

ANIMALES... ...¿EN PELIGRO DE EXTINCIÓN O EN PELIGRO DE QUE LOS EXTINGAMOS?*

Gustavo Rodríguez García**

“-Sí- dijo el zorro-. Para mí no eres todavía más que un muchachito semejante a cien mil muchachitos. Y no te necesito. Y tú tampoco me necesitas. No soy para ti más que un zorro semejante a cien mil zorros. Pero si me domesticas, tendremos necesidad el uno del otro. Serás para mí único en el mundo. Seré para ti único en el mundo...”
ANTOINE de SAINT-EXUPERY (El Principito)

RESUMEN

El presente artículo expone la problemática de los animales en peligro de extinción desde la perspectiva del Law & Economics. Así, en lugar de abogar por mecanismos legales orientados hacia la protección estatal de los animales (entendidos como una

* Quiero agradecer la apreciada colaboración del profesor Richard A. Epstein; por sus valiosos e ilustrativos comentarios. Asimismo, dejo constancia de la influencia de Enrique Ghersi, quien con sus ideas ha inspirado este trabajo. Dejo constancia, sin embargo, de que todo error es exclusivamente imputable a mi persona. Trabajo decepcionado el 20 de enero de 2008, y aprobada su publicación el 18 de mayo de 2008.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diploma de Post Grado en Derecho de las Concesiones y de la Infraestructura por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Diploma de Post Grado en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Graduado del Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política de la George Washington University, la Corporación Andina de Fomento y la Maestría en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador de ASAED – Asociación de Análisis Económico del Derecho. Correo electrónico: grodriguez.gustavo@gmail.com.

suerte de patrimonio de la humanidad), el autor sustenta las razones por las cuales se debería someter a los animales en peligro de extinción a un régimen de propiedad privada mediante el cual se generen incentivos para el cuidado de los mismos y para la productividad.

PALABRAS CLAVE

Propiedad Privada; Animales; Especies en Peligro de Extinción; Desarrollo Económico.

ABSTRACT

This paper presents the issue of endangered species from a Law & Economic's perspective. In this way, instead of defending the creation of legal mechanisms oriented to public protection of animals (seen as a heritage of humanity), the author maintains the reasons why animals should be considered under a private property regime that provides incentives for their care and for productivity.

KEY WORDS

Private Property; Animals; Endangered Species; Economic Development

¿Se ha puesto a pensar en la razón por la que los gatos y los perros no se encuentran en peligro de extinción? ¿Qué pasaría si el día de mañana se declara que los pollos se encuentran en riesgo de desaparición? Hace ya algún tiempo tuvimos la oportunidad de escribir un breve ensayo¹ en el cual exponíamos que, en verdad, la razón principal por la que el terrible fenómeno del peligro de extinción de algunos animales venía acrecentándose, era originado por una errónea concepción que parte de la premisa de que los animales son bienes públicos que no deben ser apropiados por las personas. En efecto –y a diferencia de lo que podría creerse– un análisis detenido del problema nos permite plantear que, quizás, la propiedad privada resulta ser la clave para afrontar la problemática planteada. De la misma forma, consideramos que una propuesta que apueste por la propiedad privada, tiene no solo un fundamento teórico sólido sino un basamento ético innegable.

¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. “Análisis Económico del Derecho y Animales en Peligro de Extinción: o de cómo algunos ecologistas deberían extinguirse”. Artículo Ganador del Primer Puesto en el Concurso de Artículos Jurídicos para el Boletín “Desde la PUCP”; organizado por la Asociación Ius Et Veritas. 2005.

I. REPASANDO LA FUNCIÓN DE LOS *PROPERTY RIGHTS*.

No es un secreto que la Propiedad Privada tiene una importancia capital en el desarrollo económico de una sociedad. En un sistema en el que no existe una propiedad claramente definida; y que se encuentra regido por un esquema comunal de titularidad de los bienes; el caos es perfectamente predecible. Todos pretenden maximizar sus beneficios aprovechándose de lo que, en estricto, es de “todos y de nadie”. Esta racionalidad elemental ha sido ampliamente trabajada por el *Law & Economics*; y tiene una indiscutible fuerza para explicar diversos problemas contemporáneos.

El sistema de *property rights* pretende la asignación a los individuos de una titularidad exclusiva sobre el bien materia de la misma. Este sistema, se ha señalado, debe caracterizarse por tres notas esenciales: la universalidad, la exclusividad y la transferibilidad. La primera nota determina que todos los recursos deben ser poseídos por alguien; la segunda nota, permite garantizar la exclusión de aquellos que no ostentan la titularidad; finalmente, la transferibilidad garantiza que los recursos puedan pasar de los usos menos valiosos a los más eficientes, mediante intercambios voluntarios. En general, “los *property rights* son la condición necesaria para la asignación eficiente de los recursos y, desde el punto de vista individual, la que hace posible alcanzar la máxima utilidad”².

En efecto, “es importante tener en cuenta que los derechos de propiedad suponen el derecho a que el titular u otra persona obtengan un beneficio o resulten perjudicados (...) así pues, los derechos de propiedad especifican en qué forma las personas pueden obtener beneficios o pérdidas, y por tanto, quien debe pagar a quien para que unas personas cambien su modo de actuación”³. En dicha línea, los *property rights* cumplen una función delimitadora entre quienes se encuentra autorizados al aprovechamiento del bien sobre el que recae la titularidad, y quienes se encuentra excluidos de dicho ámbito; estando obligados a negociar con los titulares a efectos de beneficiarse también.

La propiedad, de la forma en que venimos explicándola, resulta ser “un conjunto de derechos sobre los recursos que el propietario puede ejercer con libertad y cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros. La propiedad crea, así, una zona de privacidad en la que los propietarios pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder a

² TÓRRES LÓPEZ, Juan. “Análisis Económico del Derecho”. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1987. Pág. 48.

³ DEMSETZ, Harold. “Towards a Theory of Property Rights”. En: Información Comercial Española. No. 557. Madrid. 1980. Pág. 59.

otros²⁴. Los *property rights* permiten que los titulares de los bienes, inviertan en el cuidado de su propiedad particular; como veremos en seguida.

Un ejemplo citado por Alfredo Bullard, resultará ilustrativo. Se nos cuenta que “en África, en las regiones del sur del Sahara viene desarrollándose un tragedia de dimensiones colosales. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado amenazando, en palabras del ex-secretario general de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, “...con borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos”, trayendo hambre y desolación. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Pero esto no siempre fue así. Durante el Imperio Romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. No existen variaciones climáticas que puedan explicar la desertización producida desde la época romana.

Este cambio es atribuido por Burton a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. En la actualidad, como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes. La consecuencia final es el avance imparable del desierto. Por el contrario, durante la invasión romana existió un régimen de propiedad privada donde cada titular podía excluir a los demás del uso de la porción de la tierra que se le asignaba. Así, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba que el sobrepastoreo convirtiera su tierra en inservible²⁵.

Este ejemplo, permite constatar la importancia de los *property rights* como instrumentos de generación de incentivos al cuidado de las titularidades. En efecto, si yo tengo una casa de playa que empleo intermitentemente durante algunos días de verano, y en la cual invierto considerables sumas de dinero para su adecuada conservación, pero a la que todos pueden acceder cuando yo no me encuentro en ella de forma libre, aprovecharse de sus comodidades, ensuciarla a discreción sin invertir un solo céntimo en ella, mi incentivo para cuidar la casa de playa se reduce considerablemente. El valor de mi titularidad se encuentra seriamente afectado por el comportamiento de los *free riders*⁶ que no puedo excluir.

⁴ COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. “Law and Economics”. Harper Collins Publishers. 1988. Pág. 104.

⁵ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Un Mundo Sin Propiedad: Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble”. En: Derecho. No. 45. Lima. 1991. Pág. 131 – 132. En este fragmento, el autor cita y comenta el ejemplo expuesto por John Burton en el prólogo del libro “El Mito del Costo Social” de Steven Cheung.

⁶ Un *free-rider* es aquél que se beneficia de un bien determinado sin haber contribuido a su financiación o que impone externalidades negativas al resto sin asumir el costo de sus conductas. Un interesante trabajo para revisar, es

De esta forma, la asignación de *property rights* a favor de una persona determinada, le confiere facultades de aprovechamiento pleno sobre la titularidad que ostenta. Evidentemente, dichos beneficios se reducirán cuando exista una definición inadecuada de los *property rights* o cuando el ordenamiento jurídico no proporciona la seguridad jurídica de que dichos derechos serán plenamente amparados. Así, “la consecuencias económicas y financieras de la falta de certeza legal son profundas. El agricultor no puede hipotecar su propiedad en donde no existe una infraestructura legal que proteja su propiedad (...) y si no puede hipotecar su propiedad, no puede solicitar préstamos para mejorar su propiedad, o para comprar más tierras o para iniciar un nuevo negocio”⁷.

En dicho sentido, la propiedad tiene una sólida base ética en tanto su correcta delimitación conlleva al progreso, a la innovación, al desarrollo humano y a la riqueza individual. Como se ha dicho acertadamente, “la vigencia de la propiedad establece incentivos, pone de manifiesto señales, coordina los usos alternativos de los recursos escasos, protege derechos y atiende una función social de una notable potencia para incrementar ingresos y aliviar necesidades”⁸. Como veremos en seguida, “la propiedad permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del bien”⁹.

Ahora imaginemos, como el caso de nuestra casa de playa, que nos encontramos en un escenario de propiedad comunal. “x” tiene la titularidad del bien pero “y” puede apropiarse de los beneficios de esa misma titularidad sin costo alguno o a costos sumamente inferiores a los incurridos por “x” para la conservación del bien. Como maximizador racional de beneficios, “y” tiene incentivos para sacarle el máximo provecho al bien de “x” a costos reducidos. Por otro lado, “x” incurre en costos de inversión del bien compartiendo los beneficios con “y”. Sin embargo, el aprovechamiento de “y” apresurarán el deterioro del bien e impondrá externalidades negativas que deberá asumir “x”. Se habrán incurrido en altos costos de inversión asumidos por uno para beneficio de ambos.

el de BENEGAS LYNCH, Alberto (h) titulado “Bienes Públicos, Externalidades y los *Free-Riders*: el argumento reconsiderado”.

⁷ DAM, Kenneth W.. “Land, Law and Economic Development”. John M. Olin Law & Economics Working Paper. No. 272. Chicago Law School. Enero 2006. Pág. 3.

⁸ BENEGAS LYNCH, Alberto (h). “¿Por qué el Derecho de Propiedad?”. Disponible en la Página Web de la Fundación Friedrich A. von Hayek (www.hayek.org.ar). Pág. 5.

⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “La Propiedad Inconclusa”. En: *Ius Et Veritas*. No. 29. Lima. 2004. Pág. 100. El autor señala acertadamente que, “cuando el titular tiene un derecho de exclusiva, puede apropiarse de la integridad del beneficio que genera el bien. Al ocurrir ello tiene el incentivo a realizar las inversiones necesarias para generar el beneficio, con lo cual se motiva la producción”.

Esta situación representa lo que Hardin evidenció con su famoso ejemplo del pastizal abierto a todos (es decir, una suerte de propiedad comunal)¹⁰. Un típico caso de “la tragedia de los comunes”, que elimina los incentivos para la inversión unilateral por parte del propietario ante el estratégico aprovechamiento por parte de *free-riders* en un esquema comunal. De esta manera, se retrasa el progreso, se desperdician recursos y se genera pobreza, condenando a los bienes sometidos a un esquema de apropiación libre a la ruina y la extinción definitiva.

Ello explica la razón por la que se ha afirmado lúcidamente que “un sistema de propiedad privada proporciona el derecho de exclusiva a los individuos para usar sus recursos como lo crean conveniente y transferirlos voluntariamente. Dicho sistema prohíbe el empleo de la fuerza y fomenta la cooperación. En efecto, la competencia económica es un sistema de cooperación social. Cuanto más amplia y fuerte sea la protección a los derechos de propiedad privada, los precios destinarán los recursos de forma más efectiva, y cuanto más efectivamente estén destinados los recursos, mayor será la creación de riqueza”¹¹. En buena cuenta, una eficiente asignación de derechos de propiedad, permite que los recursos escasos sean asignados eficientemente a un precio también eficiente.

Desde luego, toda nuestra exposición sobre la necesidad de un sistema eficiente de *property rights* está sujeta a una discusión inmediatamente posterior vinculada a los costos de creación de dicho sistema; y si éste resulta económicamente rentable a la luz de una comparación entre los beneficios del sistema y los costos de su implantación. Sin embargo, como hemos de exponer en las próximas líneas, la existencia de un sistema de propiedad privada en el caso de animales se encuentra plenamente justificada; en especial cuando se reconoce la imprescindible necesidad de contar con un sistema eficiente de asignación de responsabilidad por vulneración de los derechos de propiedad (aunque es claro que el sistema de *property rights* conlleva mayores ventajas cuando es posible una conducta auto-defensiva de los derechos de propiedad por parte del titular de los mismos)¹².

En conclusión, consideramos que la propiedad privada genera los incentivos para el cuidado de los bienes asignados e incentiva, adicionalmente, la inversión en la mejora de los recursos; fomentando el desarrollo económico y la riqueza individual y colectiva. Por otro lado,

¹⁰ HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. Republicado En: The Social Contract. Otoño. 2001. (Artículo original de Diciembre de 1968).

¹¹ O'DRISCOLL, Gerald P (Jr). y HOSKINS, Lee. “Property Rights: The Key to Economic Development”. En: Policy Analysis. No. 482. Agosto 2003. Pág. 9.

¹² Un interesante trabajo que recomendamos revisar para ahondar en esta materia es el de SMITH, Henry E. “Property and Property Rules”. Paper 43. American Law & Economics Association – Annual Meetings. 2004.

un sistema que conciba a la propiedad como un asunto comunal, permitirá que los beneficios de la propiedad sean apropiados por *free-riders* generando el sobre-uso de los recursos, su desgaste y, finalmente, su destrucción absoluta.

II. COMPRANDO DELFINES Y CRIANDO AVESTRUCES.

Los beneficios de un sistema de propiedad privada son perfectamente asimilables al caso de los animales en peligro de extinción en caso existiese una asignación privada de los recursos. De la misma forma –y encajando perfectamente en el “mundo sin propiedad” que hemos descrito con nuestro ejemplo de la casa de playa– un sistema como el actual en el que se parte de la premisa de que los animales son una suerte de patrimonio universal, solo fomenta la sobre-explotación de los animales y su creciente extinción. Para ilustrar el tema, haremos alusión a cuatro interesantes ejemplos que son parte de importantes estudios y trabajos anteriores.

El primer ejemplo hace referencia a un caso relativo a la imposición de regulaciones con respecto a la pesca (lo cual podría ser perfectamente análogo a lo que se conoce como “periodos de veda”) en la Bahía de Bristol, y que ha sido planteado por Douglas North y Le Roy Miller en un importante trabajo¹³. A continuación, citamos el ejemplo por ellos planteado a efectos de ilustrar nuestros argumentos de forma más contundente y clara.

La Bahía de Bristol, en el centro de Alaska, es el hogar de uno de los bancos más ricos del mundo en salmón *sockeye*. El salmón *sockeye*, o salmón rojo, es la más valiosa de las cinco especies de salmón existentes. El regreso de los peces ovíparos a la Bahía de Bristol atrae cada verano a los pescadores comerciales estadounidenses en número creciente cada año, mientras que al mismo tiempo las flotas japonesas pescan fuera de los límites territoriales de Alaska. En 1900 se sacaron 8.8 millones de peces de la Bahía de Bristol; hacia 1917 la pesca anual había aumentado a 24.5 millones. Sin embargo, la cantidad de salmones disminuyó de manera alarmante después de la Segunda Guerra Mundial. Con el fin de evitar la extinción de esta valiosa especie se emitieron complejas reglamentaciones con respecto a las horas de pesca, los equipos que podían emplearse e incluso los barcos.

¿Qué ocurrió en la realidad? Los pescadores son pobres ya que deben emplear un equipo absolutamente ineficiente y a pescar sólo durante una pequeña parte del tiempo. El consumidor, por otro lado, debe pagar un precio mucho más elevado por el salmón rojo de lo que sería

¹³ NORTH, Douglass y Le Roy Miller. “El Análisis Económico de la Usura, el crimen, la pobreza, etcétera”. Fondo de Cultura Económica. México. 1976. Pág. 125 – 129.

necesario si se emplearan los métodos eficientes. Los autores señalan –y estamos absolutamente de acuerdo– que el problema estriba en el régimen de no propiedad. En efecto, el problema de la no perpetuación del banco de salmón no entra en los intereses directos de algún pescador en particular. Por el contrario, su interés es pescar tantos peces pueda durante el tiempo permitido. En un escenario de propiedad privada, el propietario tendría un doble incentivo: a) emplear toda la tecnología para pescar a un costo más bajo; y b) permitir que suficientes peces escapen para perpetuar el banco (ya que si los peces se extinguen, su negocio se acaba)¹⁴.

Otro ejemplo ilustrativo tiene que ver con la situación de los Galápagos del Caribe. Enrique Gherzi¹⁵ nos cuenta que esta especie era muy codiciada tanto por su carne como por su cuero. Estas tortugas salvajes eran extremadamente abundantes hace sólo dos siglos. Actualmente, están en vías de desaparición. Hace algunos años, un británico instaló un cultivo marino especializado en la reproducción de estas tortugas en una de las islas Caymán. Su salida más importante era el mercado americano. Sin embargo, las grandes asociaciones americanas de defensa de la naturaleza se sintieron enormemente preocupadas por el hecho de que se pueda ganar dinero explotando animales inofensivos. Así, iniciaron una gran campaña nacional hasta que el Presidente Carter prohibiera las importaciones. La campaña triunfó y se logró dicha prohibición en nombre de la defensa de la naturaleza y en contra de la explotación comercial. Como consecuencia, el mercado se abastece –ya que la demanda no desaparece por el hecho de que se imponga una restricción o prohibición de carácter legal– de importaciones ilegales de galápagos abatidos fraudulentamente en las playas del Caribe. En fin, esta especie valiosa se encuentra de nuevo al borde de la desaparición; ya que estos animales son una suerte de “patrimonio de la humanidad”.

Un tercer ejemplo interesante, es el que involucra al bisonte americano. Este estudio fue realizado por Dean Lueck¹⁶ y, una vez más, observamos los negativos efectos de un esquema de libre apropiación de estos animales. La evolución histórica del régimen legal del bisonte americano puede dividirse en tres periodos delimitados: (i) esquema de propiedad compartida; (ii) esquema de libre apropiación y (iii) esquema de propiedad privada. En efecto, antes de la exploración y asentamiento europeo en Norteamérica, el bisonte americano andaba libre y

¹⁴ Hemos citado prácticamente en su integridad el ejemplo planteado por North y Miller; no hemos por razones de espacio, citado el detalle de la regulación impuesta en la Bahía de Bristol. Para leer el ejemplo completo, recomendamos revisar el libro citado en la nota anterior.

¹⁵ GHERSI SILVA, Enrique. “La Privatización del Mar”. En: *Advocatus*. Nueva Época. Año. I. No. 1. Lima. 1998. Pág. 148.

¹⁶ LUECK, Dean. “The Extermination and Conservation of the American Bison”. *Journal of Legal Studies*. Vol. 31. No. 02. University of Arizona Working Paper Series. 2001.

diseminado debido a dos factores importantes; primero que los costos de caza de estos animales eran demasiado altos y, en segundo lugar, muchos de estos animales se encontraban gobernados por un esquema de propiedad conjunta de las sociedades tribales asentadas por la zona.

A partir de 1871, un incremento explosivo en el comercio produjo la generación de un esquema de apropiación libre en el cual los costos de caza cayeron dramáticamente. Hacia 1890 solo aquellos bisontes que se encontraban alejados y que eran pocos y pequeños, lograron conservarse. Estas pequeñas especies (jóvenes, posiblemente crías de aquellas especies cautivas en virtud a la caza de las mismas) fueron vendidas a agencias públicas a inicios del siglo XX. Hoy, bajo un esquema de conservación privada, el bisonte americano incrementa numéricamente y no se le considera un animal en peligro de extinción.

Finalmente, vale la pena señalar un ejemplo particularmente relevante en el Perú. Es el caso de las vicuñas y que ha sido trabajado por Enrique Pasquel y Andrés Bayly en un interesante y documentado artículo¹⁷. En efecto, dicho trabajo es un recordatorio con respecto al valor de las vicuñas, su caza indiscriminada, la regulación estatal defectuosa y la el limitado trabajo de la Reserva Nacional Pampa Galeras en virtud a una deficiente conjunción entre (i) actividad estatal ineficiente y (ii) escasa colaboración de la comunidad de Lucanas. Los autores exponen un argumento sumamente importante que permite comprender la extinción de estos animales: la extinción se produce también por la imposibilidad de comercializar con los animales. Así, los propios comuneros, “al tener una limitadísima capacidad para comercializar con las vicuñas (debido a la exigente regulación), los incentivos de las comunidades para cuidarlas con la finalidad de esquilmarlas sin tener que matarlas son muy escasos (...) de esta manera, los comuneros no tienen que atravesar al largo y poco camino que hay que recorrer para vender legalmente la fibra de la vicuña, y se aseguran un beneficio económico mucho mayor al que obtendrían bajo el sistema formal (se opta entonces por venderlas fuera de la legalidad; es decir, se genera un mercado negro de vicuñas). Esta situación se ve reforzado desde que los comuneros saben que la capacidad de vigilancia del Estado, es casi nula, por lo que lo más probable es que no sean sancionados por dichos actos ilícitos”¹⁸. (Los agregados son nuestros).

El problema es generalizado cuando se toma nota de las absurdas medidas gubernamentales que agravan el problema y restringen la propiedad privada y, con ella, eliminan otros valores

¹⁷ PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y BAYLY LETTS, Andrés. “Privaticemos las Vicuñas: Cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico”. En: Revista de Economía y Derecho. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – Sociedad de Economía y Derecho. Verano 2006.

¹⁸ Ídem.

dignos de defensa. Por ello, recordaba con acierto Richard Pipes, que “se puede tener tiranía con propiedad, pero no se puede tener libertad y estado de derecho sin ella”¹⁹. Estos ejemplos que hemos venido comentando –y que ciertamente son muchísimos más que esta breve muestra– permiten ilustrar los terribles efectos de la ausencia de propiedad privada sobre los animales, y con ello, de la ausencia de los incentivos adecuados para la conservación de tan importantes especies.

En los Estados Unidos existe una normativa especial que es “La Ley de Especies en Peligro”. Terry L. Anderson comentando sus orígenes y los perjuicios de regulación incompleta expone que “cuando se aprobó esta ley, el águila de cabeza blanca fue el símbolo para la aprobación. Aquí estaba el ave nacional a punto de extinguirse y nadie iba a pedirle a un economista que hiciese un análisis costo-beneficio con respecto a si valía la pena salvarla. La Ley de Especies en Peligro, al igual que la Ley de Áreas Conservadas, navegó por el Congreso y se aprobó con la gente diciendo: “Debemos dejar de destruir especies”. La ley prohibía específicamente “llevarse” una especie. Quedaba claro que no se podía matar deliberadamente una especie en peligro, pero lo que no quedaba claro era si se podía eliminar su hábitat. Supongamos, por ejemplo, que corto unos árboles que podrían ser el hábitat del pájaro carpintero, una especie en peligro que vive en el sudeste de Estados Unidos. Supongamos que usted sabe que su vecino cortó algunos pinos que tenían pájaros carpinteros viviendo allí y que el Servicio de Peces y Naturaleza lo multó. Ahora hágase una pregunta: si los pájaros carpinteros no se han movido a su propiedad pero están cerca, ¿cortaría usted los árboles pronto para evitar la posibilidad de ser afectado por la regulación establecida por la Ley de Protección de Especies en Peligro (ESA)? Los investigadores han examinado esta pregunta de forma empírica y encontraron que, *ceteris paribus*, la tala promedio en las propiedades que no tenían pájaros carpinteros en un radio de 25 millas era aproximadamente 70 años; con 25 colonias en un radio de 25 millas, el promedio de edad cayó a menos de 40 años; y con más de 400 colonias en un radio de 25 millas, el promedio cayó a menos de 20 años”²⁰.

Como es claro para nosotros; las propuestas regulatorias que se han hecho sobre el problema de los animales en peligro de extinción han servido de poco –o nada– para detener esta grave situación e incluso, puede haber agravado la problemática al generar incentivos para la aparición de mercados negros de animales que solo perjudican el bienestar y la subsistencia

¹⁹ PIPES, Richard. “Propiedad Privada, Libertad y Estado de Derecho”. En: Themis. No. 48. Lima. 2004. Pág. 52.

²⁰ ANDERSON, Terry L.. “Mercados y Medio Ambiente: ¿Amigos o Rivales?”. En: Revista de Economía y Derecho. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – Sociedad de Economía y Derecho. Vol. II. No. 06. Otoño 2005. Lima. Pp. 9 – 10.

de estas especies que tanto se quieren proteger. Sin embargo, esta discusión no puede ser completa si es que no comentamos brevemente, los postulados de una polémica corriente que propugna el reconocimiento de personalidad jurídica a algunos animales, y con la cual nosotros discrepamos abiertamente por las razones que expondremos.

III. ¿PUEDE UN MONO FIRMAR UN CONTRATO?... REFLEXIONES SOBRE EL ENFOQUE DE LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHO.

Steven M. Wise es autor del libro *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*. En dicho libro, el autor propone que los animales –y específicamente, los chimpancés- cuentan con personalidad jurídica lo cual los hace gozar de una protección especial en relación a la explotación por parte de los seres humanos. Esta polémica –y casi irrisoria- teoría viene siendo fuertemente alentada por algunos investigadores, y su postura ya ha sido oportunamente comentada y contradicha por el profesor Richard Epstein en un valioso trabajo²¹.

Lo primero que debemos decir es que, en efecto, los animales no son iguales que cualquier objeto inanimado como un vaso o una jarra. Estos seres vivos no solo tienen una existencia evidente sino que además, como ha sido comprendido por los estudiosos, cuentan con emociones y son susceptibles de irritarse, agredir, respetar o violar territorios. ¿Esto los convierte en sujetos de Derecho? Pues rotundamente no.

Como acertadamente ha expuesto el profesor Epstein, “Wise y otros promotores de la personalidad para los animales han venido destacando, sin querer, las debilidades de su propuesta. Si se les ofrece un status más elevado a los chimpancés y los bonobús, ¿qué haremos después con los orangutanes y los gorilas? ¿O con los caballos, los perros y las vacas? Todos estos animales tienen una capacidad cognitiva bastante alta (...) tampoco es particularmente convincente el argumento que señala el hecho de que individuos con serios daños neurológicos muchas veces tienen menos capacidad cognitiva y emocional que los chimpancés y los perros”²².

Obsérvese que el reconocimiento de las pretensiones de estos activistas, implicarían adicionalmente, que los animales usados en experimentos médicos deberían dejar de ser empleados en dichos fines. Nadie puede discutir que lo que ocurre con muchos animales es

²¹ EPSTEIN, Richard A. “Los Peligrosos Reclamos del Movimiento Promotor de los Derechos de los Animales”. En: *Ius Et Veritas*. No. 21. Lima. 2000. Pp. 311 – 317.

²² Ídem. Pág. 314.

sumamente deplorable pero debemos entrar al terreno de la justificación y del costo-beneficio. Como dice Epstein "... si la vacuna para la viruela proviene de las vacas, y la insulina para tratar la diabetes, de los cerdos, luego, me siento obligado a defender cualquier ley que permita el uso de los animales para la experimentación médica"²³. Uno podría creer que esta discusión no tiene relevancia a efectos de clarificar los beneficios de un esquema de propiedad privada sobre los animales, pero la relevancia es vasta cuando se vislumbra que lo que algunos pretenden es, no la permanencia de un esquema de apropiación libre, sino una protección de los animales mediante una suerte de "propiedad privada de los animales sobre su propia existencia". No queremos ridiculizar ninguna postura, pero si los animales tienen personalidad jurídica porque no hacen uso de su legitimación activa para interponer las demandas que vienen interponiendo los activistas en su nombre, como señalaba también el profesor Epstein.

Creo que es indiscutible que un esquema de apropiación por parte de los seres humanos puede resultar particularmente eficiente en la persecución de una protección de los animales del peligro de desaparición que los acecha. En efecto, "debido a que los humanos utilizan y valoran a los animales, los propietarios gastan recursos en su protección. La medicina veterinaria puede no estar al nivel de la medicina humana, pero solo está alrededor de una generación detrás. Cuando se trata de atención médica, es mejor ser un gato enfermo en una casa de clase media en los Estados Unidos que un campesino enfermo en un país tercermundista. La propiedad privada de muchas mascotas les permite el acceso a alimento y refugio (y algunas veces a vestimenta) lo cual origina vidas largas, tranquilas y cómodas. Incluso la muerte puede producirse en condiciones más humanas que en la naturaleza (...) nadie argumentaría una perfecta concurrencia entre los intereses de los humanos y de los animales; la propiedad no es equivalente a la comunidad. Pero, por la misma razón, no existe conflicto necesario entre los propietarios y sus animales"²⁴.

Esa misma lógica permite entender cómo bajo nuestro esquema se detiene el proceso de extinción de los animales. Terry L. Anderson en su libro *Free Market Environmentalism* cuenta el caso de los elefantes en África; el cual es recogido por Luis Pazos en un interesante artículo²⁵. Se nos cuenta que "en Kenia, grupos de conservacionistas y las Naciones Unidas presionaron para que se decretara ilegal el comercio de marfil. Sin embargo, después de la prohibición siguió reduciéndose la cantidad de elefantes debido a la caza ilegal, difícil y costosa de controlar.

²³ ÍDEM. Pág. 315.

²⁴ EPSTEIN, Richard A. "Los Animales como Objetos o Sujetos de Derechos". En: *Advocatus*. Nueva Época. No. 08. Lima. 2003. Pág. 88.

²⁵ PAZOS, Luis. "Las Gallinas... ¿en peligro de extinción? En: *Revista de Estudios Privados*. Vol. III. No. 03. Otoño Lima. Pág. 44 - 46.

En Zimbabwe y Botswana, donde permiten la matanza de elefantes para aprovechar su piel y su marfil, crece en un 5% anual el número de elefantes. La razón es que la población considera a los elefantes como un recurso productivo para la comunidad y son los primeros en protegerlos de la caza ilegal. Una parte del dinero por obtener permisos para matar elefantes y un porcentaje de las ganancias del comercio de los productos se derraman en las comunidades locales.

En la década de los 80 las manadas de elefantes en Kenia bajaron de 65 mil a 19 mil, mientras que en Zimbabwe aumentaron de 30 mil a 40 mil. Ese caso nos demuestra que excluir del mercado la fauna, flora o los vestigios históricos que se busca proteger, no es siempre la mejor solución. Sino ligar su conservación a un beneficio económico y a la propiedad²⁶.

Ahora bien, nosotros nos hemos negado a aceptar una teoría que propugne la atribución de personalidad jurídica a los animales y hemos apostado por la existencia de un régimen de propiedad privada sobre los animales; pero ello no quiere decir –como muchos deben estar pensando con la intención de rebatir apresuradamente nuestra postura- que por ser propietarios podemos hacer lo que queramos con los animales. En efecto, existen objetos sobre los cuales no podemos hacer lo que queremos cuando queremos y no por ello sugerimos que tienen una personalidad especial. En efecto, comentando la regulación Estadounidense, se ha recordado que “incluso los objetos inanimados son protegidos contra la dominación y el control, usted no puede quemar su casa, y si usted tiene ciertos tipos de propiedad, usted se encuentra impedido de destruirlos. Los animales actualmente se les considera propiedad, pero en la ley tal y como está, ellos se encuentran protegidos contra una gran gama de daños”²⁷.

La idea que proponemos es la siguiente: nos queda claro que un animal no es como un lápiz o un cuaderno. Dicha diferencia esencial se encuentra constituida por la simple constatación de que los animales tienen emociones (o al menos reacciones) que denotan sensibilidad. En dicha línea, un animal puede estar emocionado o puede estar atravesando un fuerte sufrimiento. Desatender dicha realidad es perder de vista todo sentido de profundidad en nuestro análisis. Sin embargo, cuando nos hablan de una personalidad propia y de una titularidad personal de los animales para con ellos mismos; ello resulta claramente contradictorio (y hasta inaudito) por algunas de las razones que hemos comentado.

²⁶ Ídem. Pág. 45.

²⁷ SUNSTEIN, Cass R. “Standing for Animals”. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 06. University of Chicago Law School. Noviembre 1999. Pág. 33.

De esta forma, se debe apostar un sistema de propiedad privada sobre los animales que permita alinear los intereses de los propietarios con los intereses ligados a la preservación de la vida animal y, sobre todo, a un tratamiento que, dentro de las naturales prerrogativas del propietario, no represente un maltrato innecesario a la vida animal y un abuso en el ejercicio de la propiedad. De esta forma, por ejemplo, se puede exigir el pago de un porcentaje de las ganancias derivadas del comercio de los animales destinados a la conservación de los mismos, por ejemplo.

La idea es crear el incentivo para la inversión en la preservación de la vida animal, creando el desincentivo que permita balancear dicha finalidad con la de evitar muertes innecesarias de las especies animales. Pero siempre bajo un régimen de propiedad privada. Muchos objetarán los costos que implica la propia creación del sistema para el caso de los animales; pero los beneficios resultan claramente identificables: (i) detención del peligro de extinción, (ii) mejor calidad de vida de los animales; (iii) facilidad para el tráfico y con ello, progreso económico para los propietarios y (iv) efectos derivados de la asignación de valor a los recursos animales, en general (incentivos para la conservación de la propia fuente de negocios: los animales).

IV. CONCLUSIONES: EL EUFEMISMO DEL PELIGRO DE EXCLUSIÓN.

¿Ha notado que siempre hablamos de los animales en peligro de extinción como si se tratara de un fenómeno natural que –aunque lamentable– nos es lejano? En realidad los animales no se encuentran en peligro de extinción sino que, en estricto sentido, se encuentran en grave peligro de que los extingamos. Políticas de propiedad comunal que solo son una “pseudo-propiedad” son las que ponen diariamente en peligro a numerosas especies vivas. Muchos elevan sus voces contra el maltrato pero abogan por posturas intervencionistas y restrictivas que lejos de permitir un comercio transparente dan lugar a la generación de mercados negros, cazas indiscriminadas y destrucción masiva de las especies animales.

Nosotros, en cambio, apostamos por un régimen de propiedad privada de los animales que, reconociendo que no son simples objetos inanimados e inertes, genere los incentivos para la conservación de las especies, la inversión en su protección y genere riqueza en sus propietarios redundando en el desarrollo general de las naciones. Un esquema de propiedad privada maximiza los beneficios para los propietarios (quienes cuentan con el respaldo legal necesario) y para los propios animales.

Es importante precisar, sin embargo, que hablar de propiedad podría no resultar tan sencillo como uno cree. En un interesante trabajo, Robert D. Cooter comentaba el funcionamiento del sistema de división territorial en Papúa Nueva Guinea y cuestionaba la existencia de una

regulación paternalista del intercambio²⁸. Empíricamente, y los diversos ejemplos citados en el presente trabajo, así lo indican, quedan evidenciadas las ventajas de la propiedad.

No podemos negar que todo ello implica costos como por ejemplo, los de diseñar un registro público de animales que permita dar publicidad (y con ello, oponibilidad) de los derechos de propiedad sobre los animales. Pero el resultado –creemos– es claramente auspicioso en términos de costo-beneficio y en cuanto a protección de los animales en peligro de extinción nos referimos. Incluso, es cierto que “cuando se da valor agregado a ciertos productos se genera un decrecimiento en el consumo de los recursos naturales y, por consiguiente, se logra reducir la contaminación ambiental (...) no debe plantearse restricciones ni regulaciones económicas (represivas) a la actividad humana...”²⁹.

Seguir insistiendo en un esquema en el cual los animales son “de todos y de nadie” en nombre de una suerte de patrimonio de la humanidad, es un crimen hacia los propios animales y un desperdicio económico para todos los humanos. Creo que el día en que los gatos sean considerados “bienes públicos” empezaremos a hablar seriamente de los gatos en peligro de extinción. Abogar por una postura así, es seguir buscándole tres pies al gato sabiendo que tiene cuatro.

²⁸ COOTER, Robert D. *Inventing Market Property: The Land Courts of Papua New Guinea*. Law & Society Review. Vol. 25. N° 04. 1991.

²⁹ WIELAND FERNANDINI, Patrick. “Ecologistas y Liberales: Hacia un Reconciliación entre Medio Ambiente y Desarrollo Económico” En: *Ius Et Veritas*. No. 26. Lima 2003. Pág. 393. Citando a: SALAZAR LARRAIN, Arturo. “El Ser Humano no empobrece ni depreda ni contamina”. En: *Ius Et Veritas*. No. 05. Pp. 118-123.
