

Consideraciones y análisis dogmático del delito de maltrato animal en Colombia a la luz de la ley 1774 de 2016 y el replanteamiento de los elementos estructurales del tipo

Considerations and Dogmatic Analysis of the Crime of Animal Abuse in Colombia in Light of Law 1774 of 2016 and the Rethinking of the Structural Elements of the Type

Brajim Beetar-Bechara¹

Fundación Universitaria Antonio de Arévalo Unitecnar – Cartagena, Colombia
decano.facs@unitecnar.edu.co

David Sandoval-Meléndez²

Universidad de Cartagena – Cartagena, Colombia
dsandovalm@unicartagena.edu.co

Georgina-Isabel De León-Vargas³

Corporación Universitaria Rafael Núñez – Cartagena, Colombia
georgina.deleon@curnvirtual.edu.co

Cómo citar/ How to cite: Beetar, B., Sandoval, D. & De León, G. (2024). Consideraciones y análisis dogmático del delito de maltrato animal en Colombia a la luz de la ley 1774 de 2016 y el replanteamiento de los elementos estructurales del tipo *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 19(1), 140 – 166. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2024v19n1.11359>

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2023 Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA
Fecha de evaluación: 30 de octubre de 2023 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)
Fecha de aceptación: 7 de diciembre de 2023 Published by Universidad Libre

Este artículo se deriva de la investigación conjunta realizada para los Programas de Derecho de la Fundación Universitaria Antonio de Arévalo Unitecnar y la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena.

- 1 Abogado de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia). Especialista en Derecho Procesal Penal y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Fundación Universitaria Antonio de Arévalo Unitecnar y docente del programa de Derecho de esta institución.
- 2 Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal y en Derecho de la Empresa de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena e integrante del grupo de investigación Forseti.
- 3 Abogada y Magíster en Derecho Laboral por la Universidad Autónoma de Guerrero, México. Par evaluador reconocido por MINCIENCIAS e Investigador Junior en MINCIENCIAS. Líder del Grupo de Investigación en Derecho Público del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena. Docente de tiempo completo con funciones de Coordinación de Investigación del Programa de Derecho en el mismo campus. Docente Fundación Universitaria Antonio de Arevalo UNITECNAR.

Resumen

En este contexto, es objeto del presente trabajo realizar un análisis en torno a las distintas teorías planteadas por parte de la doctrina a la hora de determinar los avances jurídicos y sociales en torno al estatus del animal, identificar el bien jurídico a proteger a través de la tipificación de la conducta punible de maltrato animal, así como a las críticas que dichos planteamientos han generado por parte de sectores doctrinales contrarios a las mismas. Para ello, se analizarán las hipótesis planteadas por distintos autores y autoras de impacto en la materia, así como algunas manifestaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales a través de sus providencias.

Palabras clave

Maltrato animal; derecho animal; derecho penal; bien jurídico; Colombia.

Abstract

In this context, the object of this work is to carry out an analysis of the different theories proposed by the doctrine when determining the legal and social advances regarding the status of the animal, identifying the legal asset to be protected through the classification of the conduct punishable by animal abuse, as well as the criticism that these approaches have generated from doctrinal sectors contrary to them. To this end, the hypotheses raised by different authors with an impact on the matter will be analyzed, as well as some statements by national courts through their rulings.

Keywords

Animal abuse; animal law; Criminal law; legal good, Colombia.

Introducción

Antes de iniciar una discusión dogmática sobre los elementos estructurales de un tipo penal específico se hace necesario establecer cuál es el bien jurídico que se pretende proteger.

En este caso en particular, autores como Maschi, Carbone y Ferrari (2019) citando a Broom (2016), consideran que toda esta información ha permitido que se avance en el conocimiento de las especies. Parte de ese avance, es comprender que el animal no solo se compone de su fisiología sino también se hace necesario analizar su comportamiento. “Es a partir de esta redefinición del animal que surge un nuevo objeto de estudio para la ciencia: la relación del animal con su entorno y, a su vez, una nueva dimensión en la que se cuestiona no solo lo que se hace con él, sino también cómo está y siente en relación con lo que se le hace. Es decir, como está el animal en relación con sus intentos de afrontar las demandas del ambiente y lidiar con él.

Metodología

Este artículo se circunscribe dentro de un enfoque cualitativo, debido a que se centra en el estudio de una norma, como es caso de la descripción de la conducta punible de maltrato animal artículo 339-A que hace parte del título XI A del libro II del Código Penal colombiano, el cual necesita ser profundizado para efectos de establecer si sus elementos estructurales están en concordancia con las tendencias jurídicas plasmadas en legislaciones internacionales con más avances y si en realidad sugieren una protección integral a los animales como sujetos de derechos.

Considerando que desde el Derecho se pueden presentar soluciones ante casos concretos de colisión de derechos esta investigación debe ser de tipo jurídico, especialmente desde la vista del derecho constitucional y penal

Así mismo, el alcance del presente estudio es de tipo descriptivo-prescriptivo, ya que del conocimiento de la legislación y, en especial, de lo que ha sucedido en el derecho comparado se pueden proponer las soluciones para el tema objeto de investigación en Colombia.

Esta investigación tiene solo fuentes secundarias compuestas básicamente de legislación nacional, internacional, jurisprudencia nacional, internacional, textos y artículos científicos publicados en revistas especializadas. La principal técnica utilizada consistió en la revisión y el análisis documental de las fuentes secundarias descritas anteriormente.

¿Cuál es el bien jurídico tutelado?

Antes de iniciar una discusión dogmática sobre los elementos estructurales de un tipo penal específico se hace necesario establecer cuál es el bien jurídico que se pretende proteger.

En este caso en particular, autores como Maschi, Carbone y Ferrari (2019) citando a Broom (2016), consideran que toda esta información ha permitido que se avance en el conocimiento de las especies. Parte de ese avance, es comprender que el animal no solo se compone de su fisiología sino también se hace necesario analizar su comportamiento. “Es a partir de esta redefinición del animal que surge un nuevo objeto de estudio para la ciencia: la relación del animal con su entorno y, a su vez, una nueva dimensión en la que se cuestiona no solo lo que se hace con él, sino también cómo está y siente en relación con lo que se le hace. Es decir, como está el animal en relación con sus intentos de afrontar las demandas del ambiente y lidiar con él. Estos conceptos componen lo que se denomina bienestar animal” (p.22)

De hecho, hay autores como H. Rojas, L. Stuardo & D. Benavides (2005) quienes replican el concepto de bienestar animal de acuerdo con Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE):

El bienestar animal ha sido definido por la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) como el término amplio que describe la manera en que los individuos se enfrentan con el medio ambiente y que incluye su sanidad, sus percepciones, su estado anímico y otros efectos positivos o negativos que influyen sobre los mecanismos físicos y psíquicos del animal (p.550)

Respecto a este tema, por ejemplo, De Juan (2019) ha establecido que el asunto dista mucho todavía de ser una cuestión pacífica a la luz de su complejidad ética, técnica y filosófica. Este autor quien investiga para el reino de España considera que, gracias a este enfoque el bienestar animal sería el bien jurídico que sustente la creación de conductas punibles a favor de los animales, y que este bienestar no solo se limite a su vida e integridad física, sino que incluya la prohibición de la explotación sexual, tema que ha adquirido relevancia a partir del año 2015 que inclusive podría extenderse a la protección de la integridad psíquica a la luz de la interpretación que el autor hace del artículo 337 del C.P. español (p. 121-122)

Sobre este mismo tópico, es decir, el bienestar animal como bien jurídico tutelado, Maschi, Carbone y Ferrari (2019) citando a Hughes (1976), incluso proponen los elementos constitutivos del mismo:

El bienestar animal tiene dos componentes: físico y del comportamiento. El primero se manifiesta por un estado excelente de salud y el segundo se manifiesta por el desarrollo comportamental completo, específico de especie o cepa dada, junto con la ausencia de comportamientos atípicos para la especie. El bienestar del comportamiento refleja el bienestar psicológico, de manera que estos dos términos llegan a ser sinónimos para nuestro uso. Para crear un estado de bienestar, cada animal necesita, entre otras cosas, un ambiente social en el cual puede gozar de un mínimo de contactos básicos y de relaciones sociales positivas. El comportamiento social permite a los animales adaptarse a las condiciones de alojamiento. Enjaular a los animales, solos, por pareja o por grupos, debería ser hecho de manera de crear un ambiente estimulante apropiado para cada especie (p.23)

Son los mismos Maschi, Carbone y Ferrari (2019) pero quienes están vez citando a Broom (1986) se respaldan en otra definición de bienestar animal y destacan sus características principales:

(...) Entre sus considerandos, Broom destaca que: a) el bienestar es una característica de un animal y no algo que se le otorga; b) puede variar desde muy pobre a muy bueno; c) debería poder medirse de una manera científica, independientemente de las consideraciones éticas; d) las medidas de cuán difícil le ha resultado a un individuo adaptarse dan una idea de cuán pobre es su bienestar; e) el conocimiento de las preferencias de un animal otorga una información sumamente importante para lograr que tenga un buen bienestar, por lo tanto las mediciones directas de cómo se encuentra se deben utilizar para mejorar el mismo (p.23)

Al lado de estas definiciones se debe tener en cuenta la noción de salud según la OMS estableciendo que; “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁴, esta noción

4 La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948

es muy amplia y de debe entender como el bienestar de un organismo vivo, tanto desde el punto de vista mental como físico y social”, y no solo se refiere a la ausencia de enfermedad. La anterior concepción inclusive ha sido malinterpretada por muchos científicos debido a que reducen el concepto de bienestar animal y consideran que es suficiente que la integridad física se encuentre optima, aunque la calidad de vida sea deficiente (Maschi, Carbone y Ferrari, 2018, p.23)

En la actualidad se tiene que de acuerdo con la OIE⁵ (organización mundial de la sanidad animal) existen cinco libertades que están basadas en las del Britain's Farm Animal Welfare Council (FAWC) que representan el bienestar animal, las cuales son; 1.debe estar libre de hambre, sed y desnutrición, 2. debe estar libre de miedos y angustia, 3. debe estar libre de incomodidades físicas o térmicas, 4. debe estar libre de dolor, lesiones o enfermedades y 5. debe estar libre para poder expresar las conductas y pautas de comportamiento propias de su especie.

Un aspecto que no se puede dejar de mencionar en este acápite es lo relativo a la protección del animal concebido mas no nacido, tema sobre el cual no se ha tratado mucho, solo autores como Jaurrieta (2019) han expresado una preocupación manifiesta al respecto estableciendo que:

Abundando en lo anterior y siguiendo con la objeción que supone que los animales no puedan ejercer sus derechos, existe un planteamiento por parte de los sectores enfrentados en este aspecto. Así, según este, no cabe la posibilidad de reconocer derechos subjetivos a los animales, puesto que estos no tienen la capacidad para ejercerlos debidamente. Frente a esta idea, se ha planteado nuevamente una comparación, nuevamente salvando las distancias, con las personas incapacitadas y las concebidas, pero no nacidas. Tales personas están protegidas por una serie de derechos subjetivos pese a que no pueden ejercer los mismos, haciéndolo a través de tutores o representantes judiciales. Por lo tanto, se apunta a la extrapolación de dicha posibilidad al reino animal, es decir, al ejercicio de tales derechos por medio de los representantes oportunos (p.193)

5 La OIE es la organización intergubernamental encargada de mejorar la sanidad animal en el mundo. La Organización Mundial del Comercio (OMC) ha reconocido las normas dictadas por la OIE, que en 2018 contaba con 182 Países Miembros, como normas de referencia mundial. La OIE mantiene relaciones permanentes con acerca de otras 75 organizaciones internacionales y regionales, y dispone de oficinas regionales y subregionales en todos los continentes.

También y aspirando a que este trabajo sea considerado un análisis dogmático desde la ciencia del Derecho Penal, se hace imperativo referenciar al maestro Zaffaroni (2015), quien aporta a la discusión sobre el bien jurídico tutelado dentro del punible objeto de estudio manifestando que “el bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos” (p.53)

En esta misma línea, autores como, Arguello (2019) referencian el surgimiento del paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el cual ha entendido, creado y ampliado otras formas de asimilar el concepto de sujeto de derechos y ha permitido dar aceptación haciendo el reconocimiento como sujeto de derecho a entes vivos no humanos como lo son la naturaleza y lo que principalmente nos atañe que son los animales no humanos. Para la autora referenciada, esta situación ha transformado las condiciones del estado de derecho de países como la República de Bolivia, Ecuador y Venezuela los cuales han modificado la comprensión del derecho de la Pachamama y ha planteado generar cambios morales y sociales respecto a los derechos de la naturaleza y de los animales no humanos.

En Colombia se han acogido a través de normas, directrices y recomendaciones elaboradas en materia de sanidad animal y zoonosis, los parámetros de la Organización Mundial de Sanidad Animal, de hecho, si se hace una revisión del contenido del artículo 3^o de la ley 1774 de 2016, se podría concluir, que este es un intento de materializar las cinco libertades del bienestar animal.

Otro grupo de normas como los Códigos Sanitarios de Referencia para los animales terrestres y acuáticos y los Manuales de Referencia para las pruebas de diagnóstico y de vacunas para los animales terrestres y acuáticos, también son un fiel reflejo del avance legislativo que el país ha tenido sobre el tema de protección animal.

6 Artículo 3°. Principios. a) Protección al animal. 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; b) Bienestar animal. En el cuidado de los animales, el responsable o tenedor de ellos asegurará como mínimo: 1. Que no sufran hambre ni sed, 2. Que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor; 3. Que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido; 4. Que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés; 5. Que puedan manifestar su comportamiento natural; 1 I c) Solidaridad social. El Estado, la sociedad y sus miembros tienen la obligación de asistir y '1 proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física. 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.

Sin embargo, cabe resaltar que la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional apunta como un deber la tutela a los animales a fin de proteger el medio ambiente del cual hacen parte, teniendo muy en cuenta los beneficios que este le otorga al ser humano, no como razón inherente a él animal en si mismo que siente y tiene una integridad física y emocional, sino como parte estructural del entorno indispensable para la subsistencia humana.

La **Constitución de 1991** no regula específicamente lo atinente a los «derechos de los animales», ni tampoco establece norma alguna que confiera directamente derecho a los animales con algún grado de peligrosidad. Sin embargo, a partir de la Sentencia C-666 de 2010 se estableció que según el inciso segundo del artículo 79 de la Constitución es deber del Estado, “*proteger la diversidad e integridad del ambiente*”, y que dentro de los elementos que integran el medio ambiente se encuentran los animales, que no deben ser tratados como un recurso utilizable para los seres humanos, sino como “*otros seres vivos que comparten el contexto en que se desarrolla la vida humana*”⁷. (sentencia C-059 2018)

El tipo objetivo

El artículo 339A del Código penal colombiano que tipifica el maltrato animal, quedó redactado de la siguiente manera:

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

Los sujetos

La norma contiene un sujeto activo universal, que, si bien en ella se presenta como singular indeterminado, es decir que no exige una cualificación especial, los tres párrafos del artículo 339b enlistan una serie de excepciones que excluyen de responsabilidad penal a una significativa variedad de individuos, dada la justificación legal respectiva; en apariencia dentro de este marco no ha de tenerse en cuenta, o por lo menos no se priorizará las consideraciones relativas al bienestar

⁷ Ver Sentencias C-283 del 2014.

animal, sino que sobrepondrán aspectos que según el caso permitirían el maltrato e incluso el sacrificio.

El primer párrafo en mención releva de sanción a los profesionales que se encarguen del cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, de animales, además los de beneficio y procesamiento relacionados con la producción de alimentos y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas. A juicio de los suscritos dentro de semejante amplitud de actividades se torna prácticamente infructuoso el avance normativo de cara a la prohibición de maltrato animal, ya que reduce esta a acciones de intolerancia, debido a que quienes de manera profesional se dediquen a maltratar animales no serán objeto de censura penal.

El segundo párrafo, antepone la salud pública humana a la existencia de animales sin distinción, pues excluyen a quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, entendida esta última como cualquier enfermedad y/o infección que es naturalmente “transmisible desde animales vertebrados al hombre”, es clasificada como una zoonosis de acuerdo a la publicación de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) “Zoonosis y enfermedades transmisibles comunes al hombre y los animales”.⁸

Finalmente y en principio el último párrafo, torna inmune del alcance penal a todas aquellas personas que lleven a cabo actividades de rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos; es decir, a estas prácticas, caracterizadas, por infringir intensos sufrimientos a determinados ejemplares se les reconoce un componente cultural más importante, que en pleno siglo XXI supera todo el análisis que sirvió de sustento para la tímida incursión en la protección legal de ciertos animales sin embargo este tema se debe modular en virtud de lo establecido en las sentencias de la Corte Constitucional C-041 de 2017 y C-133 de 2019, discusión que se dará mas adelante en el acápite correspondiente a la exclusión de la punibilidad

El objeto material

Respecto a este punto, el debate se centra en considerar o no a los animales como víctimas y por lo tanto sujetos de derechos subjetivos. Autores como Bernuz

⁸ <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Zoonosis%20y%20cuidado%20de%20mascotas.aspx#:~:text=Se%20considera%20zoonosis%20a%20cualquier,al%20hombre%20y%20los%20animales%E2%80%9D>.

(2020), después de revisar las diferentes posturas dogmáticas al respecto concluye que por mucho que se quiera darle ese estatus al animal, el derecho europeo no ha avanzado lo suficiente como para hacer esa conclusión:

Pese a las discusiones doctrinales sobre si considerar o no al animal maltratado o abandonado como víctima, lo cierto es que éste queda fuera del concepto de víctima que maneja la Directiva europea 2012/29/UE, sobre derechos de las víctimas, como “la persona física que haya sufrido un daño, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal” (art. 2.1). En el mismo sentido se pronuncia la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito que se refiere a las “personas físicas” como víctimas directas o indirectas de un delito (p.402-403)

Ahora, lo primero que hay que decir, es que se incluyen no solo a los animales domésticos o de compañía, sino también aquellos salvajes o silvestres que se encuentren en territorio colombiano, a diferencia de otras disposiciones de carácter penal en otros países como en España, que solo castiga el maltrato de animales domésticos o amansados, que no vivan en estado salvaje. Que el ámbito de aplicación del artículo incluya a todos los animales es coherente, pues no tendría sentido establecer una discriminación que castigara el maltrato a un perro, y dejara impune el que se produjera a un primate. Eso sí, se deja claro, que estamos hablando de animales vertebrados, es decir, de aquellos animales sintientes, en concordancia, con lo que se estableció en el artículo 1 y 2 de la Ley 1774 de 2016 (Contreras, 2016, p.14).

De cara al análisis estructural del tipo penal bajo estudio, debemos precisar que el autor Contreras (2016), interpreta como que este se ocupa sólo de los animales vertebrados, ahora, es claro que el objeto material contiene una clasificación más detallada como a renglón seguido podemos notar.

Las particularidades del objeto material, se alternan en una muy específica clasificación que distingue dos características diferenciales, pues de cara a los animales domésticos y amansados, o domesticados como los denomina el Código Civil no se incluyen mayores requisitos, circunstancia que permite inferir, de cara al ámbito de protección de la norma, que la amplitud que genera tal indeterminación, busca también salvaguardar el vínculo estrecho que se forma al incluir en el entorno del hogar a un animal, ya sean de los que habitualmente suelen usarse como

de compañía o aquellos que aun siendo salvajes fueron amansados; teniendo en cuenta la potencial afectación anímica que pueden padecer los miembros de la familia, una vez aquellos sean objeto de maltrato, esta premisa amplía el espectro de variedades a invertebrados donde podemos entender que, por ejemplo, arácnidos como ciertas tarántulas y alacranes o moluscos como las medusas, llegarían a ser potencialmente objeto de tutela siempre y cuando hayan sido amansados; pues de otro lado y de cara al segundo grupo, animales silvestres vertebrados o exóticos vertebrados, estas mismas especies estarían excluidas.

Verbo rector e ingredientes especiales del tipo

Por otro lado, teniendo en cuenta la norma penal colombiana, no se considerará como delito, cualquier acto de maltrato, entendido como todo comportamiento (puntual o repetido) que con intención injustificada causa daño, dolor o sufrimiento, sea físico o psicológico, a un animal, y que puede consistir tanto en acciones directas o coercitivas, como en acciones omisivas o negligentes respecto a sus necesidades básicas. Coppa (2017), citado en Gonzalez, (2019) pues la conducta descrita en el anterior precepto es de resultado material. Si se produce un maltrato que conlleva un menoscabo grave en la salud o en integridad física del animal será entonces suficiente, para que entre dentro del tipo penal. En otras palabras, un maltrato que no conlleve las consecuencias antes descritas no tendrá relevancia penal. Se deja por fuera el maltrato psíquico al animal, aunque también es cierto, sin embargo, que el mismo suele acompañarse de un maltrato físico que, por acción u omisión, produce lesiones físicas o la muerte, determinando la tipicidad del delito. (Contreras, 2016, p.14).

Si bien el tipo específico no precisa la clase de maltrato que actualiza la comisión de aquel, en este sentido diferimos del autor Contreras (2016), ya que consideramos que efectivamente la noción conglobante de la Ley 1774 de 2016 advierte de manera textual que se pretende con ella salvaguardar la vida, la integridad física y emocional de los animales, tal y como se encuentra plasmado en la denominación del capítulo único, en donde se incluye la integridad emocional.

Así las cosas, consideramos que no solo el maltrato físico es objeto de tutela penal, en tanto que, situaciones que generen estrés o angustia a estos seres sintientes, puede ser objeto de censura y sanción penal.

Esto porque tradicionalmente se ha considerado la salud como un complejo equilibrio de índole tanto físico como psíquico, paradigma que está respaldado con sustento científico.

Encontramos como ingrediente especial del tipo que este estipula uno normativo, conforme el cual la conducta puede ser realizada “por cualquier medio o procedimiento”, la indeterminación de esta clase de ingredientes, apareja más bien una especie de énfasis de índole parlamentario que no adiciona como tal un particular modo de llevar a cabo la conducta objetiva, ya que al tratarse de “cualquier” abarca a todos los medios o procedimientos posibles, que dicho sea de paso, si no se hubiera incluido, causaría exactamente el mismo efecto; cosa distinta hubiera sido si se hubiera determinado que medio o procedimiento, sería el que tendría trascendencia penal.

Aunque la conducta de maltrato descrita en la conducta punible que implica la causación de la muerte y las lesiones, acudiendo a autores como Gonzalez (2019), quien hace un interesante estudio sobre la relación de la psicología y el maltrato animal, se pueden referenciar unas conductas constitutivas del mismo:

(...) Su tipología de los maltratos más frecuentes perpetrados contra los animales de compañía se resume en seis circunstancias: a) Restringirles el movimiento (confinación, utilización de correas o arneses que provocan dolor y hasta amputaciones). b) Carencia de lo básico para sobrevivir: agua, refugio, comida. c) Abandonarlos a su suerte. d) Descuido de la salud (no llevarlos al veterinario, heridas, alimentación tóxica, fracturas) e) Agresiones físicas (golpes, cortaduras, estrellar, quemar, etc.) f) Abuso psicológico (miedo, ansiedad, aislamiento, privación de amor y afecto y falta de estímulos recreativos). (Vermeulen, Hannelie y Johannes Odendaal 1993, citado en Gonzalez, 2019)

Complementos descriptivos

A manera de complemento descriptivo, encontramos la expresión; “*causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física*”. La descripción de la característica puntual del resultado fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que produjo una muy importante providencia de la Corte Constitucional, la C-041 de 01 de febrero de 2017.

Esta jurisprudencia señala que este tipo en particular se caracteriza por ser abierto, es decir que le otorga al juzgador una discrecionalidad mucho mas amplia en torno a definir que se puede llegar a entender por un grave menoscabo a la salud o a la integridad física.

Pero lo más relevante es que este complemento descriptivo permite distinguir el ámbito de sanción de una conducta, que no considera como irrelevante los actos que no menoscaban de manera grave la salud y la integridad física de los animales, sino que aquellos habrán de ser sancionados por la jurisdicción penal y los demás serán objeto de censura contravencional: *la expresión “menoscabar”, de acuerdo con la acepción natural del término, significa “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo o reducirlo” así como “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”. A su vez, la expresión “grave” significa “grande, de mucha entidad o importancia” y se opone a lo nimio, insustancial o intrascendente. Tales significados hacen posible identificar el resultado del acto de “maltrato” al definir su intensidad y permitir diferenciar entre lesiones profundas y lesiones ligeras. Solo las primeras constituyen un menoscabo grave⁹*

El anterior considerando se podría interpretar en el entendido que el alto tribunal considera que la acción u omisión que implique maltrato debe entenderse como un deterioro en la salud o integridad con “un impacto significativo en las funciones vitales de los animales”. Ya establecido la categoría de la lesión o en el resultado dañoso en las funciones vitales de los animales, corresponde analizando caso por caso si estamos en presencia de un deterioro grave de su salud o integridad, eso si, atendiendo la naturaleza o características del animal.

Se observa como la Corte, para darle contenido al ingrediente normativo y tratar de superar el campo de la indeterminación, acude a la formula del reenvío contenida en el artículo 6 de la ley 84 de 1989 estableciendo “*que no todos los actos de crueldad suponen al mismo tiempo un “menoscabo grave” de la salud o la integridad, es correcto concluir que quedan comprendidos por dicha descripción los que supongan (i) herir a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego –literal a–, (ii) remover, destruir, mutilar o alterar cualquier miembro, órgano o apéndice de un animal vivo, sin que medie razón técnica, científica, zooprofiláctica, estética o se ejecute por piedad para con el mismo –literal c–, (iii) “pelar” o “desplumar” animales vivos –literal k–, (iv) recargar de trabajo a un animal a tal punto que como consecuencia del exceso o esfuerzo superior a su capaci-*

9 C-041 de 2017

dad o resistencia se le cause agotamiento o extenuación manifiesta —literal m—, (v) envenenar o intoxicar a un animal, usando para ello cualquier sustancia venenosa, tóxica, de carácter líquido, sólido, o gaseoso, volátil, mineral u orgánico —literal o— y (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 —literal s— (50)¹⁰

Hay que decir, que, aunque la ley 84 de 1989 no es en estricto sentido una normatividad penal, si describe algunos de los actos mas comunes de crueldad o maltrato y, en esa medida, ayudan a comprender el alcance del tipo penal. Lo que se queda claro es que cada uno de esos comportamientos exigen un resultado específico lo que necesariamente ubica al tipo penal en un delito de resultado de acuerdo con la categoría del alcance naturalístico de la conducta.

Forma de la conducta punible

El tipo subjetivo admite solamente la modalidad dolosa, lo que incluye naturalmente el dolo eventual, figura que tal vez no sea suficiente para superar la dificultad que presupone la configuración de una comisión por omisión en estos delitos, de cara a la estructura convencional de la posición de garante, ya que el legislador con la expedición de la ley, no incorporó en el parágrafo del artículo 25 del Código Penal al maltrato animal, este parágrafo limita las situaciones que configuran la posición de garante a las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales y consideramos que debió haber sido objeto de actualización.

Es decir, esa frecuente modalidad de maltrato animal que consiste en dejar a las mascotas en los vehículos con los vidrios cerrados o amarrados o confinados en lugares donde se les priva de las condiciones necesarias para su subsistencia, sin que normativamente pueda ser reconocidos en quien propicia estas condiciones deplorables, ninguna de las posiciones de garante del artículo 25 del código penal, dificulta bajo una óptica dogmática tradicional, la persecución del infractor, pues el tipo penal es en esencia un tipo de acción y como veníamos mencionando las situaciones de posición de garante no se incluyen en aquellas en las cuales surten efecto.

10 *ibidem*

No obstante consideramos que al tener los propietarios de mascotas a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, derivada del mandato legal contenido en el artículo 3 de la ley 1774 de 2016, aparece una particular posición de garante no solo en cabeza del propietario, sino también en quienes no lo son, e imponen la obligación de velar por la salud y la integridad física de los animales, buscando erradicar toda manifestación de violencia, incluidas según nuestro entender, los maltratos producidos por omisión.

Lo que si resulta insuperable puede ser la ausencia de la modalidad culposa, que, al no haberla incluido, deja desprovista de sanción a quienes no cuentan con los mínimos cuidados que propendan por el equilibrio que requiere el trato con los animales.

Los amplificadores del tipo penal

La tentativa

Por regla general, los tipos penales de lesión y resultado suelen permitir la tentativa, consideramos que el maltrato animal no es la excepción, sin embargo, advertimos una suerte de situaciones que en la práctica podrían representar alguna dificultad en la aplicación de esta figura.

De hecho, no es una controversia nueva, pues se trata de la misma dificultad que se presenta al momento de estructurar una tentativa en los delitos de lesiones personales, los cuales al no poder precisar con antelación cual pudo haber sido la magnitud de la lesión que se vio frustrada, imposibilitan la sanción de la tentativa de cara a las lesiones personales tanto de humanos como de animales.

No ocurre lo mismo con el homicidio y en ese mismo orden de ideas, tampoco con un maltrato que potencialmente aparejare como resultado la muerte de un animal, ya que esta hipótesis, siempre y cuando se reúnan los presupuestos de la tentativa, podrá ser sancionada de acuerdo con los parámetros del artículo 27 del Código Penal.

Ahora bien, no habría discusión si acaso el animal después del ataque frustrado no hubiera sufrido ningún daño grave. Pero el hecho de haber equiparado las lesiones graves con la muerte del animal sin distinción alguna, cobra un extraño sabor en la boca, de cara a la tentativa, en cuanto no resultaría lógico que alguien que le

haya causado un grave daño en la salud o en la integridad de un animal, sea sancionado de una manera privilegiada, arguyendo que su intención no era lesionarlo sino que lo que pretendía era matarlo y que por un hecho ajeno no pudo perfeccionar su infame cometido, mientras que si solo hubiera querido lesionarlo, sea objeto de la sanción completa.

La autoría y participación

Consideramos que las distintas variedades de autoría y participación no tienen ninguna restricción al momento de ser aplicadas a este tipo penal, exceptuando obviamente la autoría por representación, ya que, por su configuración estructural, admite todas las posibilidades tanto para los intervinientes de propia mano, como para quien instrumentaliza o se valen de otros para llevar a cabo el punible.

Destacan en este acápite la instrumentalización de otros animales que son ejercitados o habituados en agredir a otros, ya como parte de un entrenamiento en las peleas clandestinas de perros o como por simple diversión, quienes dada la ferocidad de los ejemplares que usan en estas prácticas perversas suelen acarrear consecuencias muy graves.

El concurso de tipos penales.

Dada la naturaleza de la tutela del bien jurídico que proyecta proteger los animales y su íntima relación con la preservación del medio ambiente y la constitución ecológica, consideramos que los tipos penales que hacen parte de la protección a estos, podrían llegar a concursar en determinadas situaciones, sobre todo en lo que se refiere a los silvestres vertebrados o exóticos vertebrados, cuyo hábitat ha de ser aquel que se encuentra protegido por estos otros bienes jurídicos, los cuales sufrieron una importante modificación con la expedición de la ley 2111 del 29 de julio de 2021 tales como: aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables (artículo 328) tráfico de fauna (artículo 328A), contaminación ambiental (artículo 334), experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o bioquímicos (artículo 335), caza ilegal (artículo 328B) invasión de áreas de especial importancia ecológica (artículo 336) o explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (artículo 332). Siendo que para la mayoría de estos el concurso podría devenir de un dolo eventual.

Por otro lado, el carácter de seres sintientes con el que se categorizó a los animales, superando el concepto jurídico de cosas proveniente del código civil, no desnaturalizó la posibilidad de la apreciación en dinero de estos, por lo que un daño que conlleve la afectación de un fino caballo, por ejemplo, podría concursar el maltrato animal con delitos contra el patrimonio económico, básicamente el daño en bien ajeno.

La antijuricidad

De cómo se debe dar la afectación material al bien jurídico tutelado, que en este caso ya hemos establecido que se trata del bienestar animal, los autores Maschi, Carbone y Ferrari (2019) citando a (Mellor & Reid, 1994) han encontrado que ya hay formas de verificar a través de un diagnóstico el estado de bienestar en los animales, acudiendo a los llamados indicadores de bienestar, empleando para ello el monitoreo de comportamientos apropiados y parámetros fisiológicos. Aplicando este parámetro se podría determinar de acuerdo con cada especie, “un apropiado bienestar”. “Ese nivel hipotético de bienestar ideal podría definirse como el estado de los animales cuando se alcanzan las necesidades nutricionales, de salud, medioambientales, comportamentales y mentales” (p.24)

Estos mismos autores, pero esta vez apoyados en las investigaciones de (Fraser, 2004), indican cuáles serían los tres componentes principales de un estado ideal de bienestar. Se habla del estado físico, el psicológico y el fisiológico/bioquímico. Por estado físico se debe entender un “buen nivel de aptitud física, sin incapacidades que puedan producir incomodidad o miedo o que tengan un impacto en dicha condición física y que produzcan temor” Para ellos, los parámetros verificables del componente físico de un animal son, entre otros: “la postura del cuerpo, el pelaje, el peso y la presencia y severidad de cojeras”. El estado psicológico está directamente relacionado con un sinnúmero de comportamientos, que, dependiendo de la especie, se consideran adecuados. Estos autores identificaron que el deterioro del estado psicológico de la especie animal se daría entre otros, por; “el aumento de la agresión hacia sus compañeros de habitáculo, huidas o retiradas, desarrollo de estereotipias y ciertos cambios en el uso del enriquecimiento”. Respecto a el estado fisiológico “se caracteriza porque los niveles de estrés o distrés no sobrepasan a los que podrían ocurrir en el curso de interacciones sociales normales. Los indicadores serían parámetros fisiológicos como frecuencia cardíaca, frecuencia respiratoria y niveles de hormonas como los corticosteroides los que no siempre indicarían estrés significativo” (p.24)

Según Poole (1998) los animales tienen necesidades fisiológicas y comportamentales. Entre las fisiológicas se incluyen beber, comer, dormir y refugiarse. Entre las comportamentales se incluyen pautas tales como las de comportamiento social, exploración, forrajeo, acicalado, excavación, construcción de nidos, búsqueda de refugio y roedura, fundamentales para el mantenimiento fisiológico normal y psicológico. Estos comportamientos se consideran innatos y se realizan con independencia de sus efectos Maschi, Carbone y Ferrari (2019, p. 26)

En este acápite es válido resaltar, por ejemplo, la investigación que citan los autores que trabajan el caso mexicano Morales y Morales (2017) de la organización Igualdad animal (2015-2016) las actividades asociadas al sacrificio de animales destinados a abasto son contrario a las disposiciones normativas zoonosanitarias y de bienestar animal, resaltando las siguientes, solo para citar el caso de los bovinos: “se les golpea y tuerce la cola para movilizarlos, el desangrado se hace en el suelo, después del disparo insensibilizador no dan muerte inmediata a los animales perdiendo la insensibilización previamente asestada, la matanza no se realiza de forma adecuada dado que en algunos casos el animal no es acomodado de forma que la sangre fluya libremente y la muerte ocurra inmediatamente, prolongándose hasta más de siete minutos, no insensibilizan y matan al animal sin hacer el corte detrás de la mandíbula ocasionando un desangrado lento” (p.11)

Todas las acciones u omisiones que vayan en contra de estos parámetros tienen la posibilidad de afectar materialmente el bien jurídico tutelado de acuerdo con las exigencias del artículo 11 del Código Penal colombiano.

En este aparte se considera oportuno mencionar la investigación del autor Greco (2019), quien realiza un interesante planteamiento, teniendo como soporte, dos casos del derecho alemán, proponiendo que los animales pudieran quedar amparados por el derecho a la legítima defensa en la medida en que tales derechos configurarían el derecho subjetivo atacado, la cual la ejercen humanos en lugar de animales y lo hacen en su interés con base en una legítima defensa de tercero. La anterior premisa de partida lo lleva a concluir lo siguiente:

Si reconocemos que los animales tienen derechos –así sean mínimos y rudimentarios como es de derecho a no ser matado sin una razón aceptable, así como el derecho a vivir sin dolor constante o repetitivo (§ 17 Ley de Protección Animal)- la consecuencia es que quedarían amparados por el derecho a la legítima defensa en la medida en que tales

derechos configurarían el derecho subjetivo atacado. Este derecho lo ejercen humanos en lugar de animales y lo hacen en su interés con base en una legítima defensa de tercero basada en un doble argumento. La legítima defensa a favor de animales es, sin embargo, menos extensa que la que se realiza a favor de un humano. Según la tesis defendida aquí, no existen limitaciones en el nivel de la necesidad de la defensa (en particular se negó la existencia de una obligación de evitar la agresión). En el nivel de las restricciones ético sociales parece legítimable una limitación de la legítima defensa con el fin de salvaguardar la paz: en el caso de las lesiones a los derechos de los animales crónicas y/o estables -como aquellas que se producen en la cadena de producción animal- solo se aceptarían agresiones mínimas (concretamente entrada en morada ajena y los daños que esta lleva aparejada) y ello solo en el caso de que exista fundada sospecha y de los funcionarios omitan tomar acciones contraviniendo sus obligaciones. La defensa de animales de maltratos agudos y puntuales permite incluso la causación de lesiones graves, pero no la muerte del agresor (p.44)

El juicio de reproche

El juicio de reproche se entiende como la aptitud del autor material de reconocer y comprender su actuar y lo que este desencadena generando un acto punible, esto en base a la teoría del delito que nos indica que no se puede aplicar completamente la punibilidad sobre alguien que no es apto ni capaz de entender los perjuicios ocasionados gracias a su conducta o estar consciente de la antijuricidad, o no contar con alternativa distinta; entonces se relaciona el juicio de reproche con acción u omisión de conducta que dirija al sufrimiento o deterioro intencional ya sea físico o psicológico al ser sintiente.

Para el caso específico del delito de maltrato animal no se encuentra razón alguna para no aplicar los criterios dogmáticos que supone verificar los elementos de la culpabilidad subjetiva, es decir, establecer la imputabilidad o inimputabilidad a la luz de lo establecido en el artículo 33 del código penal, verificar la conciencia de la antijuricidad y indagar por la exigibilidad de una conducta diferente no lesionadora del bien jurídico tutelado por este delito.

La punibilidad

El Código penal colombiano apuesta claramente por la pena de prisión, que puede llegar hasta los 48 meses para los casos más graves (arts. 339A y 339B CP).

Se ha encontrado una tendencia mundial a penalizar las diferentes formas de maltrato animal con pena principal de prisión, se tiene que, por ejemplo, en Italia, este sentimiento jurídico -todavía no articulado conceptualmente de modo consensuado- se plasma en el artículo 544-bis del Código Penal italiano, que castiga la causación de la muerte del animal -sin distinción alguna- con penas de hasta dos años de prisión. En Chile, de hasta tres años de presidio (artículo 291 bis CP) (De Juan, 2019, p. 123)

Se destaca también que en no pocas ocasiones se consagra la apenas lógica pena de inhabilidad para la tenencia de animales, a aquellos que resulten condenados por maltrato. (Contreras, 2016, p.15)

Por ejemplo y acudiendo al caso español en palabras de Bernuz (2020) se tiene que de un estudio dirigido por Sims *et al* (2007), a finales de los años 90, son mas los ciudadanos que opinan que ante el maltrato animal, la medida mas eficaz para evitar su repetición es prohibir la tenencia de los mismos, sustentada en la fácil reincidencia en la cual puede incurrir un maltratador. En esta línea, el Código penal colombiano, introduce la medida de “inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales “ a quienes maltraten injustificadamente a un animal produciendo un menoscabo grave de su salud” (p.417)

Circunstancias de agravación punitiva

El artículo 339^a tendrá unas 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.

la mayoría de anteriores circunstancias no requerirían una mayor explicación porque se aplican los mismos criterios de reflexión cuando se contemplan para

aquellas conductas punibles que atentan contra la vida la integridad personal de seres humanos.

Sobre la cual si se considera importante detenerse un poco es aquella que especifica su agravante cuando se cometan actos sexuales contra animales. Respecto a este tópico se acude a autores como De Juan (2019), quien se cuestiona que “¿posee el animal indemnidad sexual, como bien jurídico aparentemente protegido? O, por el contrario, en orden a la prevención de ciertas conductas, ¿está antropomorfizándose la naturaleza del animal al atribuirle cualidades propias del ser humano - particularmente en materia de menores e incapaces-? Evidenciando la gran diferencia entre la sexualidad animal y la humana, “tanto desde el punto de vista orgánico como a nivel de comportamiento -diferiendo en cuestiones como la libertad, el control voluntario o una significación específica” (p.121)

Y aunque parezca inverosímil, el tema de la zoofilia y la bestialidad es mas común de lo que podríamos imaginar, de hecho autores como Campos (2019), han realizado investigaciones exhaustivas sobre el fenómeno en países como España y Portugal, quien para concretar los objetivos de su investigación le correspondió analizar casos específicos a nivel mundial encontrando que, por ejemplo, “ una mujer en Carolina del Sur fue acusada de mantener relaciones sexuales con su perro mascota y grabarse así misma. En Londres, en 2016, un médico fue declarado culpable de poseer imágenes de zoofilia, incluido el video de un hombre teniendo sexo con una serpiente. En febrero de 2017 un hombre en la Florida fue acusado de tener relaciones sexuales con un pitbull, su mascota en mas de 100 oportunidades” (traducción propia, p.126)

Analizando el caso de España la autora reporta que “en la provincia de Gerona un hombre declaró a los medios que le habían robado mas de 30 ovejas y que los ladrones le enviaron una película de uno de los animales siendo abusados sexualmente. Mas tarde en España un hombre fue sorprendido teniendo relaciones con su propia perra” (traducción propia, 127)

En Portugal en mayo de 2016, hubo un caso compartido en los periódicos que reportaron que “un hombre de 80 años era sospechoso de maltratar y abusar sexualmente de dos perras en la ciudad de Santarém. Durante ese mismo año se descubrió que otro hombre poseía cientos de archivos con pornografía infantil y era suscriptor de un canal en línea pago de pornografía animal” (traducción propia, 127)

Punitivamente hablando y relacionando el abuso sexual y sus consecuencias para el derecho penal Campos (2019) encontró que por ejemplo Francia prohíbe los actos sexuales con animales en su código. Alemania también cuenta con una legislación que también prohíbe este tipo de actos. Dinamarca fue uno de los últimos países europeos que se sumaron a la prohibición de la zoofilia (traducción propia, p.132)

El ordenamiento jurídico español de acuerdo con Campos (2019) finalmente reconoció que los animales no humanos también pueden ser víctimas de abuso sexual y crearon herramientas legales para poder perseguir estos comportamientos, ella, citando a Rodríguez (2015) establece que la configuración actual del delito de maltrato animal imposibilita la persecución de un abusador sexual ya que no todo tipo de abuso sexual animal puede implicar consecuencias físicas (traducción propia, p.133)

Para Portugal, en el año de 2017 se cambió el estatus legal de los animales no humanos de cosas a seres sintientes. A pesar de que el cambio fue histórico, aun se tratan a los animales como si fueran cosas. La legislación portuguesa no hace referencia expresa al contacto sexual. De hecho, para poder enjuiciar a alguien que ha tenido contacto sexual con animales hay que demostrar que el animal sufrió dolor o tiene una evidencia física del maltrato (traducción propia, p.134)

Por ejemplo, en Estados Unidos se tiene en cuenta el estado del cual se trate, de los 50 estados, 45 contienen prohibiciones al contacto sexual con animales. Hawái, Nuevo México, Virginia Occidental y Wyoming, así como el distrito de Columbia no cuentan con leyes que aborden esta conducta. Es por esta razón que algunos zoofílicos se trasladan de un estado a otro para poder mantener relaciones sexuales con animales e inclusive se reportan ceremonias de casamiento no oficiales con ellos (traducción propia, p. 133).

Causales de exclusión de tipicidad

Para este punto se debe acudir a la ley 1774 de 2016 en virtud de la cual quedan excluidas del tipo penal de maltrato animal, aquellas prácticas relativas a la cría, y el transporte de los animales de producción, en el marco de las normas vigentes. Concretamente, en el parágrafo 1 del artículo 5, que se examina, se consagra: “Quedan exceptuadas de las penas previstas en la ley aprobada, 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.

Asimismo, se establece en el parágrafo 2 del artículo 5, la última excepción al tipo penal de maltrato, para quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas. En todo caso, se refiere aquellas personas autorizadas por Ley, y por las autoridades correspondientes, para realizar dicha actividad. (Contreras, 2016, p.19)

En este punto se hace necesario volver hacer mención de la sentencia de la Corte Constitucional C-041/17 del 1 de febrero que se pronunció respecto de dos demandas de inconstitucionalidad interpuestas en contra de dos modificaciones introducidas por la ley 1774 de 2016 al Código Penal relativas al delito de maltrato animal, una de las cuales excluía de su aplicación a las actividades de entretenimiento, tales como el rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, riñas de gallos, becerradas y tientas, y demás actividades en que se utiliza a animales como parte de un espectáculo denominado artístico.

Al respecto, la Corte declaró la inexecutable de esta disposición contenida en el párrafo 3º del artículo 5º de la ley 1747 de 2016, que adicionó el artículo 339B al Código Penal, estableciendo que: *hacer cierta para la realidad del Derecho la inclusión de los animales como titulares de ciertos derechos, en la obtención de los fines esenciales del Estado Constitucional*, añadiendo que *“erradicar la subalternidad hacia los animales se constituye en un claro y preciso derrotero de la sociedad actual”, por lo que “es imperativo repensar posibles horizontes y transformar las sedimentadas tradiciones cuando socavan intereses vitales y primarios de toda la sociedad democrática y constitucional”. Lo anterior, bajo el presupuesto de que los actuales preceptos constitucionales “muestran la relevancia del interés superior del medio ambiente –Carta Ecológica– como bien a proteger por sí mismo, además de la relación estrecha con los seres de la tierra*(Considerandos 5 y 7)

Aproximadamente dos años después, la misma Corte Constitucional mediante sentencia C-133 del 27 de marzo de 2019, declaró exequible el parágrafo 3 del artículo 339B del Código penal, bajo cinco consideraciones puntuales; 1) *que la excepción allí planteada, hasta determinación legislativa en contrario, si ello llegare a ocurrir, la practica de las actividades de entretenimiento y expresión cultural con animales allí contenidas, siempre y cuando se entienda que estos deben, en todo*

caso, recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de esas actividades. En particular, la excepción del artículo 7 de la ley 84 de 1989 permite la continuación de expresiones humanas culturales y de entretención con animales, siempre y cuando se morigeren en el futuro las conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna. 2) Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios o distritos en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad; 3) Que solo podrán desarrollarse en aquellas ocasiones en las que usualmente se han realizado en los respectivos municipios o distritos en que estén autorizadas; 4) Que sean estas las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales; y 5) Que las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades (p.30-31)

Conclusiones

Después de evidenciar los hallazgos de esta investigación y discutir sus resultados, no queda otra opción sino concluir que el esfuerzo legislativo plasmado en la ley 1774 de 2016 para efectos de proveer a los animales de un estatus jurídico que evite el deterioro de su integridad física, psíquica y fisiológica por acción u omisión del ser humano, no es suficiente si se tiene en cuenta las tendencias normativas y avances sociales a nivel internacional evidenciadas y discutidas en el primer acápite dedicado al bien jurídico tutelado de este trabajo, lo que sugiere una pronta reforma legislativa que vaya acorde con el estado del arte respecto al tema de la protección de los derechos de los animales, donde obligatoriamente se deben replantear los elementos estructurales del tipo penal descrito en el artículo 339^a del código colombiano atendiendo la siguientes premisas;

- No cabe duda de que el bienestar animal sería el bien jurídico que sustente la creación de conductas punibles a favor de los animales, y que este bienestar no solo se limite a su vida e integridad física, psíquica o fisiológica, sino que incluya la prohibición del abuso y la explotación sexual, hecho último que acoge de manera tibia la legislación colombiana y sobre la cual ya existe abundante literatura internacional

- Si bien el tipo de maltrato animal descrito en el artículo 339^a del Código Penal colombiano no precisa la clase de maltrato que actualiza la comisión de aquel, en este sentido se considera que efectivamente la noción conglobante de la Ley 1774 de 2016 advierte de manera textual que se pretende con ella salvaguardar la vida, la integridad física y emocional de los animales, tal y como se encuentra plasmado en la denominación del capítulo único, en donde se incluye la integridad emocional, situación de indeterminación que debería ser reconsiderada en una próxima reforma al estatuto punitivo
- Un aspecto que requiere urgente modificación y resulta casi que inaplazable puede ser la ausencia de la modalidad culposa de la conducta punible que, al no haberla incluido, deja desprovista de sanción a quienes no cuentan con los mínimos cuidados que propendan por el equilibrio que requiere el trato con los animales.
- Respecto al mecanismo amplificador de la conducta como es la tentativa, se detecto un error que debe ser también replanteado en el entendido de haber equiparado las lesiones graves con la muerte del animal sin distinción alguna, en cuanto no resultaría lógico que alguien que le haya causado un grave daño en la salud o en la integridad de un animal, sea sancionado de una manera privilegiada, arguyendo que su intención no era lesionarlo sino que lo que pretendía era matarlo y que por un hecho ajeno no pudo perfeccionar su infame cometido, mientras que si solo hubiera querido lesionarlo, sea objeto de la sanción completa.
- Teniendo como soporte casos puntuales del derecho alemán y abordando el aspecto de la antijuridicidad como estrato dogmático de la conducta punible, se propone que los animales pudieran quedar amparados por el derecho a la legítima defensa en la medida en que tales derechos configurarían el derecho subjetivo atacado, la cual la ejercen humanos en lugar de animales y lo hacen en su interés con base en una legítima defensa de tercero.
- Es en el aspecto de la punibilidad donde mas cambios se deben promover para obtener una protección integral del bienestar animal comenzando por la creación de un registro de maltratadores de animales, endurecer las penas y solucionar las deficiencias como la falta de tipificación del maltrato a los animales que viven en estado salvaje, criminalizarse conductas que afectan gravemente el bienestar animal y la producción de alimentos y que no están

tipificadas en el Código Penal, sobre todo con la responsabilidad penal de personas jurídicas (enfermedades no tratadas, desnutrición animal, etc), incluir penas accesorias como la prohibición para el maltratador de convivir con animales y promover medidas formación en temas como el bienestar animal y tenencia responsable de los animales que, en ocasiones, puede estar detrás de un comportamiento de maltrato por negligencia hacia el animal.

Referencias

- Arguello, L, (2019). Los derechos de los animales y el nuevo paradigma del constitucionalismo latinoamericano. *Revista Direitos Humanos & Sociedade – PPGD UNESC*, 2, (1), pp. 97-112
- Bernuz, M, (2020). ¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal, *Indret*, 20, (1), pp. 394-423
- Campos M, (2019). Animal sexual abuse- a reality in Portugal and Spain. *DA derecho animal*, 10, (4), pp. 123-154
- Contreras, C, (2016). Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal *DA derecho animal*, 7, (1), pp. 1-21
- De Juan, A, (2019). Maltrato animal y muerte instantánea: apuntes sobre la sentencia de la audiencia provincial SAP de Albacete núm. 30/2019, de 21 de enero. *dA. Derecho Animal (forum of animal's law studies)* 11, (1), pp. 119-124
- Gonzalez, M, (2019). Uso y abuso de los animales: responsabilidades éticas de la Psicología. *Wimblu, Rev. Estud. de Psicología UCR*, 14 (2), pp. 59-83
- Greco, L, (2019). Legítima defensa de animales. *Nuevo Foro Penal*, 92, pp. 23-50
- H, Rojas, L, Stuardo y D, Benavides (2005). Políticas y prácticas de bienestar animal en America Latina: Estudio preliminar., *Rev. Sci. Tech. Off. Int. Epiz* 24 (2), pp. 549-565
- Jaurrieta, I, (2019). El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal. *Revista de Derecho UNED*, 24 pp. 181-202
- Maschi, F, Carbone, C y Ferrari, H (2019). De reactivo biológico al animal sintiente: el bienestar animal como cambio de paradigma en la investigación biomédica y su impacto en los resultados. *Analecta Vet*, 39, (1), pp. 21-31

Morales, A, y Morales, J (2017). Bienestar animal y legislación; el reto de los animales destinados al consumo humano en México. *dA derecho animal*, 8, (3), pp. 1-24

Zaffaroni, E (2015). *La Pachamama y el humano*. Ediciones Colihue

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional de Colombia, (2010). *Sentencia C- 666 de 2010*, MP. Carlos Andrés Echeverri Restrepo

Corte Constitucional de Colombia, (2017). *Sentencia C- 041 de 2017*, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional de Colombia, (2018). *Sentencia C- 059 de 2018*, MP. Jose Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional de Colombia, (2019). *Sentencia C- 133 de 2019*, MP. Jose Fernando Reyes Cuartas y Antonio Jose Lizarazo Ocampo