Que a fs. 01/07 el Dr. Buompadre argumenta que Cecilia ha sido privada ilegítimamente y arbitrariamente de su derecho de la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de autoridades del zoológico de la Ciudad de Mendoza, Argentina. Que su estado de salud físico y psíquico se halla profundamente deteriorado y empeorado día a día con evidente riesgo de muerte siendo deber del estado ordenar urgentemente la libertad de esta persona no humana, que no es una cosa y, por ende, no puede estar sujeto al régimen jurídico de la propiedad sobre la cual cualquier persona pueda tener el poder de disposición de ella.

Expresa el Dr. Buompadre que peticiona la liberación de la chimpancé Cecilia, privada arbitraria e ilegalmente de su libertad en el Zoo de Mendoza, y su posterior e inmediato traslado

y reubicación final en el Santuario de Chimpancés de Sorocaba ubicado en el Estado de Sao Paulo, República Federativa del Brasil u otro que se establecerá al efecto oportunamente, previa evaluación de especialistas de la especie. Todo ello de conformidad a lo previsto en los arts. 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 19, 21 y cc de la Constitución Provincial de Mendoza, art. 440 y ss del Código Procesal Penal de Mendoza o, subsidiariamente, en lo previsto en la Ley Nacional n° 23.098 u otras leyes y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, que resulten aplicables al caso.

Refiere el presentante que Cecilia es una chimpancé hembra, científicamente denominada “*Pan troglodytes*”, de unos “30” años de edad, que casi la totalidad de su vida vivió en cautiverio en el Zoológico de Mendoza, en una jaula de cemento que es verdaderamente aberrante, en otras palabras, se encuentra ilegalmente privada de su libertad, siendo una clara prisionera y esclava hace más de 30 años en el zoológico de Mendoza solo por decisión arbitraria de sus autoridades, afectándose de esta forma, al menos, dos de sus derechos básicos fundamentales, su libertad ambulatoria y locomotiva y el derecho a una vida digna que por esta vía pretenden hacer cesar.

Argumenta el Dr. Buompadre que la chimpancé se encuentra viviendo en condiciones deplorables, en una jaula con piso y muros de cemento, extremadamente pequeña para un animal no humano de esa especie con un muy reducido habitáculo. Que no cuenta siquiera con mantas o paja para acostarse, en la cual pueda resguardarse de las inclemencias del tiempo o del propio viento, a lo que los chimpancés le tiene mucho miedo, o de los ruidos y gritos de las constantes visitas escolares y público en general que visitan ese establecimiento y de los elementos que a esta le lanzan como mero “objeto de burlas”, lugar al que prácticamente le llega la luz solar muy pocas horas al día, exponiendo a la primate a altas temperaturas, que en verano superan los 40° recalentando el piso y las paredes de cemento, y en invierno se

hallan por debajo de los 0°, incluso nevando en varias oportunidades y congelando las superficies, con total falta de higiene y llena de excrementos que no se limpian diariamente.

Agrega que luego de la muerte de sus compañeros de celda “Charly” (julio 2014) y Xuxa (enero/2015), la chimpancé Cecilia se encuentra viviendo de modo absolutamente solitario sin ningún tipo de compañía de sus congéneres, siendo que los chimpancés son animales extremadamente “sociales”, sin ningún espacio verde o árboles para ejercitarse ni tampoco algún enriquecimiento ambiental, como instrumentos y juegos para entretenerse, y sin contar con un bebedero propio, con el que pueda saciar su sed cuando lo desee, condiciones estas que han agravado su situación poniendo en evidente riesgo su vida y su salud física y psíquica, en función de la edad que posee, las características propias de la especie y fundamentalmente por el propio estrés con el que ya vive en cautiverio.

Manifiesta el presentante que desde su alojamiento en el zoo de esta chimpancé, por más de tres décadas, nada se hizo desde ese establecimiento y sus autoridades a favor del bienestar de esta Gran Primate, la han tenido esclavizada, privada de libertad de modo arbitrario e ilegal, sin ninguna otra finalidad que la de ser exhibida al público como objeto circense. Esto nunca mejoró, ni incluso a fines de 2013 con la enorme presión social y relevancia de los acontecimientos que pusieron al descubierto la grave situación de esta “cárcel de animales”.

Considera el Dr. Buompadre que Cecilia, a pesar de tener una identidad genética del 99,4% con cualquier ser humano, fue y es una verdadera esclava del zoo de Mendoza, discriminada por su especie, víctimas de lo que la Filosofía y la Ética llaman “Especismo Antropocéntrico”, a lo que se está tratando como esclava, privándola injusta e ilegítimamente de su libertad locomotiva, como a muchos otros no humanos. Cecilia tampoco ha cometido delito algún para estar padeciendo un sufrimiento innecesario de esta naturaleza, en una situación de confinamiento extremo que no es otra cosa que un encierro ilegítimo

e injustificado sine die de un ser sintiente, que no es una cosa y no debe ser tratada como tal, y sin que dicho encierro haya sido ordenado por una autoridad competente –juez.

Entiende el presentante que las condiciones de cautividad para esta especie, como es en la que se halla Cecilia en el Zoo de Mendoza, son verdaderamente aberrantes, no solo por las circunstancias antes descritas, sino también por las características etológicas de estos homínidos que son seres que sienten, se organizan en grupo sociales, son animales gregarios que viven en grandes grupos familiares con una jerarquía determinada; además de poseer autoconciencia, cuentan con habilidades específicas como las de reconocerse a si mismos, fabricar herramientas e incluso poseen el concepto de “cultura” con enseñanzas que se heredan de padres a hijos.

Señala el Dr. Buompadre que un chimpancé no es una mascota y tampoco puede ser usado como mero objeto de diversión, cobayo de experimentación o mera exhibición. Ellos piensan, sienten, se afeccionan, odian, sufren, aprende e inclusive transmiten lo aprendido. Agrega que la proximidad entre el hombre y el chimpancé es tal que éste puede ser donador de sangre para humanos y viceversa, son entes individuales y únicos, poseen necesidades emocionales. Son seres racionales y emocionales.

Expresa el presentante que no se pretende que se considere a chimpancés, gorilas, orangutanes y bonobos como humanos, que no lo son, sino como homínidos que si son.

Señala el presidente de A.F.A.D.A que la manutención de animales en cautiverio en ambientes artificiales e inadecuados y sobre todo para este especie en particular, constituye un evidente acto de abuso por parte de las autoridades que la tienen en esa situación de aislamiento y confinamiento extremo, constituyendo eso un clara y verdadera trasgresión a la ley de malos tratos y actos de crueldad a los animales (Ley. Nac. 14346) y a la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley Nac. 22.421) actualmente vigentes en nuestro país, que llevará a Cecilia, pro-

na e irremediablemente, a la pérdida de su propia identidad y seguramente a un destino mortal que se pretende impedir.

En definitiva, manifiesta el Dr. Buompadre, Cecilia es una persona no humana, inocente, que no ha cometido delito alguno y que ha sido condenada a vivir en el encierro de una forma arbitraria e ilegítima, sin proceso previo, legal y válido, dispuesto por una autoridad pública que no es judicial, zoológico de Mendoza, donde actualmente cumple una pena de prisión (establecimiento que no garantiza mínimamente sus condiciones de “Bienestar animal”) y que nunca tuvo la más mínima posibilidad de ser libre y de vivir esa libertad, aunque sea en sus últimos días de vida.

Seguidamente, el Sr. Presidente de A.F.A.D.A realiza una exposición sobre los antecedentes de Habeas Corpus de Grandes Primates y sobre la admisibilidad de la acción de Habeas Corpus. Luego realiza un pormenorizado análisis de la extensión de derechos básicos fundamentales humanos a los grandes primates.

Finalmente, el Dr. Buompadre efectúa un análisis sobre el chimpancé como sujeto de derecho y los zoo como cárceles de animales.

III. Y considerando:

Que a fs. 35/79 se encuentra agregado informe sobre la situación del chimpancé Toti en el Zoológico de Bubalcó por el Sr. Pedro Pozas Terrados.

A fs. 99/103 el Dr. Fernando Simón, Fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza, contestó la acción interpuesta por A.F.A.D.A y solicitó el rechazo de la acción intentada. Expresó el Fiscal de Estado que la acción carece del elemento más importante que es la existencia de persona humana y no un animal, el que para la legislación actual continúan siendo una cosa, tal como lo establece el art. 227 del C.C. Sin perjuicio de entender que los animales merecen protección, no comparten la asimilaci-

ón que se hace de ellos a la persona como sujetos de derechos en general y destinatario de la protección de la garantía del habeas corpus.

Agregó el Fiscal de Estado que con la falta de cumplimiento de los requisitos básicos, se puede advertir que no se está ante una detención tal como el accionante intenta demostrar, ya que ella es una medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria ordenada por una autoridad competente. Añade que la libertad ambulatoria es un derecho personalísimo del que solo gozan las personas humanas, y no los animales o los llamados sujetos no humanos, como de manera dogmática y carente de fundamentos jurídicos se intentan hacer valer mediante esta acción. Que no estamos ante un acto ilegal, ya que el zoológico de la provincia fue creado el día 18 de mayo del año 1903, el que se acordó mediante la promulgación de la Ley Nro. 30 del año 1897, el que contempla la tenencia de distintos animales, los que permanecen dentro del recinto, y que por una cuestión de seguridad hacia las cosas y las personas humanas, son albergados dentro de jaulas confeccionadas especialmente para cada una de las especies.

Entendió el Sr. Fiscal de Estado que la A.F.A.D.A carece de capacidad procesal dado que no está acreditado que exista y que tenga capacidad jurídica.

En subsidio, expresa que existe improcedencia sustancial activa dado que el Titular de la acción sería un animal (cosa) y no una persona humana, ya que conceptualmente habiendo legitimación es el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a favor de un sujeto (persona humana), en cuya virtud le confiere la posibilidad de ejercitar eficazmente su poder de acción en base a la relación existente entre el sujeto y los derechos e intereses legítimos cuya tutela jurisdiccional pretende.

A fs. 87 obra agregada acta en la que se consigna que el día 7 de julio de 2015 el personal jerárquico de este Tercer Juzgado de Garantías, integrado por la Dra. María Alejandra Mauricio, Juez de Garantías, el Dr. Gerardo Manganiello, Secretario Ad

Hoc y la Dra. S. Amalia Yornet, Prosecretaria, concurrieron al Zoológico de la Provincia de Mendoza, donde se llevó a cabo una inspección ocular.

A fs. 112/147 corre agregada copia certificada del expediente administrativo nro. 332-D-2.015-18010, el cual tramita en la Administración de Parques y Zoológicos.

A fs. 150/153 se encuentra agregado informe remitido por el Méd. Vet. Gustavo Pronotto, en aquel momento Director del Zoológico.

A fs. 158 obra agregada acta en la que se consignó que comparecieron ante este Tribunal el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de AFADA, el letrado patrocinante Dr. Santiago Rauek, el Dr. Claudio Sar Sar y el Dr. Cristian Thompson por Fiscalía de Estado, el Dr. Alejo Guajardo de Asesoría de Gobierno, el Dr. Gustavo Pronotto, Director del Zoológico de la Provincia de Mendoza y el Dr. Raúl Horacio Vicchi de Coordinación de Políticas Públicas del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, a efectos de llevar a cabo la audiencia programada respecto del chimpancé Cecilia.

A fs. 161/165 el Dr. Fernando Simon, Fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza, presentó propuesta de traslado de Cecilia al Zoológico de Bupalco, conforme audiencia del día 02 de septiembre del año 2015.

A fs. 184/210 obra agregada pericia efectuada por ...

A fs. 214/234 se encuentra agregada pericia realizada por la Médica Veterinaria Dra. Jennifer Ibarra.

A fs. 235/240 corre agregada pericia llevada a cabo por el Médico Veterinario Dr. José Emilio Gassull.

A fs. 244 se encuentra agregada acta en la que se consignó que el personal jerárquico de este Tribunal se constituyó en el Zoológico de la Provincia de Mendoza y constató que en el recinto contiguo a la jaula donde se encuentra alojada Cecilia existe una obra en construcción que se habría iniciado con dinero de particulares.

A fs. 246/247 rola agregado informe remitido por el Ministerio de Tierras, Ambientes y Recursos Naturales de la Provincia de Mendoza.

A fs. 275/281 corre agregado informe de SENASA.

A fs. 284 vta. se encuentra agregada acta en la que se consignó lo acontecido en audiencia en los estrados de este Tercer Juzgado de Garantías a la que asistieron el letrado patrocinante de A.F.A.D.A Dr. Santiago Rauek, el Dr. Claudio Sar Sar y el Dr. Cristian Thompson por Fiscalía de Estado, el Dr. Alejo Guajardo de Asesoría de Gobierno y las nuevas autoridades, la Ing. Mariana Carm como Directora del Zoológico de la Provincia de Mendoza, la Dra. Paula Llosa, asesora letrada, y el Sr. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial, el Lic. Eduardo Sosa, Jefe de Gabinete, ante la presencia de la titular del Tribunal y la Sra. Secretaria autorizante. En esa audiencia las partes acordaron que la mejor opción es enviar a la chimpancé Cecilia al Santuario de Brasil.

A fs. 287/309 la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General y el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial, señalaron que el traslado de Cecilia al Santuario de Brasil es factible. Los trámites y procedimientos necesarios para llevar a cabo el traslado requerirían un plazo de entre tres a seis meses, aproximadamente.

A fs. 310 este Tribunal otorgó a la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General y el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial el plazo máximo de seis meses a fin de llevar a cabo los procedimientos que sean necesarios para el traslado de la chimpancé Cecilia a Sorocaba, Brasil.

IV.- Puesta a resolver la cuestión traída a conocimiento y decisión de este Tribunal entiendo que corresponde realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, y atento a los plan-

teos efectuados por el Sr. Fiscal de Estado, he de referirme a la legitimación del presidente de A.F.A.D.A. y seguidamente a la competencia que atañe a este Tribunal para entender en las presentes actuaciones. Veamos:

a.- El cauce procesal elegido por los iniciadores no sujeta al tribunal. Debo sí respetar el principio de congruencia (art. 18 CN).

Se denunció una situación de hecho y se solicitó que esa situación cesara.

Me corresponde como juzgadora la calificación jurídica de la pretensión y de aquellos hechos que han sido probados en la causa, tanto más cuanto que, como se verá, la decisión que adoptaré no consistirá en una imputación penal, de modo que no se afectarán los principios de “nullum crimen”, “nulla pena”, etc.

Así procedió el juez del célebre caso “Kattan” (el caso de las “toninas overas”).

Allí los actores habían requerido al juez que prohibiera la caza o captura de toninas overas en nuestro mar “hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar”. La acción había sido motivada por dos autorizaciones otorgadas por el Poder Ejecutivo para capturar 14 toninas overas.

El juez sostuvo que “la estricta medida pedida supone una sentencia de futuro que, por tal motivo, no resulta viable”.

Pero agregó: “Sin embargo, por aplicación del principio “iura novit curia” considero que puedo anular las resoluciones permisivas que son las que han provocado la cuestión”. (Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10.05.83, “Kattan Alberto E. y otro c./Poder Ejecutivo Nacional sobre amparo” (firme), MJ-JU-M-8640-AR/MJJ8640).

Como se verá, entiendo que el caso planteado involucra la protección de un bien o valor colectivo, que más adelante identificaré y considero también que, dadas las particulares características tanto de fondo como procesales que la causa exhibe,

no sólo estoy autorizada sino obligada a emitir resolución de fondo.

La Constitución Nacional reconoce expresamente desde 1994 una nueva categoría de derechos: los “derechos de incidencia colectiva” (art. 43 segundo párrafo CN), aludiendo –entre otros– al derecho al ambiente consagrado en el art. 41 CN citado.

El derecho al ambiente fue incorporado expresamente en el art. 41 CN con el siguiente texto, que me permito reproducir para facilitar la lectura de la argumentación que desarrollaré.

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

El “derecho al ambiente” es un “derecho de incidencia colectiva”.

Así resulta, sin duda alguna, del art. 43 CN que en su segundo párrafo consagra el denominado “amparo colectivo” en los siguientes términos: “... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

La noción de “derecho de incidencia colectiva” o “derecho difuso” se encontraba reconocida en nuestra Provincia aún antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Recuérdese a nuestra pionera ley 5961 de 1993 sobre “preservación del ambiente”.

En su Título IV (“De la defensa jurisdiccional del ambiente”) se regula un sistema de acciones destinados a la defensa jurisdiccional de derechos e intereses que hoy, con la terminología del art. 43 CN denominaríamos “de incidencia colectiva”.

El Art. 16 que inicia el citado Título IV dispone que la defensa jurisdiccional se otorga a “los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos” y a “cualesquiera otros bienes que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social” (Art. 16 ley 5961).

Sigamos.

El art. 41 CN incorpora una noción amplia de “ambiente”, que incluye, junto al patrimonio natural, los valores culturales y la calidad de la vida social.

En cuanto al primero, téngase presente que la orangutana Cecilia integra la fauna silvestre de nuestro país y que, por tanto, está comprendida en el alcance de la ley nacional 22.421 de protección de la fauna silvestre, a la que adhirió nuestra Provincia mediante la ley 4602.

Adelantémonos a recordar que el art. 3° de la ley 22.421 dispone que a los fines de la ley se entiende por “fauna silvestre” a los animales “bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad”.

Pues, bien, el art. 1° de la ley declara “de interés público” la protección y conservación de la fauna silvestre.

Es oportuno señalar que el mismo art. 1° dispone que “todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna

silvestre”, norma que, como diré más adelante, robustece el reconocimiento de legitimación procesal en acciones e iniciativas orientadas a hacer efectiva esa protección.

Advierte Tawil que “adhiriéndose a una concepción amplia del concepto de medio ambiente ... la cláusula constitucional ha puesto a cargo de las autoridades la obligación de proveer tanto a la preservación del patrimonio natural como del cultural...” (Tawil, Guido S. “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en Estudios sobre la reforma constitucional, Cassagne, Juan Carlos (dir), Buenos Aires, Depalma, 1995, página 21, en página 50).

Dice Mariana Valls, refiriéndose al pasaje en el que el art. 41 CN impone a las autoridades el deber de proveer a la protección del patrimonio natural y cultural que “adhiriendo a una concepción amplia del ambiente, habilita al Estado a regular en materia de ... b) lugares históricos y culturales, zoológicos y jardines botánicos, entre otras” (Valls, Mariana, Derecho Ambiental, Ciudad Argentina, 1999, pág. 40)

La noción amplia de ambiente se confirma en la ley N° 25.675, conocida como Ley General del Ambiente (la publicación en el Boletín Oficial la tituló como “Ley de Política Ambiental Nacional”) que es una de las “normas de presupuestos mínimos de protección” que el Art. 41 CN consagró como nueva especie normativa (“corresponde a la Nación dictar las normas conteniendo los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas...”).

El art. 2 de la ley 25.675 fija entre los objetivos de la “política ambiental nacional” los siguientes: “... a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales...; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”

Dice el Art. 27 de la ley 25.675: El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de

incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. “

El art. 31 de la ley 25.675 dispone que los actores de un daño ambiental colectivo son responsables “frente a la sociedad”, mientras que el art. 32 de la misma ley, otorga amplias facultades al juez que interviene en el proceso por daño ambiental colectivo “a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Por tanto, el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida forman parte del “derecho al ambiente” (Art. 41 CN), constituyen “derechos de incidencia colectiva” y están esencialmente conectados con el interés general de la sociedad.

Bustamante Alsina ha dicho que el art. 41 CN “incorpora a la Constitución Nacional los dos postulados universalmente reconocidos, como la calidad de vida... y el “desarrollo sustentable” (Bustamante Alsina, Jorge, Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 64).

El mismo autor recuerda que la noción de calidad de vida “expresa la voluntad de una búsqueda de calidad más allá de lo cuantitativo, que es el nivel de vida. Es decir que el medio ambiente concierne no solamente a la Naturaleza sino también al hombre en sus relaciones sociales...”

Por su parte, Lorenzetti señala: “Uno de los valores más importantes que se introducen en las legislaciones es el referido a la calidad de vida. El inciso b) del art. 2 de la ley 25.675 establece como objetivo “promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”. (Lorenzetti, Ricardo L. “Teoría del Derecho Ambiental”, 1ª. Ed. Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 59).

En una pionera sentencia mendocina anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se dijo que la tutela del medio ambiente “coincide con la protección del equilibrio psicofísico del hombre...” (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil,

Comercial y Minas N° 4, 02.10.86, “Morales Víctor H. y otro c. Provincia de Mendoza”, ED 123-537, en pág. 543).

En el caso, el juez declaró nulo el decreto provincial que había levantado la veda de pesca y caza deportivas en la reserva faunística de la laguna Llanconelo.

Dijo el juez que “el decreto impugnado... ordena el levantamiento de la veda... sin el previo e indispensable estudio acerca del impacto ambiental... Tal medida nos coloca... frente a la posibilidad cierta de la degradación del entorno y del empobrecimiento de los recursos naturales. Esto compromete consecuentemente en forma directa la calidad de vida de los habitantes” (considerando 4°, ED 123-537, en pág.542).

Vigente ya la reforma de 1994 se resolvió que la calidad de vida es un postulado incluido en la tutela del art. 41 CN (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, 01.10.99, “Subterráneos de Buenos Aires S.E. c/Propietario de la Estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia” (J.A. 1999-IV, pág.308, en pág. 315).

El goce y disfrute de un parque fue considerado como un elemento integrante del valor “calidad de vida”, amparado por el art. 41 CN (Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala 1 en lo Penal, 23.06.95, “Moro Carlos Emilio y otros c. Municipalidad de Paraná” E.D. 167-69).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires protegió el “derecho al paisaje” de la comunidad de Cariló.

La acción que acogió alegaba que la Municipalidad hacía caso omiso de la ley que había declarado de interés provincial ese paisaje, pues continuaba aplicando ordenanzas que en la práctica autorizaban acciones tales como la extracción de arena de médanos, la modificación de niveles originarios de calles, la destrucción de árboles añosos, etc.

El tribunal ordenó a la Municipalidad que dictara una ordenanza que diera efectiva protección al paisaje de la localidad, reglamentando adecuadamente la ley provincial. (SCBA, 29.05.02,

“Sociedad de Fomento de Cariló c. Municipalidad de Pinamar” La Ley Buenos Aires -2002- página 923).

La privación del goce estético proporcionado por un grupo escultórico tradicional erigido en la vía pública de la ciudad de Tandil, destruido por la embestida de un colectivo, fue resarcida a título de “daño moral colectivo” sufrido por los habitantes de esa ciudad (Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22.10.96, “Municipalidad de Tandil c./Transportes Automotores La Estrella y otro s/daños y perjuicios”, Microiuris MJ-JU-E-12493-AR/EDJ 12493)

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dispuso que la lesión del patrimonio arquitectónico y cultural de los habitantes de la Ciudad de La Plata “afectaría el interés público, implicado en la tutela constitucional del ambiente” (SCBA, 24.05.11, causa I.71-446 “Fundación Biósfera y otros c./Municipalidad de La Plata s/ inconst. ord. N° 10.703” Microiuris MJ-JU-M-65229-AR | MJJ65229 | MJJ65229).

Es interesante anotar que ya en aquel hito jurisprudencial que significó la sentencia de “Kattan”, a la que arriba me referí, el juez agudamente señaló que el Estado demandado en el amparo, al argumentar asimilando la captura de las toninas con lo que sucede con “vacunos, ovinos, porcinos, etc.” y con la pesca comercial de otras especies, “ha confundido el concepto de recurso natural con el de recurso cultural” (fallo citado, considerando III).

Es decir que el juez percibió que en la tutela de la especie tonina overa no sólo estaba involucrada la protección de la fauna (el fallo contiene extensas consideraciones sobre la ley 22.421) sino que estaba en juego la dimensión “cultural”.

Ahora bien, ¿cuál es en nuestro caso el bien o valor colectivo, comprendido en el amplio objeto del derecho al ambiente y cuál es el “interés general” que el juez está llamado a proteger de manera efectiva (Arg. Art. 32 ley 25.675)?

Entiendo que en el caso que me ocupa se trata del bien y valor colectivo encarnado en el bienestar de Cecilia, integrante de la “comunidad” de individuos de nuestro zoológico.

Ello porque Cecilia tanto pertenece al patrimonio natural (ley 22.421) como, en la medida de su relación con la comunidad de humanos, integra –en mi opinión- el patrimonio cultural de la comunidad.

Por una y otra razón su bienestar atañe al resguardo de un patrimonio colectivo.

Asimismo, integra la calidad de vida de la comunidad, hace a su equilibrio psicofísico (fallo “Morales, Víctor H. citado) que ese patrimonio sea protegido o, lo que es lo mismo, que Cecilia goce de bienestar.

Adelanto que decidiré conforme lo propuesto por el Gobierno de la Provincia, esto es, en el sentido de trasladar a Cecilia a un destino mejor, fuera de nuestro país.

No encuentro que esa decisión sea contradictoria con la protección del patrimonio natural y cultural y de la calidad de vida de nuestra comunidad.

Se ha probado que hoy nuestra comunidad no puede proveer a Cecilia el bienestar que tanto la parte iniciadora como el Gobierno de la Provincia se han manifestado interesados en proteger.

En esas particulares circunstancias, el traslado más allá de nuestra frontera aparece como el medio idóneo para que quien hoy integra “nuestro” patrimonio pueda proseguir su vida en mejores condiciones.

El lazo espiritual que vincula a una comunidad con los elementos de su patrimonio no depende de la proximidad física sino de la intensidad con la que la relación sea vivida y fortalecida a lo largo del tiempo, con independencia de la condición dominial del elemento o de la jurisdicción a la que él quede sometido.

Así pues, Cecilia podrá seguir siendo integrante de “nuestro” patrimonio ambiental si nosotros, como colectividad, así nos lo proponemos.

En cuanto a nuestra calidad de vida, estoy convencida de que si la comunidad es debidamente informada y educada (art. 41 CN: “las autoridades proveerán a la... información y educación ambientales”) acerca de las circunstancias que llevan a la solución que adoptaré, experimentará la satisfacción de saber que actuando colectivamente como sociedad hemos podido darle a Cecilia la vida que merece.

La situación actual de Cecilia nos conmueve.

Si atendemos a su bienestar no será Cecilia quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad y de sentirnos un poco más humanos.

Ahora, dedicaré la atención al tema de la legitimación.

El iniciador del proceso invocó la representación de una asociación. El Sr. Fiscal de Estado la objetó.

La amplitud con la que cabe reconocer legitimación activa en este tipo de causas hace que no quepa desconocerla al iniciador, con independencia de su invocada condición representativa.

La legitimación debe serle reconocida en virtud de la aplicación directa o analógica, según el caso, de variadas normas de fondo y procesales, según se verá.

El actor es “afectado” en el sentido del art. 43 CN.

Está legitimado por el art. 1º de la ley 22.421 de protección de la fauna, a la que adhirió nuestra Provincia mediante la ley 4602 (conforme fallos “Kattan” y “Morales” citados).

Es “afectado” en el sentido del art. 30 de la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional.

El mismo art. 30 habilita a “toda persona” a “solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

El art. 1712 del Código Civil y Comercial legitima a toda persona que “acredite un interés razonable” a “reclamar” median-

te la acción consagrada en el art. 1711 en procura de impedir la “continuación” de un daño. El Art. 10 del Código Procesal Penal de nuestra provincia otorga legitimación como “querellante particular” a “cualquier persona” en relación con delitos que lesionan “intereses difusos.” **b.-** Analizada la legitimación activa, pasaré ahora a señalar los fundamentos de la actuación a la que me siento convocada.

El Dr. Pablo Nicolás Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales, con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek, peticionan por intermedio de una acción de habeas corpus el recupero de libertad de la Chimpancé de nombre “Cecilia” en razón de que ésta habría sido arbitraria e ilegalmente privada de su libertad ambulatoria. En consecuencia, solicitan el inmediato traslado y reubicación de la chimpancé en el Santuario de Chimpancés de Sorocaba, Brasil.

Ahora bien, en el afán de formular una resolución jurisdiccional acorde a la pretensión que se pretende satisfacer, estimo que, previo a todo, deviene imperioso vislumbrar si la vía impetrada, esto es, la interposición de la acción de Habeas Corpus, art. 43 de la Constitución Nacional, arts. 17, 19, 21 y cc de la Constitución Provincial de Mendoza, art. 440 y ss del Código Procesal Penal de Mendoza y Ley Nacional 23.098, resulta acorde en orden al tratamiento y consecución de los fines esgrimidos.

La doctrina, citando al constitucionalista Bidart Campos, tiene dicho que la acción de habeas corpus es una garantía urgente y “suprema mediante la cual el particular afectado, o aun otra persona por él, acude a la autoridad judicial demandando la recuperación de la libertad; si la detención no ha emanado de una autoridad competente, o no se ha guardado la debida forma, o carece de causa legal”. (FALCON, Enrique M.; “TRATADO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. TOMO II”, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 531). El habeas corpus es el mecanismo constitucional idóneo para proteger la libertad ambulatoria.

Esta garantía se encuentra prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto prevé que “Nadie puede ser...arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” y en el art. 43, después de la reforma del año 1994, en tanto expresa “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”. Asimismo, la Constitución de la Provincia de Mendoza establece en su artículo 21 que: “Toda persona detenida podrá pedir por sí, u otra en su nombre, que se la haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenida contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado por juez igualmente competente, la causa de su detención. Todo juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, a quien se le hiciera esta petición, o se le reclamase la garantía del art. 19, deberá proceder con el término de veinticuatro horas, contadas desde su presentación, con cargo auténtico, bajo multa de mil pesos nacionales. Proveída la petición, el funcionario que retuviese al detenido o dejase de cumplir dentro del término señalado por el juez, el requerimiento de éste, incurrirá en la misma multa, sin perjuicio de hacerse efectivo el auto”.

El artículo 440 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza prevé que: *“Toda persona detenida o incomunicada en violación de los artículos 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.*

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reaggravamiento de las condiciones de prisión impuesta por el órgano judicial

competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional N° 23.098...".

Néstor Pedro Sagués, al estudiar la temática de los derechos constitucionales protegidos por el Hábeas Corpus, expresa que existen dos posturas, a saber: *"TESIS RESTRICTIVA. Una caracterizada y tradicional doctrina argentina sostiene que la ley fundamental, al permitir la acción de hábeas corpus, solamente la programa para la protección de la libertad física o corporal, el ius movendi et ambulandi del derecho romano, o power of locomotion del derecho anglosajón... TESIS AMPLIA. Pero hay que señalar, no obstante, que ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia (seguidos también en el derecho público provincial por varias normas), auspiciaron la proyección del hábeas corpus para garantizar todos los derechos constitucionales de libertad... LEY 23.098. Esta norma vino a modificar en parte el régimen patrocinado por la ley 16.986 de amparo, puesto que si bien en el inc. 1 de su art. 3° habilitó el hábeas corpus para subsanar toda limitación o amenaza actual de la libertad..., también lo programó para reparar la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad... REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1.994. El nuevo art. 43 de la Const. Nacional entiende que el derecho tutelado es la libertad física, aunque siguiendo también los moldes de la ley 23.098, atiende los casos de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de una detención..."* (SAGÜÉS, Néstor, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. HÁBEAS CORPUS. Ley 23.098 Comentada y concordada con la Constitución Nacional y Normas Provinciales. 3° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Año 1.998. Páginas 135/138).

Completando el criterio adoptado, el doctrinario agrega: *"Las notas de sumariidad y urgencia que matizan el hábeas corpus no son legalmente incompatibles con la consideración y el análisis de todos los elementos de juicio necesarios para atender su objeto, y sentenciar. Tal doctrina emerge también de la Corte Suprema, al puntualizar que dentro del hábeas corpus deben ventilarse todos los hechos y todas las causas, cualesquiera sean, que le sirvan de fundamento... En definiti-*

va, concluye la Corte, interpuesto un hábeas corpus se debe determinar la existencia o no de un acto u omisión que afecte, sin derecho, a la libertad personal; lo que implica realizar los trámites judiciales razonablemente aconsejables con aquella finalidad” (Obra citada, página 344/345).-

Así las cosas, tenemos que para atender al objeto principal de la acción de Habeas Corpus, esto es, la libertad corporal y libertad ambulatoria, se elevan como características fundamentales del instituto en cuestión la sumariedad, que tiende a que en el procedimiento no se ventilen cuestiones de incidencia previa, y la urgencia, la que se traduce en el procedimiento previsto para la acción de habeas corpus.

Específicamente, el objeto del habeas corpus consiste en la protección de la libertad corporal ilegalmente restringida así como también la corrección en las formas o condiciones en que se cumplen las detenciones de una persona, ello conforme surge de la normativa señalada en los párrafos que anteceden. El habeas corpus está destinado a considerar la violación de un derecho o garantía sobre la libertad física de una persona por el acto de una autoridad que ha excedido el marco de su competencia o ha ido más allá de la razonabilidad que sus actos deben tener.

La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse ilegítimamente detenida o que se hayan agravado sus condiciones de detención o por cualquier persona a su favor, esto es, parientes, amigos o cualquier tercero

El Dr. Buompadre señala que la chimpancé Cecilia se encuentra detenida arbitraria e ilegalmente en el zoológico de Mendoza dado que no existió orden de autoridad competente que disponga esa detención.

Disiento de la afirmación del letrado presentante. Es una obligación de los operadores jurídicos ubicar los actos jurídicos y administrativos llevados a cabo por las autoridades del Estado Provincial en el momento histórico en que se sucedieron. Ello

sin emitir un juicio de valor moral o reproche sobre aquellos actos.

El Zoológico de la Provincia de Mendoza fue creado el 18 de mayo de 1903 mediante la promulgación de la Ley nro. 30 del año 1897. Es decir, las autoridades de hace más de un siglo atrás previeron la incorporación de distintas especies de animales en los recintos y jaulas del zoológico provincial. Así las cosas, fueron reunidas especies de osos, tigres, monos, chimpancés, aves, elefantes, etc., en las instalaciones del zoo.

Sin embargo, no podemos soslayar que, como regla de experiencia innegable, las sociedades evolucionan tanto en sus conductas morales, pensamientos y valores como así también en sus legislaciones. Hace más de un siglo atrás muchos de los derechos individuales que hoy en día se encuentran expresamente reconocidos por las constituciones de los distintos países y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos eran ignorados y, en algunos casos incluso, inadvertidos por la sociedad o, peor aún, denostados como los derechos concernientes a la perspectiva de género.

En la actualidad podemos ver cómo se ha tomado conciencia de situaciones y realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran conocidas ni reconocidas por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica situación sucede con la conciencia sobre los derechos de los animales.

No puede catalogarse de ilegítimo el acto jurídico llevado a cabo por las autoridades de 1897 en la creación del zoológico provincial toda vez que ese acto así como la incorporación de la chimpancé Cecilia se realizó en el marco de la legislación vigente y con un criterio propio de la época respecto de la exhibición de animales de distintas especies.

Expuestos sucintamente los principios inspiradores de la acción de Habeas Corpus debemos resolver si la vía intentada por la parte actora resulta correcta. Se trata de una cuestión, como

casi siempre sucede, de una textura de elementos normativos que conjugados permiten arribar a una definición. Vemos que el Art. 5º del Código Procesal Penal dispone: “Art. 5. Solución del conflicto. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.” En causas en las que está en juego el derecho colectivo a la preservación del patrimonio natural y cultural el juez actúa para “proteger efectivamente el interés general” (arg. art. 32 de la ley 25.675). La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Mendoza” (contaminación del río Matanza-Riachuelo) dijo respecto de la consagración expresa del derecho al medio ambiente en el art. 41 CN que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente...” (CSN, 20.06.06, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”, Fallos: 331:1622). En el mismo precedente la Corte dijo que “La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (considerando 18). Dijo también que en la tutela del bien colectivo ambiental “tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro” y señaló la relevancia de esa concepción para la solución del caso, en el que se alegaba que se trataba de “actos continuados”. (considerando 18 citado, primer párrafo). En nuestro caso, la

situación de hecho denunciada hace imperativo el dictado de una resolución judicial que proteja el valor colectivo en juego. La actividad que deteriora o daña el núcleo de valores y bienes colectivos comprendido en la amplia noción de ambiente debe cesar cuanto antes. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dijo que la prevención en el terreno ambiental tiene una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable (SCBA, 19.05.98, “Almada, Hugo N. c. Copetro S.A.”, JA 1999-I-pág.259, voto del Dr. Pettigiani, punto 6). No es posible, por tanto, postergar o negar una decisión de fondo que resuelva el conflicto y contribuya a restaurar la armonía social entre sus protagonistas (art. 5 CPP citado). c.- Para responder sobre la procedencia o no de la vía pretendida por la actora, previamente es necesario tratar el gran interrogante y el escollo insoslayable por el que ha de transitar la presente resolución: ¿Son los grandes simios –orangutanes, bonobos, gorilas y chimpancés- sujetos de derechos no humanos?

Al ingresar en el análisis del punto en cuestión resulta imprescindible referirse a la legislación civil actual. El art. 227 reza: *“Son cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.”*. El precepto reseñado engloba, conforme lo señala la doctrina, tres categorías distintas: Las que pueden desplazarse por sí mismas pueden ser animales, que se denominan semovientes; o cosas inanimadas que tiene incorporados mecanismos de propulsión para ser accionados por el hombre o por máquinas, como los automóviles, que se denominan locomóviles. (RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela; “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DE LA NACIÓN. COMENTADO. TOMO I", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 505)

La regla tradicional de consideración de los animales como cosa mueble, en tanto puedan desplazarse por sí mismas, se mantiene en el nuevo art. 227 del C.C.C. citado. Sin embargo, a poco de introducirse en el estudio de la clasificación de las cosas muebles, se observa que la doctrina nada dice sobre la discusión que aquí nos ocupa, dando por hecho que tanto el Estado como los particulares pueden tener bajo su dominio- propiedad a los animales dada su condición de cosas- semovientes.

El Código Civil y Comercial recientemente sancionado incorporó en el art. 240 los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y estableció *"El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1° y 2° debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial."* Esta norma guarda estricta relación y coherencia con la Ley General de Ambiente N° 25675 del año 2002. El artículo relativiza el ejercicio de los derechos individuales en función de la protección de los derechos de incidencia colectiva, que son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro.

De este modo, no escapa a quien suscribe que desde hace más de una década nuestra sociedad ha comenzado un proceso lento de concientización y aprendizaje sobre la incidencia que tiene el uso desmedido e ilegítimo de los bienes que componen el patrimonio de las personas privadas o públicas por lo que de antaño se viene imponiendo fuertemente la idea de protección y preservación del ambiente.

No obstante el avance, poco se ha preguntado el hombre qué sucede con los animales dentro del escenario natural en el que discurre la sociedad de los hombres. Menos aún, los operadores

jurídicos se han cuestionado, ya acercándonos al tema que nos ocupa: ¿Son los animales sujetos de derechos?

Para Llambías no resulta necesaria la definición de lo que es la persona humana dado que si “hay algo que no requiere definición...es el propio ser humano”. (RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela, Op. Citada, pág. 114). Sin embargo, disiento del prestigioso autor en tanto la categoría de persona debe necesariamente ser definida toda vez que en el ámbito del derecho se identifica el concepto de persona con el concepto de sujeto de derecho. Dada esta premisa, se sigue que ¿Solo el ser humano puede ser considerado como persona en tanto sujeto de derecho? ¿El hombre es el único que posee capacidad de derecho?

Siguiendo a los grandes pensadores de la filosofía como Aristóteles, se ha dicho que el ser humano se diferencia de los animales porque tiene la capacidad de relacionarse políticamente, es decir, crear sociedades y organizar la vida en ciudades. Es decir, hombres y animales seríamos todos de la misma especie, diferenciándonos los primeros por nuestra capacidad política.

Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil sub-clasifica a los animales como semovientes otorgándoles la “única” y “destacada” característica de que esa “cosa” (semoviente) se mueve por sí misma.

Ahora bien, es una regla de la sana crítica- racional que los animales son seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales

como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra-específica y emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas. (Ver fs. 200/209, 214/234, 235/240)

Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años.

Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales “sienten” ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal.

La doctrina nos ilustra respecto a las dos líneas teóricas que justifican el reconocimiento de los derechos de los animales: “En primer término se presentan las tesis de corte utilitarista que encuentran su primera formulación en el pensamiento de Bentham, quien postula como sujeto moral a todo aquel capaz de sentir placer o dolor, y ante la afirmativa eleva a sujetos de derechos a

todos aquellos que cumplan esta condición, comprendidos entre ellos los individuos del reino animal. En la misma línea, Salt por su parte aboga a favor del reconocimiento de los derechos de las razas animales inferiores. Este desarrollo teórico culmina con la obra de Peter Singer quien define el sufrimiento como característica vital a partir de la cual debe atribuirse la condición de sujeto de derecho. Propone un criterio “antiespecista”, solicitando un tratamiento igualitario entre todos los sujetos de derecho independientemente de su especie...La segunda vertiente teórica es la que podemos denominar ecología profunda y da fundamento al trabajo de Zaffaroni citado en el fallo de la C.F.C.P. Parte de la base de la hipótesis Gaia del Teólogo Leonardo Boff según el cual “La tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos una única realidad compleja. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas esas partes, sino organicidad entre ellas. Esta naturaleza o Pachamama como organismo vivo es para esta teoría titular de derecho y consecuentemente persona...”(MUÑIZ, Carlos M., “Los animales ante la Ley. De Objetos y Sujetos”, Ed. La Ley, AR/DOC/594/2016)

El autor citado critica ambas posturas por los vacíos legales que ambas producen. No obstante, considero que los vacíos legales no resultan fundamento razonable y suficiente para no dar el puntapié inicial a la controversia de si los animales deben ser considerados cosas o sujetos de derechos. No es una declaración dogmática y sobreabundante declarar a los grandes simios como sujeto no humano titular de derechos dado que la ley de fondo civil y comercial los declara expresamente cosas. No basta con la protección contra el maltrato animal y preservación de ellos. La desidia humana en la omisión del estudio y profundización sobre la calidad (o no) de sujeto de derecho no humano de los grandes simios conforma un comportamiento contrario al con-

cepto de dignidad humana, dado que el hombre debe atender a su preservación en la posteridad, la que depende primordialmente del ecosistema que la rodea. Y en él, claramente, están los grandes simios, con quienes compartimos entre el 94 y el 99% de ADN y quienes poseen características análogas al ser humano.

La dignidad humana es producto de una construcción y no algo impuesto y ello en base a la capacidad del hombre de ser racional. Tan así es que, por ejemplo, hasta no hace muchos años atrás la homosexualidad era considerada una desviación en el orden sexual, discusión que actualmente se encuentra ampliamente superada.

Cabe señalar que en el delito de maltrato animal regulado por la Ley nro. 14.346 el bien jurídico protegido es el derecho del animal a no ser objeto de la crueldad humana. La interpretación del fin perseguido por el legislador implica que el animal no es una cosa, no es un semoviente sino un ser vivo sintiente. La conclusión entonces, no es otra que los animales son sujetos de derecho, que poseen derechos fundamentales que no deben ser vulnerados, por cuanto detentan habilidades metacognitivas y emociones señaladas en los párrafos que anteceden.

La construcción moral y ética del hombre y su dignidad se encuentran en permanente evolución. El reconocimiento del hombre como individuo socializado, con aptitud de aprendizaje, lo ha llevado a entender que la naturaleza debe ser protegida y los animales no deben ser maltratados, sin perjuicio de que esa evolución- aprendizaje venga determinada por la encrucijada ambiental en la que se ha visto envuelto en las últimas décadas.

Al respecto el Dr. Pedro David, en comentario al fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina, Sala II, expresó “Pues bien, nunca el hombre se ha encontrado hasta aquí con una encrucijada histórica, donde su forma de vida en las sociedades más avanzadas económica y tecnológicamente está destruyendo el planeta, y con ello pone en riesgo su propia vida y las aguas, el clima, y la supervivencia de las especies. Por ese motivo, hoy, a través de valores de

solidaridad y cuidados con la creación, ellos son extendidos, de manera imperativa, legislativa y judicialmente, desde el plano internacional y en muchos países, a la mejor protección jurídica de aquellas especies como los orangutanes y bonobos, y delfines, y otras especies protegidas a las que hay que cuidar efectivamente desde las garantías de derechos propias de las personas. No en su totalidad de protección, sino en el modo y forma más efectivos de su propio cuidado y supervivencia. No se trata de eludir parches de protección circunstancial que den la apariencia de protección frente a la dilapidación del planeta que las legislaciones nacionales aún toleran, cuando no la fomentan..." (DAVID, Pedro, "NOTA SOBRE EL CASO DE SANDRA, SUJETO DE DERECHO NO HUMANO", Revista El Derecho Penal, El Derecho, ISSN 1667-1805)

Por ello, en la presente no se intenta igualar a los seres sintientes –animales- a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos y que ellos poseen un catálogo de derechos fundamentales que debe ser objeto de estudio y enumeración por los órganos estatales que correspondan, tarea que excede el ámbito jurisdiccional.

Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre.

No podemos soslayar que un gran sector doctrinario se alza en contra del reconocimiento de los animales como sujetos de

derecho resultando que, para algunos, no se explica cómo sería posible que aquéllos ejerzan sus derechos, en tanto que, para otros, los genes humanos serían aquéllos que determinarían la calidad de sujeto de derecho (especismo excluyente).

Entiendo que el primero de los argumentos debe ser rechazado toda vez que la incapacidad de derecho no excluye en la actualidad a aquellos seres humanos que carecen de la capacidad del lenguaje. Tal es el caso del sordomudo, quien no posee la capacidad del lenguaje sonoro y, no obstante, se comunica mediante el lenguaje de señas. Asimismo, podemos incluir dentro de los incapaces de derecho que son seres humanos a los oligofrénicos o dementes. No obstante que una conducta no le puede ser imputada a un ser humano no implica por ello desconocerle su condición de persona, tal es el caso de los recién nacidos.

Los derechos de los incapaces los ejercen sus representantes legales, que en el caso de los animales bien podrían ser representados por ONG, por alguno organismo del Estado o por cualquier persona invocando intereses colectivos y/o difusos.

En cuanto a la segunda postura, especismo excluyente, considero que los estudios científicos ponen en tela de juicio este argumento en tanto los genes humanos y los genes de los grandes simios son compartidos entre el 94 y el 96%, permitiendo de este modo cuestionarse fuertemente si nuestros genes resultan excluyentes y exclusivos.

El maestro civilista Guillermo Borda señala "...En otras palabras la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el "hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere –sobre todo muere- el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere". Aun en las "personas jurídicas" el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres. Por eso es que el derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desconocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades en que él desenvuelve sus actividades y sus derechos. No po-

dría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas a animales o cosas inanimadas” (BORDA, Guillermo A., “TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL”, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 243)

Adhiero a la afirmación expuesta por el autor citado ut supra en tanto señala que la persona –en tanto ser humano- no nace por obra y gracia del derecho o porque el Estado así lo decida. El ser humano es persona, sujeto de derecho, dado que es de carne y hueso, nace, sufre y muere, bebe y juega y duerme y piensa y quiere.

La mayoría de los animales y, concretamente, los grandes simios son también de carne hueso, nacen, sufren, beben, juegan, duermen, tienen capacidad de abstracción, quieren, son gregarios, etc. Así, la categoría de sujeto como centro de imputación de normas (o “sujeto de derecho”) no comprendería únicamente al ser humano sino también a los grandes simios –orangutanes, gorilas, bonobos y chimpancés.

Insisto, no se trata entonces de adjudicarles a los grandes simios los derechos enumerados en la ley civil y comercial. Tampoco es función de este órgano de control crear un catálogo de derechos de los grandes simios. Se trata de enmarcar a estos en la categoría de sujetos de derechos no humanos donde realmente pertenecen.

Edgardo I. Saux comentando el ya citado fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, citando a Picasso expone: “Y finalmente se pregunta –y lo compartimos: Personificar a los animales ¿No es precisamente poner al hombre en el centro del mundo y erigirlo en amo de la naturaleza? ¿No es una ilusión narcisista? ¿Por qué no pensar en cambio que respetarlos implica dejarlos en paz lo más que se pueda y evitar la crueldad innecesaria para con ellos, en vez de hacerlos involuntarios actores en el teatro del Derecho Humano? **Irrefutable**”. (La negrilla me pertenece). (SAUX, Edgardo. I, “PERSONIFICACIÓN DE LOS ANIMALES. DEBATE NECESARIO SOBRE EL ALCANCE DE CATEGORIAS

JURÍDICAS”, Ed. La Ley, Tomo La Ley 2016-B, AÑO LXXX N° 64, Buenos Aires, 2016, pág. 1/5)

Este Tribunal se pregunta sí frente al argumento calificado como irrefutable por el doctrinario, ¿No es ya el animal acaso un actor involuntario en el teatro del derecho humano? El interrogante es respondido inmediatamente por cualquier actor social. Los zoológicos son escenarios donde los grandes simios son expuestos a las visitas de los seres humanos los que abonan una suma de dinero para el acceso a estas instituciones. Los grandes simios nacidos en libertad son capturados y vendidos por grandes sumas de dinero, es decir, son un objeto involuntario del derecho. En consecuencia, los animales son actores involuntarios en el teatro del derecho humano. Reconocer a los grandes simios como sujetos de derechos es el mejor acto de inclusión como actores involuntarios en el campo del derecho que puede el ser humano realizar, no como ente narcisista sino en razón de la dignidad de la persona humana, que se erige como un ser que sabe que siente y piensa, y como ser pensante que reacciona y acciona ante este gran fenómeno observable y por demás evidente de que los animales no son cosas.

Posteriormente Saux señala que “...Ese correlato biológico-jurídico, indestructible e indefectible, se relaciona con facetas de la condición humana que es ajena al mundo animal “no humano”; la libertad y la voluntad. El derecho rige conductas, y las conductas son propias de las personas. Los animales se mueven por instintos, necesidades o hábitos, pero sus supuestas conductas no son judiciales”.

Este argumento, reitero, pierde fuerza convictiva y lógica en tanto algunos seres humanos carecen de voluntad y no por ello se los deja de considerar humanos. Más aún, decir que la libertad no es inherente al mundo animal es errado en tanto “la privación de la libertad” a la que se somete el animal no viene dada por naturaleza, es el hombre quien racionalmente captura, caza y coloca en cautiverio a los animales, pero éstos nacen en libertad y es el hombre quien los priva de ella.

“Es que el hombre tiene una naturaleza que lo pone más allá de su naturaleza: es un ser limitado que tiende constantemente a superar sus propios límites; es un ser organizado en el tiempo y en el espacio que su conciencia intencionada capta y trasciende. Es un ser histórico. Es en la historia que el hombre se hace y rehace continuamente. Historia humana, de otra parte, entretendida con el mundo. Realización del hombre a través de la transformación del mundo. Por esto, los valores deberán ser siempre replanteados, la sociedad debe ser en cada momento reformada: búsqueda incesante tras la meta de la liberación, de la humanización, del ser más. La condición histórica del hombre hace que la educación esté llamada a insertarse en la tarea de conquistar la forma humana que se nos presenta siempre más allá de la actual facticidad. El “aprender a ser” de la educación será, por esto, un proceso constante de liberación del hombre que redundará también en re-creación y transformación del mundo” (DAVID, Pedro, obra citada)

Resulta imprescindible resaltar que la Declaración Universal de los Derechos Animales, elaborada en el año 1977 por la UNESCO, y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, les reconoce a los animales derechos y, específicamente en su artículo nro. 4 prevé: “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 este derecho.”.

De este modo, en el ámbito internacional, se reconoce expresamente que los grandes simios entre otras especies tienen derecho a vivir en libertad.

El hecho que aquí nos ocupa es que en el Zoológico de la Provincia de Mendoza reside la chimpancé Cecilia de 20 años de edad en una jaula de pequeñas dimensiones, donde el sol da en pocas horas del día durante el invierno y acecha calor extremo durante el verano. Este Tribunal realizó una inspección sorpresiva al zoo de Mendoza y constató que Cecilia se encontraba en

un rincón del recinto dado que allí –únicamente- daba el sol, que el bebedero ubicado en el recinto estaba vacío y Cecilia contaba con unos pocos elementos como pelotas, sogas, ruedas de automóvil, etc., para su entretenimiento. Sin embargo, se pudo observar la triste y penosa imagen de que en las paredes de la jaula, las que eran de cemento, existían dibujos de árboles y arbustos, intentando torpemente imitar el hábitat natural del simio. Y se dice torpemente no porque el personal del zoológico no haya cuidado del animal sino porque escapa a las posibilidades financieras y edilicias de esta sociedad, otorgarle a Cecilia un ambiente realmente adecuado.

Dicho esto, surge un nuevo interrogante ¿Es una jaula, aun con grandes dimensiones, el lugar adecuado? Y la respuesta negativa brota de forma inmediata. Lo adecuado y correcto es que los hombres, con el grado de razón que nos asiste, cesemos con el cautiverio de los animales para su exposición y entretenimiento de personas, dado que éstos son sujetos de derechos no humanos y como tales poseen el derecho inalienable a vivir en su hábitat, a nacer en libertad y conservarla.

Cecilia nació en cautiverio y por ello nos hemos arrogado el derecho de disponer de ella y mantenerla en ese cautiverio para su exposición. Sin embargo debo destacar que las autoridades de la Provincia de Mendoza han reconocido la realidad de que no por ser el hombre un ser inteligente y sentiente –en tanto sabe que siente- puede inferir sufrimiento a otros seres vivos que carecen de esa característica netamente humana (inteligencia sentiente).

Las actuales autoridades de la Provincia de Mendoza en su conjunto, en una comprometida colaboración con la problemática que nos aqueja, han atendido a la imperiosa necesidad de ponerle fin al cautiverio de Cecilia mediante su reubicación en el Santuario de Sorocaba y, por tanto, han tomado las acciones necesarias para establecer contactos con las autoridades de Brasil y han obtenido los certificados necesarios para proceder a su traslado a Sorocaba.

En definitiva, aclarado y expuesto el criterio de este Tribunal el que ha quedado plasmado en la totalidad de los argumentos vertidos en la presente resolución, en tanto los grandes simios son sujetos no humanos de derecho, entiendo que corresponde hacer lugar a la petición de Dr. Pablo Buompadre, presidente de A.F.A.D.A, con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek.

Finalmente, corresponde reiterar el interrogante que dio comienzo a la presente resolución: ¿Es la acción de habeas corpus la vía procedente? Considero que la respuesta ha de ser afirmativa.

Dado que ni la regulación procesal de la provincia ni ley nacional alguna contemplan específicamente una vía procesal para evaluar la situación de animales en estado de encierro en establecimientos zoológicos o de cualquier condición de encierro en contrario a las necesidades básicas y al hábitat natural del animal de que se trate, considero que la acción de habeas corpus es la vía procedente ajustándose la interpretación y la decisión que recaiga a la situación específica de un animal privado de sus derechos esenciales en tanto éstos están representados por las necesidades y condiciones esenciales de la existencia del animal en cuyo favor se acciona.

Así las cosas, la acción de habeas corpus, en el caso que nos ocupa, ha de ajustarse estrictamente a preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente y en las condiciones propias de su especie.

Por lo tanto;

Resuelvo:

I.- HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales –A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek.

II.- Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano.

III.- Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil el que deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes.

IV.- Destacar la colaboración de la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General, el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial y el Lic. Eduardo Sosa Jefe de Gabinete de Secretaría de Ambiente, para la resolución del presente caso.

V.- Solicitar a los integrantes de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza proveer a las autoridades competentes de las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico tales como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza. VI.- Recordar las siguientes reflexiones: “Podemos juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales” (Immanuel Kant). “Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida” (Anatole France). “Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, sólo entonces será noble.” (Buda). “La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados.” (Gandhi)
CUMPLASE. NOTIFIQUESE. REGISTRESE

Dra. S. Amalia Yornet

Prosecretaria
Secretaria Interina