NÚM. 1 • PÁGS. 305-319 • NOVIEMBRE 2020

RECURSO DE PROTECCIÓN (ACOGIDO) CONTRA PARTICULAR, POR MANTENER EN SU DOMICILIO AL INTERIOR DE CONDOMINIO PERROS VIOLENTOS QUE HAN ATACADO A VECINA RECURRENTE

CAROLINA LEIVA ILABACA
ABOGADA, UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
MAGISTER EN DERECHO ANIMAL Y SOCIEDAD, U. AUTÓNOMA DE BARCELONA
DOCTOR © EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
CAROLINA.LEIVA@UAB.CAT

Con fecha 12 de agosto de 2019 la Corte Suprema, conociendo en apelación de un recurso de protección fallado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, acoge la acción constitucional de protección del derecho a la integridad psíquica e impone la adopción de determinadas medidas al titular de la tenencia de un perro mordedor, además de instruir a la autoridad sanitaria tener el fallo como suficiente requerimiento fundado para la calificación del can como potencialmente peligroso, de conformidad a la Ley N°21.020 Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía y su Reglamento[1].

I INTRODUCCIÓN

Con fecha 7 de octubre de 2019, la Corte Suprema ("la Corte") conociendo en apelación acogió la acción constitucional de protección impetrada por la recurrente en contra de un sujeto tenedor de dos perros de raza Pastor Polaco de Pohdale, fundado en la peligrosidad exhibida por uno de los canes y por su actuar omisivo como tenedor responsable y garante de la seguridad de su entorno, en incumplimiento de lo dispuesto al efecto por la Ley N°21.020, Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, y su Reglamento.

El recurso en cuestión versó sobre la protección del derecho a la integridad psíquica, consagrado en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República ("CPR"), derecho que se habría visto afectado a consecuencia del temor permanente que

1 Corte Suprema. Ugarte/Riquelme (07.10.19). Rol N°24.192-2019

habría producido en la recurrente la agresividad y descontrol del perro, el cual era paseado frecuentemente por espacios comunes del condominio en que ambas partes habitan. Este temor permanente fue considerado por la Corte como constituyente de afectación a la integridad psíquica, y la causa de dicho temor vendría dada por el ataque que el mismo can realizare previamente, en septiembre de 2018, en contra de la recurrente en áreas comunes del condominio y en presencia de sus hijos menores. Cabe agregar que dicho ataque causó a la autora un resultado de lesión menos grave en una de sus extremidades inferiores (herida de colgajo en pierna derecha).

A juicio de la Corte, el evento de la mordedura, sumado a la permanencia de los canes en el condominio y el paseo de éstos por áreas comunes, configuran motivo suficiente para considerar que aquejó a la recurrente un temor de una entidad factible de comprometer su integridad psíquica, afectación que, en definitiva, habría sido causada por la acción ilegal y arbitraria del recurrido consistente en su determinación de mantener a los canes en el condominio sin la adopción de determinadas medidas de seguridad y mitigación.

En su fallo, la Corte acoge el recurso y ordena la adopción de ciertas medidas (ya ofrecidas previamente en muy similar tenor por el recurrido) y ordena a la autoridad sanitaria tener el fallo como suficiente requerimiento fundado para la declaración de los canes como potencialmente peligrosos, de conformidad a lo dipuesto por el Decreto Nº1007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Reglamento de la Ley Nº21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía).

A modo de contexto, cabe agregar que el recurso de protección se encuentra consagrado en el art. 20 de la CPR[2]. Su objeto principal es el de cautelar el legítimo ejercicio de determinados derechos fundamentales (enumerados taxativamente en el citado artículo) cuando éstos fueren comprometidos vía privación, perturbación o amenaza por parte de un particular o de la autoridad pública a través de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias. Se trata, entonces, de una protección ante determinada situación de hecho que puede exhibirse como una privación (imposibilidad absoluta

2 Artículo 20 CPR: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada"

de ejercicio), una perturbación (dificultad de ejercicio) o una amenaza (posibilidad cierta de una futura privación o perturbación) al legítimo ejercicio de una garantía constitucional. Sus aspectos procesales se encuentran regulados a través del Auto Acordado 94/2015 de la Excelentísima Corte Suprema.

Como veremos más adelante en el presente comentario, el fallo de la Corte se exhibe como problemático en tanto, dicho en términos muy simples, resuelve un asunto vía protección que podría – o debería – haber sido resuelto adecuada y suficientemente por la institucionalidad legalmente creada al efecto por la Ley Nº21.020 y su Reglamento. En este sentido, la Corte no solo falla un asunto previsto por el ordenamiento jurídico como resolubre por la administración pública, sino que además lo hace sin hacer referencia alguna a porqué actúa en desmedro de la institucionalidad prevista y ninguneando todo le aparataje y engranaje institucional creado por las normas referidas.

II ANTECEDENTES

Para comprender de mejor forma el conflicto que se ventiló en estos autos – y comprender también de mejor forma aquello en que el fallo se exhibe como problemático –cabe relevar dos antecedentes que aportan de suyo contexto y forma. Me refiero, en primer lugar, a los aspectos de hecho que motivan y fundamentan el recurso y, en segundo lugar, a la existencia de normativa vigente en materia de tenencia responsable de animales de compañía que regula, precisamente, situaciones y conflictos como el de marras.

En primer lugar, los hechos narrados en el recurso dan cuenta de que el viernes 14 de septiembre de 2018, encontrándose la recurrente en la plaza del condominio en compañía de tres de sus hijos, fue atacada por uno de los canes pertenecientes a un vecino, un perro de raza Pastor Polaco de Pohdale, lo que le habría causado una herida de colgajo en la parte posterior del muslo derecho. El perro, previo al ataque, habría logrado soltarse de la sujeción con la cual era paseado (correa) y no habría portado bozal.

Da cuenta la recurrente además de que, con posterioridad al ataque, su marido se comunicó vía correo electrónico con el vecino tenedor de los perros dándole a conocer los hechos, a lo que éste habría contestado que, si bien mantendría a los animales en el condominio y que persistiría en los paseos por el mismo, adoptaría las siguientes medidas: a) uso de bozal en los paseos, b) castración del perro agresor, y c) la contratación de adiestradores para abordar el problema del comportamiento de los perros.

La actora consideró las medidas anunciadas por el tenedor de los animales como ineficaces ante el peligro que representaría su presencia y paseo por el condominio, por lo que recurre de protección.

Así, y en resúmen, los aspectos de hecho relevantes dan cuenta de que: a) un perro muerde a vecina en áreas comunes de un condominio; b) el responsable del can responde anunciando que tomará medidas de seguridad mayores a fin de evitar la ocurrencia de nuevos eventos; c) a la familia afectada no le parecen suficientes, y d) la familia decide recurrir de protección para lograr que los perros abandonen el condominio.

En segundo lugar, resulta importante poner de relieve que, al momento de ocurridos los hechos narrados por la recurrente, se encontraban plenamente vigentes las normas que regulan precísamente las materias ventiladas, prevén los supuestos de hecho expuestos y buscan dar solución a los mismos a través de la vía institucional.

La normativa a la que se hace referencia es aquella que desde el año 2017 regula de manera exhaustiva la tenencia de animales de compañía en Chile: La ley N°21.020[3] y su Reglamento, Decreto N°1007[4].

En efecto, la Ley N°21.020 toma a su cargo en exclusiva y de manera bastante exhaustiva la regulación de los derechos y obligaciones de los tenedores de animales de compañía, y crea además un andamiaje institucional especialmente destinado al control de su cumplimiento, conjuntamente con establecer los procedimientos a seguir tanto en su operatividad como para aquellos supuestos de incumplimiento. Por su parte, el Decreto N°1007 ahonda en detalle normativo y procedimental, detallando aún más la operatividad de la regulación[5].

El tercer y último cuerpo normativo que participa en la regulación de la tenencia responsable son las Ordenanzas Municipales, encargadas de regular la materia al interior de los respectivos territorios comunales. Así, la ley impuso a todas las municipalidades del territorio nacional la obligación de dictar – o actualizar, según su existencia o inexistencia previa – una ordenanza municipalidad de tenencia

3 Ley N°21.020. (02.08.17). Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía.

4 Decreto N°1.007, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (17.08.18). Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos.

5 Sobre la ley de tenencia responsable y sus implicancias iniciales, véase LEIVA, Carolina. Ley de tenencia responsable de mascotas y animales se compañía, No 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros. dA. Derecho Animal. Barcelona, España. 2018. 4(4):51-61.

responsable de conformidad a la Ley y el Reglamento[6] y dentro del plazo de siete meses desde la entrada en vigencia de la ley[7].

En la vereda institucional, la Ley N°21.020 y su Reglamento crean una verdadera institucionalidad administrativa en materia de tenencia responsable de animales de compañía, entregando una serie de facultades y obligaciones al Ministerio del Interior, a la autoridad sanitaria y a las municipalidades, y alojando la resolución de los conflictos que de su incumplimiento se derivaren en los juzgados de policía local[8], buscando con ello dar efectiva respuesta y solución a supuestos de hecho como los ventilados en la presente acción constitucional.

III EL RECURSO DE AUTOS. ASPECTOS BÁSICOS

A continuación se expondrán ciertos aspectos que se consideran como básicos para comprender el desarrollo procesal de la acción constitucional en comento. Se trata de 1. Qué fue lo que pidió la recurrente; 2. Cuáles fueron los hechos que la Corte tuvo por probados, y 3. Cuáles fueron las normas que la Corte tomó en consideración en el fallo:

1. LA SOLICITUD DE LA RECURRENTE

Ante la negativa del tenedor de los perros de mantenerlos en lugar distinto al condominio, y no considerando suficientes las medidas que anunció adoptaría, la recurrente acciona solicitando que se acoja el recurso y se ordene al recurrido:

> "que se lleve de su casa y del vecindario donde viven los recurrentes y el mismo recurrido, a todos los perros de la raza denominada Pastor Polaco de Podhale que mantiene, dentro de tercero día de ejecutoriado el fallo que acoja el presente recurso; o bien, en subsidio, que se ordene al recurrido someter a todos los perros que mantiene en su domicilio a un adiestramiento por Carabineros de Chile, fuera del vecindario, al día siguiente de que quede firme el fallo que acoja el presente recurso de protección, hasta que dicha entidad certifique que los perros no son peligrosos para el vecindario, sin perjuicio de las demás medidas que esta Corte juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar una debida protección a los afectados, todo ello con costas" (sic).

6 Op. cit. Ley N°21.020, Artículo 7°.

7 Op. cit. Ley N°21.020, Artículo cuarto transitorio.

8 En particular, la Ley establece en su art. 28 que la fiscalización del cumplimiento de esta, y de sus reglamentos asociados, corresponderá a las municipalidades y a la autoridad sanitaria, siendo competente para conocer de estos asuntos el juez de policía local.

2. LOS HECHOS QUE LA CORTE DIO POR PROBADOS[9]

a) Que el recurrido es el tenedor responsable de los canes raza Pastor Polaco de Podhale señalados en el recurso;

b) Que éstos, según informó Carabineros de Chile, se encuentraban en buenas condiciones de habitabilidad, "quedando demostrado que estos cuentan con espacio suficiente para su esparcimiento y enriquecimiento ambiental, contando además con las medidas de seguridad relacionadas a un cierre perimetral con muros de hormigón y rejas de material malla acma";

c) Que desde el 8 de febrero de 2019 los canes cuentan con microchip y control veterinario, especialmente la aplicación de vacunación antirrábica en una clínica veterinaria;

d) Que, conforme al correo electrónico intercambiado por el abogado de los recurrentes y el recurrido, uno de los canes de propiedad del recurrido lesionó a la recurrente VCP.

3. EL DERECHO

Si bien ya se consignó en el presente comentario cuál es la normativa concurrente en lo relativo al recurso de protección, al derecho a la integridad psíquica y también en lo relativo a la tenencia responsable, a continuación se expondrán las normas que la Corte tomó en especial consideración en el fallo[10]:

Primeramente, toma en consideración la Corte lo expuesto en el decreto 1007, titulo III denominado "De los especímenes caninos calificados como potencialmente peligrosos", en lo relativo a las vías por las que un individuo de la especie canina puede ser calificado como potencialmente peligroso[11], a saber:

a) Por la pertenencia a alguna de las razas que señala (Bullmastiff, Doberman, Dogo Argentino, Fila Brasileiro, Pitbull, Presa Canario, Presa Mallorquín, Rottweiler, y Tosa Inu) o a un ejemplar canino proveniente de la CRUZA en primera generación de un ejemplar de cualquiera de las razas señaladas y cualquier otra raza (art. 13);

b) Por la calificación de tal realizada por la autoridad sanitaria (art. 14), previo requerimiento fundado de un particular y mediante la concurrencia de

9 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando tercero.

10 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando cuarto y quinto.

11 La Ley N°21.020 define animal potencialmente peligroso como "toda mascota o animal de compañía que ha sido calificado como tal por la autoridad sanitaria, de acuerdo a la información científica disponible, la opinión de expertos y los parámetros mencionados en el artículo 6°, de conformidad con el procedimiento que fije el reglamento" (artículo 2° numeral 6).

fiscalizadores al lugar donde se encuentre el animal y que verifiquen que el individuo cumple con algunas de las condiciones que el mismo artículo establece[12].

c) Por la calificación realizada por el juez competente (art. 15)[13].

El mismo título regula a continuación algunos aspectos de la resolución de calificación de un animal como potencialmente peligroso (art. 16), básicamente en orden a permitir la posibilidad de disponer la esterilización del animal – si así lo estima la autoridad o el juez según el mérito de los antecedentes que obraren a su disposición –, además de regular los especiales efectos que produce la calificación cuando la causa de la misma fuere el haber causado cualquier tipo de lesión o la muerte a una persona[14], para finalmente regular las medidas de seguridad y protección que deberá cumplir todo tenedor de un animal calificado como potencialmente peligroso (art. 17).

Finalmente, estimó la Corte que concurre también en lo pertinente la Ordenanza Municipal de la Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea, Decreto Alcaldicio N° 1977, de 2016, sobre Medio Ambiente, instrumento que regula la tenencia responsable de animales en la comuna en su Título II, denominado "De la protección de los componentes ambientales a nivel local", párrafo 10°, "De los animales y Mascotas" (arts. 51 y 52)[15].

12 El art. 14 dispone, como condiciones para la calificación de potencial peligrosidad, las siguientes: a) Que tenga gran desarrollo de la masa muscular corporal y de los músculos masticatorios, además de gran volumen de cabeza, cuello y tórax (no aplicable a los perros de asistencia para personas con discapacidad); b) Que hubiera causado lesiones menos graves, graves, castraciones, mutilaciones o la muerte a una persona, y c) Que evidencie dos o más registros de mordeduras a personas en el Sistema de Registro de Animales Mordedores del Ministerio de Salud, aprobado por el decreto Nº 1, de 2014, Ministerio de Salud.

13 El Art. 15 dispone que "el juez competente, previa denuncia de un particular, podrá calificar como animal potencialmente peligroso a un espécimen canino que haya causado, al menos, lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie".

14 Impone al juez o a la autoridad sanitaria que realizare la calificación la obligación de decretar, como condiciones especiales de tenencia, la prohibición de adiestramiento para la agresión, la obligación de mantener a los animales en un espacio dotado de cerco seguro y adecuado a sus características fisiológicas y etológicas, la contratación de un seguro de responsabilidad civil, la esterilización obligatoria y, en caso de ser necesario, evaluaciones sicológicas de los dueños de dichos animales, con el fin de determinar si la tenencia pudiera representar un riesgo para la seguridad de las personas o el bienestar de los animales.

15 Toma la Corte en especial consideración lo dispuesto en el art. 51 inc. 1º, que dispone "los animales domésticos deberán permanecer en el domicilio de sus propietarios con el fin de no causar molestias o daños a los vecinos, no obstante podrán circular por las vías públicas con collar y correa"; en concordancia con los dispuesto en el art. 52, en orden a que "queda prohibido la presencia de animales en la vía pública sin su dueño, pudiéndose sancionar a su propietario de acuerdo a la reglamentación vigente, sin perjuicio de que puedan ser retirados por la autoridad sanitaria correspondiente".

IV EL FALLO

La Tercera Sala de la Corte Suprema acogió el recurso en base a los siguientes argumentos:

d) Sobre su competencia para intervenir en el asunto de autos a través de la acción constitucional. Considera la Corte como factible la posibilidad de que se adopten medidas extraordinarias en el fallo de un recurso de protección en base al principio-deber "cautelar" o "protector". Sustenta esta afirmación en que "la acción de protección constituye la adjetivación del principio cautelar, o principio protector de rango constitucional, y en cuya virtud la Administración del Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias que permita a los administrados ejercer sus derechos en plenitud para lo cual se les permite adoptar medidas extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vean amenazados, perturbados o amagados por acciones u omisiones de terceros" (sic)[16].

e) Sobre la peligrosidad de los perros. Estima que, si bien los canes no corresponderían a unos de razas o híbridos calificados como potencialmente peligrosos por el Reglamento, sí sería posible considerarles como tales por el cumplimiento de algunas de las condiciones establecidas en el artículo 14 del mismo[17].

f) Sobre la concurrencia de acción u omisión por parte del recurrido. Considera la Corte que, de los antecedentes de hecho que obran en autos y haciendo particular mención a la agresión sufrida por la recurrente y la respuesta ante los hechos manifestada por el recurrido vía correo electrónico, conjuntamente con el informe de Carabineros de Chile que daría cuenta de un mal manejo y control del animal, "resulta indudable la ocurrencia de una acción u omisión de parte del recurrido con relación a la tenencia y custodia de dos canes de su propiedad, que han perturbado y/o amenazado el derecho a la integridad física y psíquica de aquellos en cuyo favor se ha enderezado la presente acción constitucional" (sic)[18].

g) Sobre la ilegalidad o arbitrariedad. Las omisiones en que habría incurrido el recurrido devienen, a juicio de la Corte, en arbitrarias e ilegales por cuanto "han sido la causa y fundamento inmediato de la lesión menos grave que uno de ellos ocasionó a la recurrente, lo que indudablemente afectó su integridad psíquica" (sic)[19].

16 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando cuarto.

17 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando sexto.

18 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

19 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

h) Sobre la suficiencia de las medidas ofrecidas por el recurrido y la amenaza de la repetición de los hechos. Que, a juicio de la Corte, las medidas consistentes en la instalación de microchip y la vacunación antirrábica no son medidas suficientes para asegurar que los hechos no vuelvan a ocurrir, ya que no se trata de desconocer quién es su propietario o tenedor, como tampoco el temor por el contagio de alguna enfermedad, sino que subsiste el "temor permanente que produce en los recurrentes el descontrol y agresividad del animal, que es paseado por las áreas comunes del condominio donde también vive el recurrido. De este modo, además del daño causado, existe una amenaza seria en orden a que hechos como los denunciados se repitan en el futuro, sin que conste que el recurrido haya adoptado alguna medida en concreto idónea para tales propósitos (...) Todo ello importa un acto ilegal y arbitrario del señor RK, que afecta la integridad psíquica de los recurrentes, protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, desde que ello implica que el recurrido, pudiendo hacerlo, no adoptó las medidas necesarias en resguardo de los derechos de toda persona de transitar en espacios abiertos, sin temor a ser atacado por un espécimen canino" (sic)[20].

Finalmente, la Corte acoge el recurso de protección interpuesto, instruyendo las siguientes medidas[21]:

1º El recurrido deberá someter a sus canes a adiestramiento especializado por el tiempo que sea necesario para superar las conductas agresivas que motivaron el recurso, a iniciarse dentro del término de treinta días;

2º La certificación por parte del personal municipal competente de que los canes se encuentran resguardados adecuadamente (al interior del domicilio del recurrido), cumpliendo con las condiciones técnicas necesarias para evitar posibles escapes, y

3º Orden a la autoridad sanitaria a efectos de que tenga el presente recurso como suficiente requerimiento fundado de calificación como potencialmente peligroso respecto de los canes del recurrido (ambos), debiendo constituirse un fiscalizador en el domicilio a efectos de verificar las circunstancias mencionadas en el art. 14 del Reglamento e instruir al recurrente sobre el adecuado manejo y control del animal.

20 Op. cit. Corte Suprema, Rol Nº24.192-2019. Considerando octavo.

21 Op. cit. Corte Suprema, Rol Nº24.192-2019. Considerando noveno.

V COMENTARIOS AL FALLO

En lo que sigue me centraré en aquellos puntos que considero se exhiben como mayormente problemáticos del presente fallo y que van, básicamente, por dos cauces: 1) si el recurso era la vía adecuada y necesaria para resolver el asunto, y 2) la forma – insatisfactoria – en que la Corte infiere y da por probados ciertos hechos, y las conexiones que establece al efecto.

1. ¿ERA EL RECURSO DE PROTECCIÓN LA VÍA ADECUADA PARA RESOLVER EL ASUNTO?

Si bien es posible considerar que la Corte resolvió de manera efectiva el asunto, queda en evidencia que ello trajo aparejada una víctima: la institucionalidad creada por ley precisamente para hacerse cargo del mismo.

Como señalé previamente en el presente comentario, la Ley N°21.020 y su Reglamento han tenido desde su concepción el objeto de regular, de manera exhaustiva y para todo el territorio nacional, la tenencia responsable de animales de compañía, y es posible estimar que, luego de casi diez años de trámite legislativo, ese objetivo se cumplió. Sin perjuicio de las diversas críticas[22] que admite la regulación, ésta sin duda cubre los diversos espectros de la materia y crea una robusta institucionalidad administrativa encargada de poner en marcha, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de sus normas por parte de los distintos actores.

Es por esta razón que, luego de la lectura del fallo, no deja de llamar la atención que la Corte decidiere conocer del asunto y fallarlo, por una parte, sin hacer referencia alguna a esta sectorización institucional, por otra (algo que sólo hace a la hora de ordenar a la autoridad sanitaria tener el recurso como suficiente requerimiento fundado para la declaración de la potencial peligrosidad de los animales en cuestión).

Hay aquí dos puntos que se advierten como problemáticos. Por una parte, lo que podríamos llamar la oportunidad en el conocimiento del recurso y por otro, el ninguneo a la ley y a la institucionalidad que en virtud de la misma debería mediar en el conflicto.

En lo relativo a la oportunidad. Un asunto relevante y nada pacífico en la doctrina es aquel que dice relación con la subsidiariedad, o no, de la acción constitucional de protección. Mientras una parte de la doctrina asegura que el recurso puede ser interpuesto y operar aún cuando existan otros medios adecuados en el resto del

22 En este sentido, Op. cit. LEIVA, Carolina (2018).

ordenamiento jurídico[23], otro sector de la doctrina estima que el recurso debería operar sí y sólo sí los restantes medios contemplados por el ordenamiento jurídico resultaren insuficientes o inadecuados para el restablecimiento del derecho privado, perturbado o amenazado[24].

Así, mientras algunos interpretan la expresión "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" contenida en el art. 20 de la CPR como una declaración en orden a que se trata de "una acción constitucional principal y autónoma, operando como un remedio de urgencia ante la vulneración a través de actos u omisiones arbitrarias de los derechos fundamentales"[25] y, por tanto, accionable aún existiendo otras vías no exploradas al efecto en el ordenamiento jurídico; otros autores interpretan dicha frase más bien simplemente como calificadora de la naturaleza jurídica de la sentencia que sobre el recurso recae. En esta última línea reflexiva, sostienen JANA y MARÍN que "en el contexto de las características procesales que en este trabajo hemos atribuido al recurso de protección, aparece más razonable otorgar a esta expresión el alcance que, en definitiva, el fallo de protección no se encuentra amparado por la autoridad de cosa juzgada sustancial, pudiéndose con posterioridad, discutir nuevamente el asunto[26]", abriendo así la posibilidad a una interpretación acorde a la concurrencia del principio de subsidiariedad[27].

Ahora bien. Sin adoptar una postura cerrada respecto a si el recurso de protección es o no uno que admita afirmar a su respecto que se aplica el principio de subsidiariedad, entendido como la necesidad de agotar toda instancia previa que pudiere resolver el conflicto – en tanto dicho compromiso escapa al objeto del presente comentario – sí es posible preguntarse: ¿Era ésta la sede adecuada para resolver el asunto? ¿Era esta la sede necesaria para restablecer el imperio del derecho? Si no había sido activado previamente el aparataje institucional dispuesto al efecto, ¿es factible decir que el imperio del derecho debía ser restablecido? ¿Es que efectivamente para el

23 A modo de ejemplo, véase NOGUEIRA, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. ***Ius et Praxis.*** Talca, Chile. 2007. 1(13):75-134.

24 ZÚÑIGA, Francisco. A propósito de la "agonía" o "muerte" del Recurso de Protección Ambiental. ***Escuela de Postgrado.*** 2015. 7:15-42.

25 NOGUEIRA, Humberto. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. ***Ius et Praxis.*** Talca, Chile. 2010. 1(16):219-286.

26 JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. ***Recurso de protección y contratos.*** Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. p. 239.

27 En este mismo sentido también: Op. cit. ZÚÑIGA (2015) y BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho. 2006. 2(14):205-228.

asunto de autos los restantes medios contemplados por el ordenamiento jurídico resultaban insuficientes o inadecuados para el restablecimiento del derecho privado, perturbado o amenazado?

Aparentemente, la recurrente desconocía las posibilidades de resolución y manejo de conflicto que dispone en la materia la Ley N°21.020 y su Reglamento, ya que no hizo referencia alguna a ello en su acción, pero lo mayormente complejo es que tal cosa no fue tampoco puesta de manifiesto por la Corte, pese a que habría parecido positiva alguna referencia a que el camino procesal y sustantivo a seguir sería el que establece la normativa específica, camino que habría sido ciertamente menos costoso para la recurrente y para la Administración de Justicia.

La Corte corola su intervención invocando al que denomina "principio – deber cautelar o protector", consignándolo como aquel que le impone la obligación de "adoptar todas las medidas necesarias que permita a los administrados ejercer sus derechos en plenitud para lo cual se les permite adoptar medidas extraordinarias que posibiliten restablecer el equilibrio, cuando el ejercicio de dichos derechos se vean amenazados, perturbados o amagados por acciones u omisiones de terceros" (sic). No deja de resultar en extremo bizarro que la misma Corte invoque este principio indicando que obliga a la "Administración del Estado" (considerando cuarto), justificando así su intervención en el asunto, cuando ella es la cabeza jerárquica de la Administración de Justicia y no de la Administración del Estado, que es la precísamente llamada por la ley a tomar a su cargo la resolución de este asunto en particular.

En la misma línea nos encontramos el asunto del ninguneo a la normativa y a la institucionalidad vigente. Como ya se ha expuesto, mientras existe una normativa que regula de manera específica la materia, la Corte acude a ella sólo en búsqueda del camino legal para determinar si el animal era o no potencialmente peligroso, pero desconoce (vía nula referencia a ello) el rol que habría cabido a la institucionalidad llamada al efecto si hubiere intervenido. Así entendido, se torna difícil la comprensión de una Corte que interviene de manera urgente para el restablecimiento del imperio del derecho cuando, en definitiva, la intervención del derecho a través de su institucionalidad establecida al efecto no fue siquiera requerida. Entonces ¿la Corte Suprema restableció qué?

Reconoce sí la Corte la competencia de la institucionalidad administrativa en la materia, pero sólo una vez y para ordenar a la autoridad sanitaria –competente para calificar a un perro como potencialmente peligroso – tener el presente recurso como requerimiento fundado para dicha declaración, de conformidad al art. 14 del Reglamento (situación, por lo demás, prevista para la actuación de un particular, no de un tribunal).

Este ninguneo a la institucionalidad se advirte también al momento del decreto de medidas. Las medidas cuya implementación ordena la Corte son las mismas que derivarían de la declaración de animal potencialmente peligroso por la vía procedimental prevista por la Ley y el Reglamento al efecto y, a mayor abundamiento, coinciden además con las medidas anunciadas por el recurrido en el correo electrónico de su autoría que obra en autos.

Así las cosas, nos encontramos frente a un fallo que, si bien no incurre en una abierta y flagrante aberración jurídica – ya que efectivamente pareciera haber dado remedio satisfactorio a la problemática planteada por la recurrente – no deja de parecer un tanto innecesaria y desproporcionada en su resolución vía acción constitucional de protección.

2. SOBRE LAS INFERENCIAS PROBATORIAS DE LA CORTE (O LA FALTA DE ELLAS)

Finalmente, no deja de llamar la atención la manera en que la Corte realiza ciertas inferencias probatorias.

A modo de ejemplo, podemos citar la aseveración que realiza cuando califica al "temor permanente que produce en los recurrentes el descontrol y agresividad del animal, que es paseado por las áreas comunes del condominio donde también vive el recurrido" (sic) como suficiente afectación a la integridad psíquica[28] ¿Cómo es que el temor que genera la posibilidad de encontrarse con un perro mordedor es capaz de perturbar el derecho fundamental a la integridad psíquica, en magnitud tal que la única manera de poner término a dicha perturbación sea vía acción constitucional de protección?

Otro ejemplo que provee el fallo es aquel en que la Corte señala que "las omisiones en que incurrió el recurrido en la tenencia y custodia de sus mascotas, devienen arbitrarias e ilegales, pues han sido la causa y el fundamento inmediato de la lesión menos grave que uno de ellos ocasionó a la recurrente, lo que indudablemente afectó su integridad psíquica"[29]. La aseveración de que una determinada omisión es arbitraria e ilegal por cuanto es la causa y fundamento de una lesión menos grave, y que ello indudablemente ha afectado la integridad psíquica no es ni puede ser vista como pacífica e incontrastable, simplemente porque de una cosa no se sigue la otra.

Una acción u omisión no es ilegal y/o arbitraria en orden a sus consecuencias, sino que lo es en razón de su motivación y a si es, en sí misma, contraria a derecho. Por otra parte, que ello "indudablemente ha afectado la integridad psíquica" tampoco es una afirmación necesariamente cierta ni evidente y requeriría, por cierto, de algún tipo de elemento probatorio que demostrare la concurrencia de dicha afectación (como sería, por ejemplo, un diagnóstico psicológico o psiquiátrico).

28 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando octavo.

29 Op. cit. Corte Suprema, Rol N°24.192-2019. Considerando séptimo.

De esta forma, las aseveraciones de la Corte recién citadas, sin ser necesariamente incorrectas, sufren de una carencia total de inferencias probatorias, lo que las aleja, de suyo, de la posibilidad de ser consideradas como correctas, llegando a exhibirse incluso como falaces y antojadizas.

VI CONCLUSIONES

De la lectura y análisis del fallo objeto del presente comentario podemos extraer, a modo de conclusión, las siguientes:

a) La importancia y valor de la Ley N°21.020 y su Reglamento como herramientas adecuadas para la resolución de los conflictos que se generan en torno a la tenencia de animales en entornos urbanos, que a la luz del presente recursos aparecen como suficientes y probablemente más eficaces y eficientes que la vía por la cual optó la recurrente.

b) Que, siguiendo la línea del punto anterior, aparece como adecuado quizás haber desestimado el recurso al momento del examen de admisibilidad, esto en base a la existencia de instancias específicamente establecidas por la ley para conocer del mismo asunto – como tantas veces lo han hecho las Cortes para situaciones que incluso parecieran revestir una mayor urgencia y envergadura – por cuanto ello, a la luz de los antecedentes de autos, en caso alguno habría implicado denegación ni dilación de justicia, en tanto habría sin duda sido cubierto por la mediación de la institucionalidad vigente.

c) Que resulta fundamental una correcta educación y capacitación de la ciudadanía respecto a la institucionalidad y al derecho vigente en general, por cierto, pero en particular en aquellas materias que les afectan de manera directa y en la más profunda cotidianidad, como es el caso de marras. Una ciudadanía informada pareciera ser una de las claves para una sociedad compuesta por miembros comprometidos y respetuosos con su entorno.

d) Por último, merece mención destacar la evolución que ha experimentado nuestra sociedad y su derecho en el tratamiento que dispensa a los animales y, en particular, a los de compañía. Luego de decenios en que una situación de hecho como la que motiva el presente recurso muy probablemente habría acarreado como resultado la muerte del animal considerado como agresor, hoy el derecho reconoce que la responsabilidad por los hechos del animal corresponde a su tenedor responsable, aquella persona poseedora de deberes tanto respecto de los demás miembros de la comunidad como respecto de los animales a su cargo y quien es la llamada en definitiva a velar por el bienestar del animal cuya titularidad detenta y por la seguridad y el bienestar de su entorno.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho*. 2006. 2(14):205-228.
- JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Recurso de protección y contratos*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- LEIVA, Carolina. Ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, No 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros. *dA. Derecho Animal*. Barcelona, España. 2018. 4(4):51-61.
- NOGUEIRA, Humberto. El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2007. 1(13):75-134.
- NOGUEIRA, Humberto. La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Ius et Praxis*. Talca, Chile. 2010. 1(16):219-286.
- ZÚÑIGA, Francisco. A propósito de la "agonía" o "muerte" del Recurso de Protección Ambiental. *Escuela de Postgrado*. 2015. 7:15-42.

NORMATIVA CITADA

- Constitución Política de la República de Chile. 1980.
- Decreto Alcaldicio N° 1977, Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea. Chile (02.06.16). Ordenanza Municipal sobre Medio Ambiente.
- Ley N°21.020. Chile (02.08.17). Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía. Ministerio de Salud.
- Decreto N°1.007. Chile (17.08.18). Reglamento que establece la forma y condiciones en que se aplicarán las normas sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía y determina las normas que permitirán calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema. Correa Prado con Riquelme Kussner. Recurso de Protección. (07.10.2019) Rol N° 24.192-2019.