

El delito de maltrato contra los animales: una construcción simbólica del tipo penal a partir de la sociedad del riesgo. Análisis jurisprudencial de la ley animalista 1774 de 2016

The crime of animal abuse: a symbolic construction of the criminal type from the risk society. Jurisprudential analysis of animal law 1774 of 2016

Duvan Enrique Acuña Gutiérrez*

Resumen

El presente artículo plantea una reflexión acerca del origen del delito de maltrato animal en las demandas de seguridad subjetiva de los ciudadanos inmersos en una sociedad del riesgo. Para calmar estas exigencias, el legislador recurre a la función simbólica del derecho penal como una opción política que envía un mensaje de “atención” al problema social a la ciudadanía, en el cual se vale de la pena para hacer pedagogía sobre la ética de no violencia contra los animales. De este modo, el artículo expone el desarrollo jurisprudencial sobre las disposiciones de la ley animalista 1774 de 2016 que tipificó el delito de maltrato animal, sus agravantes, particularidades, las excepciones de ley en los casos concretos, los alcances y efectos en el derecho penal.

Palabras claves: sociedad del riesgo, inseguridad subjetiva, simbolismo penal, protección animal, maltrato contra los animales, ley animalista.

Abstract

This article set out a reflection about the origin of the animal abuse crime in the subjective security demands of the citizens in a risk society. To calm this demands down, the legislator resort to the symbolic function of criminal law like a politic option which send a message of “attention” of the social problem to the citizenship, in which opt to carry out etic pedagogy about the non-violence against the animals. In this way, the article presents the jurisprudence development of the animalist law regulation 1774 of the year 2016 that categorize the animal abuse crime, its aggravating circumstances, special characteristics, law exceptions in specific cases, the significances and effects in crime law.

Key words: Risk society, subjective insecurity, penal symbolism, animal protection, abuse against the animals, animalist law.

* Abogado, monitor del área de Derecho Penal de la Universidad Libre, seccional Bogotá. Correo electrónico: duvane.acunag@unilibrebog.edu.co

1. Introducción

En Colombia se cuestiona diariamente la creciente criminalización de conductas sociales que desde un aspecto político-criminal no deberían estar tipificadas, ya que atentan contra la mínima intervención penal, pero que hacen parte sustantiva del código penal, ocasionando que el derecho penal se inmiscuya en asuntos que no son de su competencia, convirtiéndose en un medio de acción notable para la resolución de conflictos sociales.

Éste es el caso de la tipificación de la conducta del maltrato animal como delito, pese a que el Consejo Superior de Política Criminal al realizar el estudio de los proyectos de ley 172 de 2015 de Senado y 087 de 2014 de Cámara de Representantes, —que luego de la conciliación se convertirían en la Ley 1774 de 2016—, determinó que, si bien existe un reconocimiento significativo del bienestar e integridad física y mental de los animales, elevar a rango penal la protección de un grupo de seres sintientes animales es inconveniente porque (i) desconoce el principio de absoluta necesidad de intervención penal y el carácter *última ratio* del poder punitivo, pudiendo únicamente modificarse el sistema administrativo contravencional; (ii) el derecho penal no es el mecanismo idóneo para incorporar en la ciudadanía la reflexión acerca de la ética

de la no violencia hacia los animales no humanos y (iii) el uso simbólico del derecho penal para hacer pedagogía a través de la pena es inadmisibles en un Estado democrático.

Lo anterior es un fenómeno que puede ser ubicado dentro del contexto de expansión del derecho penal frente a la existencia de la sociedad del riesgo, como una característica fundamental del derecho penal actual.

2. Un cambio de paradigma

Una tendencia a la extensión del derecho penal vuelve a surgir en el mundo a partir de la década de los 80' cuando se comienza a hablar del simbolismo del derecho penal como una función positiva que éste debe cumplir para educar a los ciudadanos en determinados valores ético-morales, en contradicción al derecho penal liberal, que se centraba exclusivamente en la protección de los bienes jurídicos tutelados (Larrauri, 2000).

Para la época, en Occidente, los movimientos sociales progresistas como los ecologistas, antirracistas, de derechos humanos, de mujeres y de trabajadores empiezan a demandar la tipificación de conductas que afectan sus propósitos, no tanto con la intención de castigo —también—, sí más bien, con el

interés fundamentalmente en la función simbólica del derecho penal, ya que la criminalización de estas actividades tiene como finalidad que la opinión pública perciba el carácter malicioso de ellas. Es decir, “lo que se pretende es la declaración pública de que estos comportamientos son socialmente intolerables” (Larrauri, 2000, p. 219).

En ese sentido, son dos eventos propios del derecho contemporáneo los que van a facilitar la difusión del simbolismo penal de forma global: por un lado, un fenómeno que se denomina la “crisis de la ley”, que es la pérdida de credibilidad en las normas por la ausencia de racionalidad o calidad en ellas, lo que implica “la constatación de un proceso de perversión de las normas como instrumento para la consecución de objetivos políticos” (Ferrandéz, 2017, p. 84). Este suceso va a generar un exponencial aumento de las normas penales, en contraposición a los presupuestos de la corriente del minimalismo penal.

Por otro lado, las sociedades modernas demandan cada día más seguridad. Esa ideología de seguridad ciudadana no es otra cosa que las declaraciones de la opinión pública dentro de una sociedad que exige a los poderes públicos, especialmente el órgano legislativo penal, la adop-

ción de estrategias políticas, jurídicas y científicas con el fin de prevenir actividades riesgosas.

3. El intervencionismo cosmético: una mirada desde la sociedad del riesgo

La modernización de una sociedad, más de una tan compleja como la colombiana, trae consigo ventajas y desventajas. El fenómeno tecnológico, la transformación del trabajo y de la organización político-social son los más grandes rasgos que nos permite identificar que, como sociedad, estamos en camino de dicha transición. Aunque no son los únicos, pues ésta implica también el cambio de los caracteres sociales, de los estilos de vida y de las formas de amar (Beck, 1986).

Este proceso de modernización lleva implícito la premisa de que la producción social de riqueza siempre ira acompañada de la producción social de riesgo: es así como nos encontramos inmersos en la *sociedad del riesgo*, producto del proceso avanzado de modernización (Beck, 1986).

Esta teoría elaborada por el sociólogo alemán Ulrich Beck, plantea como problema fundamental el cómo evitar, minimizar o canalizar los riesgos y peligros propios de la modernidad.

De esa manera, el desarrollo de una sociedad pasa a ser una cuestión de “gestión política y científica” de los potenciales riesgos. Para Beck “la promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales” (p. 26).

Esos peligros a los que estamos inmensos hoy en día se caracterizan “por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas” (Beck, 1986, p. 28). Son el producto del desarrollo industrial de la modernidad.

Estos riesgos tienen una nueva cualidad: ponen en peligro a la vida de la Tierra. La actividad de las fuerzas productivas, de acuerdo con el autor (1986), comprometen el agua, el aire y los alimentos “con consecuencias a corto y largo plazo para plantas, animales y los seres humanos” (p. 28), y en general, la destrucción de la naturaleza y el medio ambiente.

Los seres humanos se sienten “heridos” por la afectación a la vida de las plantas y los animales dentro de una sociedad moderna, lo que genera una creciente conciencia social sobre la protección de la vida natural. Esta situación obedece a que el ser humano se conoce, como un “ser natural con pretensiones morales”, que “es

parte de un todo natural amenazado y del que es responsable” (Beck, p. 83).

En la sociedad del riesgo se debe buscar “la solidaridad de las cosas vivas” ya que ante la inminente amenaza se afecta por igual a todos, entendiendo entonces, una sola víctima, la comunidad habitante en la tierra.

En ese sentido, la creciente inseguridad conlleva al surgimiento de nuevas exigencias a las instituciones sociales en relación con la educación y la política. Por tanto, “la naturaleza ya no puede ser pensada sin la sociedad y la sociedad ya no puede ser pensada sin la naturaleza” (Beck, 1986, p. 89).

Bajo ese principio, la sociedad del riesgo cede terreno a la *culpabilidad* con el fin de atender las demandas de seguridad y alcanzar una estabilidad social; es decir, ante el aumento de la sensación de inseguridad, mayor obligación para el Estado de individualizar responsables, para de esta manera encontrar “una explicación al daño y una satisfacción al reproche” (Alcácer, 2002, p. 8).

En esas circunstancias, la sociedad del riesgo se convirtió en el ambiente estimulante del uso de la función simbólica del derecho penal en aquellas conductas que atentan contra el ecosistema y el medio ambiente: por un lado, el impacto negativo propio de la

transición tecnológica e industrial en la naturaleza va a generar hombres y mujeres de pensamiento éticamente bueno, preocupados por el agua, la tierra, y sobre todo, por la protección de los animales; ante la inseguridad que genera la modernización para la fauna y guiados por pretensiones morales, exigen al Estado tomar las medidas más rigurosas y drásticas para su amparo, pues entendieron que un animal no puede considerarse un objeto de propiedad privada, indiferente a la vida humana en sociedad.

Por otro lado, la percepción colectiva de inseguridad cada día está en aumento y estas demandas de protección ante el riesgo generan estructuras sociales más complejas. De no satisfacer estas demandas ciudadanas, “la inseguridad deja de significar mero peligro, para pasar a describir también una sensación o estado de conciencia” (Beck, 1998, p. 52). Por eso, el legislador reconoce que combatir la inseguridad objetivamente a través de la prevención y protección del riesgo, no es suficiente ante las demandas de la comunidad que buscan percepción colectiva de tranquilidad y sensación de seguridad –concepción subjetiva– (Marquès, 2017, p. 697).

En otras palabras, el legislador admite que para la población no es tan importante los sistemas de control de

las fuentes de riesgo que se pueden percibir, como sí lo es la necesidad “viviente” como sensación de seguridad, por eso opta por “instrumentos contundentes y formas de intervención con capacidad de impacto social” (Marquès, 2017, p. 698). Éste es el motivo por el cual, en un ámbito del riesgo, el derecho penal se extiende, desconociendo los límites mínimos de intervención debida en ejercicio de la potestad *ius puniendi*.

De esta manera, el legislador colombiano recurre, en su afán de calmar las presiones de muchos años de grupos ambientalistas, y en especial, de animalistas, a la potestad *ius puniendi* del Estado, como la forma de control social más drástico y contundente, para tipificar comportamientos dañinos contra los animales, guiado más por una sociedad del riesgo con necesidad de percepción de seguridad subjetiva que por la lógica de la política criminal y sus avances en el complejo contexto social, logrando una intervención *cosmética* del derecho penal en la comunidad.

Es así como, de acuerdo a García Arán (2008), se ha tomado la idea de seguridad como “legitimadora del endurecimiento penal y el retroceso de las garantías” (p. 39), adquiridas de la corriente del abolicionismo penal, especialmente del garantismo y la Escuela de Frankfurt.

Por consiguiente, el derecho penal propio de una sociedad del riesgo tiene como característica la criminalización anticipada, la proliferación de leyes simbólicas y por supuesto, la escasa efectividad en la protección de bienes jurídicos establecidos con el único propósito de demostrar ante la comunidad que “se está trabajando” para resolver al problema (Hassemer, 1991).

En resumen, fruto de esa presión social de una comunidad organizada y mayormente insegura, ocasiona que el legislador recurra de manera *ilegítimamente* al derecho penal para la creación de leyes que cumplen una función simbólica en la sociedad, pero que carecen de justificación material (Diez, 2002).

4. Definición de derecho penal simbólico

Las normas simbólicas, señala Ferrández al citar a Bronfman (2017) son “declaraciones normativas que expresan la voluntad de la comunidad política y generan consenso social, pero son débiles y deficitarias en la construcción de mecanismos concretos que permitan avanzar hacia el resultado deseado como fruto de la intervención estatal” (p. 98).

En ese sentido, el objetivo que persigue una legislación simbólica es el de lograr el consenso de la opinión pública a través del aprovechamiento del derecho penal para acreditar entre los ciudadanos una imagen de “capacidad y eficiencia”, así ello implique incurrir en clientelismo político (García, 1993).

Al respecto, Hassemer y Muñoz (1995) señalan que el derecho penal simbólico es el resultado de medidas y técnicas elaboradas y aplicadas por el legislador, con el fin de apaciguar los sentimientos de inseguridad de los ciudadanos, así como sus inquietudes ante los nuevos problemas, pero sin resolverlos.

De acuerdo con Van (2017), el derecho penal simbólico no es más que un proceso comunicativo de intromisión en una situación real para contraponer una aparente, que ocasiona efectos emotivos y manipuladores, para fomentar la confianza y lealtad en el derecho. Así, constituye un mecanismo de engaño y de ausencia de ineficacia y eficiencia de la norma. Por tanto, la función simbólica del derecho penal “resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática” (pp. 124-125).

Por lo anterior, Díaz y Faraldo (2002), consideran que la característica auténtica del derecho penal simbólico obedece a no afirmar que las leyes simbólicas fracasen respecto a unos objetivos asumidos, sino que se sabe de antemano que no van a producir efectos.

Según Elena Larrauri (2000) recurrir por parte del legislador a la función simbólica del derecho penal puede considerarse “un último intento de legitimar un derecho penal, el cual aparece cada vez más desacreditado por el no cumplimiento de ninguno de los fines instrumentales que se autoatribuye, sea la prevención general, sea la prevención especial” (p. 223). Por ese motivo, considera que el uso del simbolismo penal “en el mejor de los casos es ineficaz para resolver los conflictos sociales, en el peor de los casos sólo sirve para aumentar los males: estigmatiza al sujeto, ofrece falsas soluciones, no da satisfacción a las víctimas” (p. 224).

Para Hassemer (1991), la esencia de la promulgación de leyes simbólicas es “la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Por consiguiente, un derecho penal simbólico es aquel en que las funciones latentes—de necesidad de actuar y de demostración de un Estado fuerte—, predominan

sobre las manifiestas—condiciones objetivas de realización de la norma: la protección del bien jurídico previsto en ella— (p. 24).

Así, el uso del simbolismo penal es utilizado por el legislador para tipificar conductas como delitos que no se justifican por su necesidad racionalmente valorada, pero que permiten el poder político enviar un mensaje a la ciudadanía de reacción frente a sus preocupaciones de seguridad. En todo caso, estas normas con función simbólica no inciden en la solución definitiva de los problemas sociales.

Desde otra perspectiva, Borja (2009) manifiesta que la función simbólica de la ley penal representa “la decisión mayoritaria de tutelar con el instrumento más fuerte de defensa social del que dispone el ordenamiento jurídico, un *valor* fundamental relevante para la coexistencia humana” (p. 174 -175). Es así como el legislador penal presenta a la ciudadanía una *opción política* para garantizar la seguridad de todos, como un valor social relevante de la toda la comunidad.

De acuerdo con Durán (2008), suele atribuirse la esencia del derecho penal simbólico al hecho de que la determinación de su sanción está dirigida por el principio fundamental de defensa del ordenamiento jurídico, la conservación de la confianza

del pueblo en la invulnerabilidad del derecho penal y en la protección del ordenamiento jurídico frente a actos criminales.

Por su parte, Diez Ripollés manifiesta que el fenómeno del derecho penal simbólico “no se puede entender como un problema de desajuste entre los efectos que se pretenden (fin) o se creen (función) conseguir, y los que realmente se pretenden u obtienen”, ya que la crítica al derecho penal simbólico no surge de la pretensión de garantizar coherencia entre los programas legislativos y sus resultados, sino de la duda sobre la legitimidad de su uso para producir ciertos efectos sociopersonales (Diez, 2002, p. 86).

Por tanto, estamos frente a un problema de deslegitimación de la intervención penal y no de conexión entre fines y resultados, pues el derecho penal simbólico se encuentra en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, además de ser un instrumento necesario para lograr dichos propósitos (Diez, 2002).

En ese sentido, Diez propone sustituir el término “simbólico” a partir de los efectos instrumentales, expresivos o integradores que supone el resultado de los fines o funciones de toda acción legislativa y que se extiende a toda acción judicial. Estos efectos consisten:

“En principio, por efecto instrumental entenderíamos aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más en concreto, de los comportamientos humanos; consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las conciencias; y estaríamos ante un efecto integrados cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes” (Diez, 2002, p. 69).

Dado que hay contraposición con el efecto instrumental o material, Diez toma en un solo concepto los efectos expresivos y los integradores para llamar de ahora en adelante, a los efectos simbólicos efectos expresivo-integradores.

En consecuencia, el legislador penal recurre a la función simbólica del derecho penal con un objetivo eminentemente comunicativo, de contenido cognitivo y emocional; de tal manera que, los efectos simbólicos buscados por el legislativo están conectados a la función de la norma penal que consiste en transmitir a la sociedad cierto tipo de mensajes valorativos dirigidos exclusivamente a las conciencias de los ciudadanos, en las que se reproducen emociones o, al menos, representaciones mentales individuales o colectivas, que van a valorar y/o desvalorar tales contenidos (Diez, 2002).

María Marquès (2017) identifica el efecto simbólico como la ausencia del efecto instrumental —respecto a la tutela de los bienes jurídicos—; entonces, por función simbólica debe entenderse “el efecto de apariencia de instrumentalidad para la colectividad, independientemente de que ésta se dé o no en el plano de la realidad, con lo que nos situamos en el ámbito de las percepciones sociales y, con ello, pues mucho tienen que ver con lo subjetivo, de las funciones latentes del Derecho penal” (p. 719), a las que se refiere Hassemer.

5. El uso simbólico del derecho penal: una opción política para la protección animal en Colombia

En el contexto, Colombia se caracteriza por ser “un país de ‘reformas’ constantes pero sin cambio, pues están desconectadas de la realidad; se acude, entonces, a la filosofía gatopardiana, que todo siga igual, pareciendo diferente”, (Rivera, 2005, p. 31), pues es una manera cosmética de calmar las exigencias de seguridad de los ciudadanos.

Una expresión de ese arsenal simbólico desplegado por el legislador penal colombiano son las leyes de

apelación moral (Hassemer, 1991), a través de las cuales se pretende generar conciencia a personas que ocupan posición relevante, como es el caso de la ley 1774 de 2016, fruto de la actuación públicas y activistas de movimientos y colectivos animalistas, mediante la cual se quiere crear una conciencia ética de la no violencia hacia los animales.

La presión pública de los animalistas durante los últimos 10 años anteriores a la promulgación de la ley 1774 permitió que el legislador colombiano volteara la mirada a la protección y bienestar animal, y sólo hasta después de 17 iniciativas previas de reformar la ley 84 de 1989, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales —ENPA—, se logró un avance significativo: reconocer a los animales como seres sintientes, los cuales deberán ser objeto de especial protección contra el sufrimiento y el dolor causado por los humanos.

Dentro de la exposición de motivos que dieran origen a la ley de protección animal —contenidos en el proyecto de ley 087 de 2014—, se expresó la urgencia de realizar una reforma al código penal con el principal propósito de “tipificar algunas conductas, establecer *sanciones efectivas*, dar herramientas eficaces a las autoridades, ampliar el concepto de protección, implementar

procedimiento eficaces” que propendan por “la educación de la sociedad en una ética de la no violencia hacia los seres vivos”; es así, como desde su origen y razones, los tipos penales que tutelan la vida, integridad física y emocional de los animales tienen una función netamente pedagógica y de producción de usos a través de la amenaza estatal, es decir, una función simbólica, que no tiene cabida dentro de las funciones de la pena descritas en el artículo 4 de la ley 599 de 2000.

En la exposición de motivos, el Representante a la Cámara Juan Carlos Losada, quien presentó el proyecto de ley, manifestó que el ENPA en su momento fue un avance importante en materia de protección animal ya que se tradujo en “un reconocimiento de la ley colombiana de los deberes para con los animales” al ampliar las circunstancias para su protección, así es como el ENPA garantiza “una protección legal de vida, salud, integridad, ambiente sano, libertad para movilizarse, alimentarse y beber”.

24

Además, el representante señala que actualmente la ley 84 es ineficiente, ya que las normas sobre legislación animal “adolecen de falta de ejecución” por la languidez de la penalización, lo que hace imperativo legislar al respecto, ya que “es fundamental para crear una cultura bioética”, manifestando nuevamente su intención de hacer

pedagogía y crear conciencia social a través de la consecuencia de la conducta tipificada como delito, más no a su prevención, logrando objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática, de aquí que se hable de la deslegitimación del derecho penal de uso simbólico (Hassemer, 1991).

Seguidamente, reafirmando su deseo de usar simbólicamente el derecho penal, Losada señala que la reforma al código penal es “necesaria para sensibilizar y llamar la atención sobre la problemática del maltrato a los animales”. Estos argumentos de carácter educativo y cultural desconocen los fines de la pena en un Estado social de derecho, así como el carácter último ratio del derecho penal.

Como lo dije anteriormente, en la sociedad del riesgo se vienen dando las luchas de reivindicación animalista guiadas por pretensiones morales de hombres y mujeres que buscan el respeto y el bienestar de los animales, frente a los peligros en el que éstos se encuentran inmersos es una estructura social tan compleja como la nuestra.

Muestra de los logros de los movimientos animalistas en Colombia es la consagración del principio de solidaridad social, consagrado en el artículo 3 de la ley 1774, el cual dispone que:

“El Estado, la sociedad y sus miembros tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud y su integridad. Asimismo, tienen la responsabilidad de tomar parte activa en la prevención y eliminación del maltrato, crueldad y violencia contra los animales; también es su deber abstenerse de cualquier acto injustificado de violencia o maltrato contra estos y denunciar aquellos infractores de las conductas señaladas de los que se tenga conocimiento”.

Este principio es el resultado de una sociedad que empieza a identificarse como un *todo natural*, en el cual los animales no están distantes de la vida humana, en donde no sólo buscan su protección sino también la de otros seres vivos, frente a los riesgos creados por ellos mismos.

Luego, lo paradójico es que el legislador en su afán de mostrarse severo frente opinión pública de los movimientos animalistas y ante una conducta tan socialmente problemática como lo es el maltrato animal, invoque una opción política, —más que jurídico-penal—, y sobretodo moral, para recurrir al mecanismo de violencia legítima más contundente como es el caso del *ius puniendi* estatal, para implementar

una pedagogía de “ética de la no violencia hacia los seres vivos”, lo que efectivamente calmó parte las demandas de la sociedad en cuanto a protección y bienestar animal, pero que no previene ni ataca las razones de fondo de tan reprochable conducta social. De esta manera, el derecho penal pasa a encarnar un rol político, que consiste en la dirección de conciencias de los ciudadanos, papel que antes cumplía la ética o la moral (Borja, 2009).

Lo anterior, es la evidencia del notorio desplazamiento del ámbito de resolución de un dilema valorativo social al campo jurídico penal, lo que Diez Ripollés (2002) identifica como el proceder legislativo declarativo-formal, es decir, la intención del legislador de “plasmear en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva” (p. 66), con el propósito de que “de alguna manera” la norma en cuestión colabore a la solución del problema.

No hay ningún argumento en la exposición de motivos de la ley animalista que permita inferir que la intervención de fiscales y jueces penales municipales para procurar la protección y bienestar animal sea más eficaz que las autoridades administrativas.

6. La expansión del derecho penal en la sociedad del riesgo

La irrupción en la sociedad del riesgo tiene como consecuencia inmediata y fundamental lo que se denominó la *expansión* del derecho penal, la cual se considera una tendencia de la legislación penal contemporánea por la creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevante, agravación de las penas ya existentes y la relativización de las garantías procesales (Silva, 2001). En pocas palabras, ha revivido una tendencia punitivista.

Además de la percepción subjetiva de inseguridad frente a los potenciales riesgos de una estructura social compleja, una de las causas mediante la cual se atribuye la extensión del derecho penal en una sociedad del riesgo es la aparición en el plano social de “nuevos gestores atípicos de la moral”, es decir, determinados colectivos, asociaciones y movimientos como ecologistas, ambientalistas, animalistas, que son nuevos actores que desde el ámbito público demandan más seguridad (Silva, 2001). Ante la necesidad de satisfacer estas exigencias y calmar la opinión pública, se comenzó a materializar la *administrativización* del derecho punitivo

como una expresión concreta del fenómeno de extensión del derecho penal (Ferrandéz, 2017).

La administrativización del derecho penal, consiste en:

“la incorporación de ilícitos administrativos al Código Penal, convirtiéndolos en delito, de modo que quedan difuminadas las fronteras entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, lanzándose el mensaje de que sólo el derecho penal —esto es, la intervención más dura—, está en condiciones de resolver los problemas” (Ferrandéz, 2017, p. 89).

La ley 1774 de 2016 es un claro ejemplo en donde el derecho penal asume en la actualidad funciones propias del derecho administrativo sancionador como las consagradas en el ENPA, y de esta manera demostrar por parte del legislador un notable adelantamiento de la barrera punitiva en la defensa de lo social. Entonces, el derecho penal termina convirtiéndose en un “derecho de gestión ordinaria” de los problemas sociales (Ferrandéz, 2017).

Para Cervelló (2016), la transición de la tutela administrativa al campo penal no es bien recibida en la medida en que se generan dudas por el hecho de elevar a los animales a la categoría

de “objeto” necesitado de protección y la consecuente expansión punitiva, que “propicia la incapacidad de otros ámbitos jurídicos para resolver los problemas sociales” (p. 36).

Es cierto que el ENPA establecía unas multas que resultan irrisorias en la actualidad, por ejemplo, aquella persona que ejecutara actos dañinos de crueldad contra los animales como herirlo o lesionarlo, así como causarle la muerte innecesaria o daño grave recibía una pena de arresto de quince días a cuatro meses y una sanción económica de \$ 5.000 a \$ 50.000, que podía llegar ser hasta \$ 500.000 para quien ejecute acciones que dañe las reservas naturales afectando a los animales silvestres o salvajes, más una pena de arresto de uno a seis meses. Estas multas tenían que ser aumentadas cada dos años en un 15 %.

Las conductas consagradas en el ENPA que atenta contra el bienestar animal son consideradas contravencionales, eso quiere decir que las autoridades competentes son administrativas. Entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, estas autoridades perdieron la potestad de imponer sanciones privativas de la libertad, por cuanto sólo quedaría vigente la facultad de imponer multas consagradas en el Estatuto por el inspector de policía, que como se vio, son sanciones económicas que

no se ajustan al castigo que merece éste tipo de antisocial.

Era evidente la urgencia de reformar al ENPA, de tal manera que permitiera actualizar las multas allí descritas, reafirmar la contravenciones y aclarar la competencia en cuanto a que la Norma constitucional eliminó algunas autoridades administrativas como los inspectores penales de policía y el Consejo de Justicia en Bogotá, así como derogó la facultad al Gobernador de ser la segunda instancia del alcalde, el inspector de policía o el intendente para el conocimiento de las conductas crueles que atentan contra animales.

Efectivamente, la ley animalista establece en su artículo 4 el nuevo régimen de multas aplicables a todos los actos de crueldad que el hombre realice contra los animales, y que serán competencia de los inspectores de policía, de la siguiente manera:

“los actos dañinos y de crueldad contra los animales descritos en la presente ley –ENPA– que no causen la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física de conformidad con lo establecido en el título XI-A del Código Penal, serán sancionados con multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Lo anterior quiere decir que todos aquellos actos que causen la muerte al animal o le causen lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física serán competencia de los jueces penales municipales, arrebatándoles el conocimiento de éstas a las autoridades administrativas locales, tal como lo disponía el ENPA antes de su reforma; frente a estas conductas se impondrá pena de prisión de 12 a 36 meses, inhabilidad de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco a sesenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. Éste, es un claro ejemplo de administrativización del derecho penal.

La potestad punitiva del Estado tiene unos límites tanto en su fase legislativa como aplicativa, como lo son los principios de legalidad, exclusiva protección de los bienes jurídicos, intervención mínima, culpabilidad, humanidad de las penas y dignidad de las personas (Marquès, 2017), que el legislador pone en entre dicho al hacer uso simbólico del derecho penal para atender las demandas sociales de inseguridad frente a las conductas de maltrato hacia los animales. En este sentido, la legitimidad del derecho penal sólo podría predicarse en la medida en que se observen los límites de la potestad punitiva estatal.

Por otro lado, el legislador penal en el artículo 5 de la ley 1774, que reforma el Código Penal, establece las circunstancias de agravación punitiva para quien cometa el delito de maltrato animal, de la siguiente manera:

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

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

Estos agravantes se van a aplicar a la conducta de todo sujeto activo que cause la muerte o lesiones graves que afectan la salud o integridad física de “un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado”. En ese sentido, la criminalización de la conducta de maltrato animal está delimitada para un número reducido de clases de animales.

Ahora bien, el ENPA define que la expresión animal comprende “los silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos o domesticados”, no habiendo total correspondencia con aquellos animales cobijados punitivamente. En consecuencia, grupos de animales no contarán con la protección que la vigente agravación sí contempla. Esta dualidad puede generar confusión entre las autoridades administrativas y el juez penal que, en todo caso, habiendo un conflicto de competencias se preferirá éste, aun pudiendo representar este hecho un desconocimiento al debido proceso del procesado.

7. La indeterminación del tipo penal

El legislador, con el objetivo de calmar las demandas de seguridad de los ciudadanos sin sacrificar la eficacia de las normas penales, suele recurrir a la tipificación de figuras delictivas sobre elementos subjetivos del tipo, a técnicas jurídicas como la protección de bienes de carácter social antes que el individual y a normas penales en blanco, ampliando el campo de discrecionalidad del juez penal (Durán, 2008); por tanto, el uso simbólico del derecho penal, es decir, aquel eminentemente pedagógico y educativo, suele generar problemas al momento de realizar la

adecuación típica, de tal manera que la conducta objeto de incriminación suele ser difusa y de difícil concreción (Borja, 2009). El delito de maltrato animal, tal como está descrito por el legislador penal, es precisamente un ejemplo de ello.

En el Título XI-A del Código Penal, que trata sobre los delitos contra los animales, establece en el artículo 339A que:

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

Frente a la expresión “menoscaben gravemente”, la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante la sentencia C - 041 de 2017; al respecto, los demandantes manifestaban que dicha expresión es ambigua de manera que no permite establecer de forma clara, expresa e inequívoca

cuando la comisión de la conducta está realizada, es decir, “no es posible determinar cuando la conducta de maltratar a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, resulte grave”, más aun, cuando no existe una tabla o escala de graduación que permita establecer la gravedad de las lesiones causadas al animal, lo cual impide determinar el alcance de la norma penal, vulnerando el artículo 29 constitucional en cuanto al principio de legalidad.

En el examen constitucional, la Corte determinó que el artículo 339A del Código Penal es un tipo penal abierto, es decir, que contiene algún grado de indeterminación, pues aunque establece un sujeto activo universal que comprende todas las personas e indica el grupo de animales que cubre la penalización —detallados anteriormente—, la descripción de la conducta puede generar dificultades interpretativas para las autoridades administrativas y judiciales, pero que resultan superables (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

Este Tribunal entiende que la exigencia de tipicidad no tiene por qué excluir por completo la discrecionalidad del juez o de una autoridad administrativa, sino que la restringe hasta

llegar a un grado admisible: “aquel que garantice la reserva de ley y evite la arbitrariedad”. En ese sentido, la constitucionalidad del tipo penal de maltrato animal debe predicarse, no por su determinación —que la hay—, sino de la posibilidad que existe de superarla satisfactoriamente, y eso sólo es posible en la medida que sus destinatarios pueden establecer los comportamientos permitidos y los prohibidos (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

El tipo penal en mención, prohíbe el maltrato —conducta matriz— por cualquier medio o procedimiento, que tenga como consecuencia uno de dos resultados: (i) la muerte del animal o (ii) la producción de lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física. Los tipos penales abiertos generan dificultades hermenéuticas en cuanto no consagran una descripción completa de la conducta, por lo que merecen un ejercicio más serio de interpretación.

La Corte Constitucional reconoce que existe una dificultad para el legislador de establecer de forma pormenorizada y puntual cada una de las condiciones del tipo penal, por lo que éste se ve obligado a optar por una expresión que “interpretada a la luz de los hechos del caso, el bien jurídico tutelado y de los otros elementos determinantes de la conducta, puede

ser precisada a partir de criterios racionalmente comprensibles” (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

De lo anterior, se debe hacer dos precisiones: primero, el carácter penal o convencional de los actos de maltrato animal depende del resultado que se produzca, pues si la conducta causa la muerte o lesiones que impliquen un menoscabo grave a la salud e integridad del animal, —como ya se había dicho— se aplicará las sanciones penales; de no ser así, se activa el régimen establecido en el ENPA, modificado por la ley animalista 1774 de 2016. Y segundo, la expresión “menoscaban gravemente” permite al interprete realizar juicios diferenciados dependiendo la naturaleza y las condiciones del animal maltratado; en ese sentido, “los comportamientos que tienen un impacto intenso respecto de algunos de ellos, pueden no tener la misma relevancia en otros de acuerdo con su propia naturaleza” (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

La Corte va a considerar que los actos de maltrato que no producen la muerte de los animales y que se encuentran comprendidos en el tipo penal —es decir, aquellos que menoscaban gravemente la salud e integridad de los animales— pueden ser identificados acudiendo a algunos de los comportamientos descritos en el artículo 6 del ENPA (Constitu-

cional, C-041 de 2017, 2017), que en total son 26 y de los cuales se puede presumir que todas las conductas allí descritas representan un menoscabo grave a la salud e integridad de los animales, de tal manera que ¿cómo identificar que un comportamiento considerado cruel por el Estatuto no atentan de manera grave contra la salud e integridad de los animales?

Para el Tribunal constitucional, sólo seis conductas descritas en el artículo 6 del ENPA quedan comprendidas en el tipo penal de maltrato animal, pues considera que todo acto cruel no representa un atentado grave a la salud e integridad física de los animales. Estos comportamientos son:

“(i) herir a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego,

(ii) remover, destruir, mutilar o alterar cualquier miembro, órgano o apéndice de un animal vivo, sin que medie razón técnica, científica, zootécnica, estética o se ejecute por piedad para con el mismo,

(iii) “pelar” o “desplumar” animales vivos,

(iv) recargar de trabajo a un animal a tal punto que como consecuencia del exceso o esfuerzo superior a su capacidad o resistencia se le cause

agotamiento o extenuación manifiesta,

(v) envenenar o intoxicar a un animal, usando para ello cualquier sustancia venenosa, tóxica, de carácter líquido, sólido, o gaseoso, volátil, mineral u orgánico,

(vi) hacer con bisturí, aguja o cualquier otro medio susceptible de causar daño o sufrimiento prácticas de destreza manual o practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizadas para ello” (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

Esta interpretación termina restringiendo aún más la protección penal de los animales ya que conductas como la privación de aire, luz, alimento, movimiento, espacio suficiente, abrigo, higiene o aseo, tratándose de animal cautivo, confinado, doméstico o no, que le cause daño grave, sepultar vivo a un animal o estimular o entumecer a un animal con medios químicos, físicos o quirúrgicos, para fines competitivos, de exhibición o utilización en espectáculo público o privado y en general aplicarles drogas sin perseguir fines terapéuticos, entre otras descritas en el ENPA, son actos crueles que no pueden considerarse un menoscabo grave a la salud e integridad física de los animales.

Bajo esa lógica, quien debe conocer de los anteriores comportamientos son las autoridades administrativas de policía. El argumento para establecer solamente seis conductas obedece a que el delito de maltrato animal es un delito de resultado, de tal manera que para su configuración como delito deben producir un determinado efecto (Constitucional, C-041 de 2017, 2017).

En cuanto a las personas afectadas por la tipificación del maltrato animal en la ley 1774 de 2016, es un aspecto determinante del derecho penal simbólico que la intervención penal no incida sobre delincuentes potenciales próximos, sino que se centra en los ciudadanos susceptibles de ser delincuentes. Ese quiere decir que, la intervención penal “incrementa progresivamente su ámbito de influencia personal desde los ciudadanos responsables penalmente hasta los más alejados de una posible responsabilidad penal” (Diez, 2002, p. 90-91).

Lo anterior quiere decir que la prevención general positiva es la postura que estructura la defensa de las funciones simbólicas del derecho penal, pues está dirigida a los ciudadanos fieles a la ley, pues “se aduce que éstos tienen una tendencia natural a respetarla con el fin de establecer la confianza institucional que tienen en

el ordenamiento jurídico, que se ve afectada por quien realiza una conducta considera desviada” (Gómez, 2014, p. 42-43).

De acuerdo con Durán (2008), al referirse a Hans Welzen, la misión más importante del derecho penal es de naturaleza ético-social positiva para referirse a la prevención general positiva; de ahí, que el Estado no se esfuerce en intimidar con la pena al presunto delincuente, sino que pretenda “fortalecer la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al derecho” (p. 58). En ese sentido, el tránsito de la función instrumental de la pena a la función simbólica, es una práctica de carácter política, tiene como objetivo primordial reforzar la validez de las normas y la confianza institucional de los ciudadanos hacia el ordenamiento jurídico-penal.

8. Una deuda por saldar

La protección que se deriva de la Carta Política de 1991 para con los animales supera la anacrónica visión de que éstos son cosas inanimadas, para reconocer su importancia en el entorno social en que habitan las personas, “en cuanto seres sintientes que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de los principales

sujetos del ordenamiento jurídico: los seres humanos”, de tal manera que se admite que los animales no sólo son fuente de recursos útiles al hombre, visión que se tenía de ellos si se hacía una interpretación exegética del artículo 655 del Código Civil antes de su reforma por la ley animalista (Constitucional, C-666 de 2010, 2010).

En ese sentido, cabe recordar que la ley 1774 de 2016 estableció de manera expresa algunos eventos en los cuales no pueden ser aplicables las penas previstas para el delito de maltrato animal; en su artículo 5, que reforma el Código Penal, dispuso que:

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

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

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

Este último parágrafo, recoge lo dispuesto en el artículo 7 del ENPA, el cual faculta la realización de actos de crueldad contra los animales en actividades culturales como el rejoneo, el coleo, las corridas de toros, las novilladas, las corralejas, las becerradas, las tientas y las riñas de gallos, el cual tuvo control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-666 de 2010.

Los demandantes del artículo 7 del Estatuto, consideran que éste vulnera las normas de protección animal contenidas en la Carta Política, que están encaminadas a evitar el sufrimiento de los seres sintientes no humanos y a garantizar el mayor bienestar posible, de forma que la obligación del Estado de protección de los animales también consiste en impedir el dolor que se causa a un toro, un gallo, un ternero, etcétera, en esas fiestas de tinte cultural (Constitucional, C-666 de 2010, 2010).

La Corte encuentra un choque de principios constitucionales: por un lado, el de protección a los animales, el cual es una obligación que descansa en el Estado y la sociedad de evitar

sufrimientos injustificados a este grupo de seres sintientes; por el otro, con valores manifestados en prácticas de las comunidades, las cuales están respaldadas por regulación legal. En ese sentido, la Sala Plena estimó que las actividades culturales como corridas de todos, las corralejas, las becerradas y las riñas de gallos son celebraciones en el que se ejerce violencia contra los animales, y en las cuales indudablemente se causa dolor y sufrimiento a estos, pero no pueden ser prohibidas ya que “tienen origen en antiguas tradiciones de los pueblos” (Constitucional, C-666 de 2010, 2010).

En la ley 1638 de 2013, que en su artículo 1 prohíbe el uso de animales silvestres, nativos o exóticos en los espectáculos de circos fijos e itinerantes, la Corte Constitucional en ejercicio de control de constitucionalidad indicó que es un deber constitucional y moral de evitar sufrimiento a los animales; en ese orden, la regla de comportamiento humano frente a la naturaleza, en el que se encuentra incluido los animales, es de cuidado y protección, de tal manera que no pueden ser sometidos a procedimientos, maltrato y crueldad sin justificación legítima (Constitucional, C-283 de 2014, 2014).

Lo anterior quiere decir que existen motivos legítimos de orden cultural

que justifican el maltrato animal y que constituyen una barrera para alcanzar la protección real y efectiva de los animales en su vida e integridad en clave de principio constitucional, tal como lo ha desarrollado este Alto Tribunal. En ese sentido, designar a jueces penales y fiscales los responsables de calmar las exigencias morales y sociales en materia de protección animal puede generar resentimientos en las comunidades, no solo por relatividad o frágil ejecución de las disposiciones legales contenidas en la ley animalista 1771 de 2016, sino además por no tener en cuenta la carga de trabajo de los jueces que viene siendo un problema estructural constante en la administración de justicia desde hace años.

En cuestión, en la aclaración de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos a la sentencia C-048 de 2017, indicó que el principio constitucional de protección animal tiene unos límites que se identifican con el desarrollo de otros mandatos de optimización, deberes, fines y valores constitucionales (Constitucional, C-048 de 2017, 2017). Los eventos en los cuales constituye restricción válida a éste principio son:

“(i) las actividades culturales que tienen arraigo en la comunidad, verbigracia las corridas de toros, las

becerradas, las tientas, las novilladas, las riñas de gallos, etc.;

(ii) la cría y sacrificio de animales con un único objetivo de satisfacer los hábitos alimenticios de los seres humanos;

(iii) las costumbres con contenido religioso, según las cuales es necesario sacrificar a un animal;

(iv) la investigación y experimentación científica, evento en el cual, con el objetivo de realizar descubrimientos que mejoren la salud de las personas se hacen experimentos sobre animales;

(v) las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas;

(vi) las acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos o la transmisión de enfermedades zoonicas” (Constitucional, C-048 de 2017, 2017).

Este ejercicio de ponderación que realiza Tribunal Constitucional resulta problemático, pues debe confrontar las ventajas y desventajas que la limitación de la protección conlleva

para bienes como el bienestar animal y los derechos fundamentales, inmersos en las actividades culturales con arraigo en los pueblos colombianos.

9. La defensa de los animales

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Laboral, falló en favor de la tutela que presentó la Fundación Botánica y Zoológica de Barranquilla, mediante la cual se pedía que se negara la acción de habeas corpus concedida al oso “Chucho”, por la que se ordenaba su regreso a la Reserva río Blanco de Manzales donde había vivido toda su vida.

Esta acción de habeas corpus fue admitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en la providencia AHC4806-2017, para proteger el derecho del oso “Chucho” a regresar a su habitad natural en condiciones de semi-cautiverio. En este fallo la Corte reconoce a los seres sintientes sujetos de derechos, no queriendo asignar las mismas prerrogativas de los humanos, pero sí “reconocerles lo correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo”; igualmente, esta Sala reconoce que “los sujetos sintientes no humanos, aunque cuando son sujetos de derechos no posees recíprocamente deberes (CSJ, Sala de Casación Civil y Agraria, AHC4806-2017, 2017).

Respecto a la procedencia de la acción de habeas corpus para con el oso de anteojos “Chucho”, la Corte Suprema en su momento manifestó que:

“En conclusión, si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía supralegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como “seres sintientes”, y por tal, sujetos de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat natural. Claro está, analizando mesuradamente, las circunstancias específicas de cada situación” (CSJ, Sala de Casación Civil y Agraria, AHC4806-2017, 2017).

En cuanto al reconocimiento de derechos para con los animales, la Corte Suprema (2017) en su momento manifestó que tiene como finalidad jurídica, política y ética la necesidad inmediata de crear una fuente de conciencia “para proteger el entorno vital para la sobrevivencia del hombre, de conservación del medio ambiente y como lucha una frontal contra la irracionalidad en la relación hombre-naturaleza”

(CSJ, Sala de Casación Civil y Agraria, AHC4806-2017).

La misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral va a negar la procedencia de la acción de habeas corpus que fuera admitida por su Sala de Casación Civil y Agraria, que había concluido que el oso de anteojos, por ser un ser sintiente, se le vulneraba su derecho a la libertad, al ser trasladado de una reserva forestar ubicada en Manizales a un zoológico en la ciudad de Barranquilla.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en la sentencia de tutela STL12651-2017 (T 47924) va a reconocer que las autoridades judiciales involucradas incurrieron:

“por un lado en defecto sustantivo o material, en tanto sus decisiones al interior de la acción constitucional de Habeas Corpus tuvieron como fundamento normas que no resultaban aplicables, al punto que reconocieron efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador y, de contera, en defecto procedimental absoluto, pues desconocieron las formas propias de cada juicio, como quiera que otorgaron un trámite que es completamente ajeno al que corresponde, lo que en últimas provocó la vulneración al debido proceso de la Fundación Botáni-

ca y Zoológica de Barranquilla” (CSJ, Sala de Casación Laboral, STL12651-2017, 2017).

Lo anterior, para señalar que el legislador en ninguna disposición de la ley animalista 1774 de 2016 consagró que los animales son sujetos de derechos, y que esta concepción no se deriva de la categoría de seres sintientes. En otras palabras, el reconocimiento a la personería jurídica a los animales y de sus derechos fundamentales, por ser Colombia un país con un sistema jurídico *Civil Law*, le corresponde únicamente al poder legislativo y al poder constituyente, no es una facultad que pueda atribuirse un órgano judicial. Por consiguiente:

“ha de insistirse que los animales, en su condición de seres con sensibilidad, deben recibir especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, pero ello no habilita el uso de una acción legal como el Habeas Corpus, la cual ha sido dispuesta por el legislador para garantizar la libertad de los ciudadanos” (CSJ, Sala de Casación Laboral, STL12651-2017, 2017).

Para la Sala, la defensa de los animales ante el maltrato o el abuso, no se resuelve adscribiéndoles el carácter de persona, sino principalmente a

través de otro tipo de mecanismos como el que prevé la ley 1774 de 2016, cuyo objetivo es otorgarles protección contra el sufrimiento y el dolor, causado directa o indirectamente por los humanos, conductas por las cuales se establece un procedimiento tanto policivo como judicial (CSJ, Sala de Casación Laboral, STL12651-2017, 2017). Cabe recordar que la consagración de los animales como seres sintientes no significa que hayan dejado de considerarse bienes muebles “semovientes” o que sobre ellos no se aplique el derecho de propiedad, sino que implica el reconocimiento a la capacidad de sufrir y sentir dolor de todos los seres.

En ese sentido, se defiende la tesis que consiste en entender que las leyes de protección de los animales no crean derechos subjetivos, ni mucho menos, elevan a los animales a la categoría de personas, sino que se encargan de regular los deberes y las obligaciones de los seres humanos en su relación y convivencia con los animales (Cervelló, 2006).

El artículo 3 de la ley 1774, establece los cinco lineamientos del principio de bienestar animal, que no pueden confundirse como los derechos que le asisten a los animales —que no existen—, como presuntamente lo insinuó la Sala Civil y Agraria de la Alta Corte; estas garantías de bienestar animal

estarán a cargo del responsable o tenedor del animal y son:

- “(i) Que no sufran hambre ni sed,
- (ii) que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor,
- (iii) que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido, (iv) que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés y (v) que puedan manifestar su comportamiento natural;”

Este principio de bienestar animal tiene que leerse a la luz del principio de solidaridad social —ya mencionado—, pues es el Estado quien tiene la función de hacer efectiva la protección del maltrato, que como ahora debe entenderse, no sólo tiene rango legal sino constitucional y hace referencia a que “el trato a los animales se basa en el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel”. Por este motivo, el sujeto pasivo en el delito de maltrato animal es el Estado colombiano.

Igualmente, ese principio de solidaridad que va a legitimar a la sociedad para asistir y proteger a los animales con acciones diligentes frente a las conductas que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad

(CSJ, Sala de Casación Laboral, STL12651-2017, 2017).

Para la Sala de la Corte, dada la categoría de ser sintiente y frente a las garantías de protección animal, éstas pueden materializarse a través de acciones populares, como es el caso de la condición de indefensión en la que se encuentra el oso de anteojos “Chucho” o incluso, de manera inmediata, a través de la *aprehensión material preventiva* (CSJ, Sala de Casación Laboral, STL12651-2017, 2017), facultad que le asignó el legislador a autoridad de policía en el artículo 8 de la ley animalista y que adicionó al ENPA, la cual consiste en:

“Retención Preventiva. Cuando se tenga conocimiento o indicio de la realización de conductas que constituyan maltrato contra un animal, o que de manera vulneren su bienestar físico, la Policía Nacional y las autoridades policivas competentes podrán aprehender preventivamente en forma inmediata y sin que medie orden judicial o administrativa previa, a cualquier animal Toda denuncia deberá ser atendida como máximo en las siguientes veinticuatro (24) horas.

Parágrafo. Cuando se entregue en custodia el animal doméstico a las entidades de protección animal el responsable, cuidador o tenedor

estará en la obligación de garantizar los gastos de manutención y alimentación del animal sin perjuicio de las obligaciones legales que les corresponden a los entes territoriales.

En caso de no cancelarse las expensas respectivas dentro de un plazo de quince (15) días calendario, la entidad de protección podrá disponer definitivamente para entregar en adopción el animal”.

10. Conclusiones

La sensación en aumento de inseguridad en la sociedad del riesgo por parte de la ciudadanía explica la implementación de determinadas políticas penales, pero no las justifica ni mucho menos las legitima. El legislador penal al optar por la opción política de extender las conductas típicas en el ordenamiento jurídico suele desconocer los fines y funciones de la política criminal del Estado.

Siempre que se recurre al uso del derecho penal con finalidades políticas, y no las preventivo-instrumentales, se construye un escenario ideal para la aparición de tipos penales con función simbólica, que surgen de la relación entre derecho penal y los intereses políticos frente a la sensación de inseguridad ciudadana.

Es costumbre atribuir como una de las funciones de la criminología, la de denunciar al legislador cuando recurre a la función puramente simbólica del derecho penal, sin mayor eficacia en la solución de los problemas sociales, e incluso, con efectos criminógenos (Hassemer y Muñoz, 1995).

Se acusa que el derecho penal simbólico resuelve los conflictos sociales que ostenta el carácter psíquico, es decir, la inseguridad subjetiva y el miedo de la ciudadanía, sin que se resuelva objetivamente el problema o se ataquen las fuentes de riesgo. De tal manera que, la promulgación de la norma penal, como lo es la del maltrato animal, produce en la ciudadanía la convicción de interés político en la resolución de un problema que aún se encuentra vigente y muy arraigado en la sociedad.

La ley 1774 de 2016 es la muestra del cambio sociocultural que se viene experimentando en las sociedades del riesgo, en las que se sancionan penalmente conductas que atentan contra el bienestar y protección animal. Esta tipificación del maltrato contra los animales trae dos complejidades: por un lado, la indeterminación del tipo penal que puede generar confusión a las autoridades judiciales y administrativas; y por el otro, su consagración como conducta delic-

tiva está encaminada a transformar costumbres culturales fuertemente arraigadas en la sociedad colombiana, para generar una ética de la no violencia contra los animales y sobretodo, una pedagogía de convivencia social que rechaza los vejámenes contra todo ser sintiente humano o no.

En todo caso, la promulgación de la ley animalista que implicó la tipificación de la conducta de maltrato animal como delito, trajo tranquilidad a los movimientos animalistas y brindó parcialmente las garantías de seguridad y protección penal animal que venían reclamando durante años.

Bibliografía

- Alcácer, R. (2002). La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (4), 1-30.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A
- Borja, E. (2009) Globalización y concepciones del derecho penal. *Estudios penales y criminológicos*, 29, 141-206.
- Cervelló, V. (2016). El derecho penal ante el maltrato de animales. *Cuadernos de derecho penal*. P. 33.53
- Díaz, M., Faraldo, M. (2002). La utilización simbólica del derecho penal en las

- reformas del código penal de 1995. *Revista derecho y procesal penal* (7), 119-152.
- Diez, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie*, 35 (103), 63-97.
- Durán, M. (2008). La prevención general positiva y el derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso de expansión de la legislación penal. *Corpus Iuris Regionis*, (8), 57-72.
- Ferrandéz, S. R. (2017). Tópicos do direito penal da pós-modernidade e âmbito do rol crítico da doutrina especialista. *Argumenta Journal Law*, (26), 81-144.
- García, M. (2008). El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales. *Revista catalana de seguritat pública*, (18), 39-65.
- Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo Foro Penal* (51), 17-30.
- Hassemer, W., Muñoz, F. (1995). La responsabilidad por el producto en Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, M. (1993). La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes.
- Gómez, M. (2014). La protección penal ambiental: uso ilegítimo de las funciones simbólicas del derecho. *Revista Ratio Juris* 9 (19), 27-52.
- Larrauri, E. (2000). La herencia de la criminología crítica. Madrid: Siglo XXI de España editores.
- Marquès, M. (2017). Problemas de legitimación del derecho penal del miedo. *Política criminal*, 12(24), pp. 690-730.
- Silva, J. M. (2001). La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Editorial Civitas, 2da. Edición.
- Van, L. (2017). El derecho penal simbólico y la ineficiencia del Estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad. *Revista Vox Juris*, 33 (1), 123-133.

Concepto, normatividad y sentencias judiciales

Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 087 de 2014. "Por medio de la cual se modifica el Código Civil, la ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones". Exposición de motivos.

Consejo Superior de Política Criminal. Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 172 de 2015 Senado 087 de 2014 Cámara "por medio del cual se modifica la Ley 84 de 1989, se modifica el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones". Concepto No. 15.14 del 4 de septiembre de 2014.

- Congreso de la República. Ley 84 de 1989 “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia”. Diario Oficial. 39.120.
- Corte Constitucional, sentencia C-666 de 2010.
- Congreso de la República. Ley 1638 de 2013 “Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes”. Diario Oficial: 48.834.
- Corte Constitucional, sentencia C-283 de 2014.
- Congreso de la República. Ley 1774 de 2017 “Por medio de la cual se modifica el Código Civil, la ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 49.747.
- Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2017.
- Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, providencia AHC4806-2017 (T 1700122130002017-00468-02) de 2017
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, providencia STL12651-2017 (T 47924) de 2017.