

Los Derechos de los Animales: Un Problema de Mutación Constitucional o Reconocimiento de Derechos Implícitos*

The Rights of Animals: A Problem of Constitutional Mutation
or Recognition of Implicit Rights

Manuel Antonio Coral Pabón**

Citar este artículo como: Coral Pabón, M. A. (2018). Los Derechos de los Animales: Un problema de Mutación Constitucional o Reconocimiento de Derechos Implícitos. *Revista Verba Iuris*, 13(40), pp. 65-82.

“Un país, una civilización se puede juzgar por la forma en que trata a sus animales”.

(Mahatma Gandhi. 1869 – 1948)

Resumen

El presente trabajo aborda un debate contemporáneo relacionado con el tratamiento que el derecho debe ofrecer a los animales, habida consideración de su calidad de seres sintientes, en perspectiva del sustento teórico (mutación constitucional o derechos implícitos) que pueda justificar su estatus de sujetos de derechos protegidos. Este artículo se elaboró en el marco del proyecto de investigación doctoral denominado *“La tutela en litigios contractuales privados: Límites jurídicos a la discrecionalidad judicial en la aplicación de derechos implícitos en principios constitucionales”*, en el que y a manera de problema de investigación, se pretende determinar cuáles son las restricciones a la discrecionalidad del juez de tutela al aplicar derechos implícitos en principios constitucionales a la solución de litigios contractuales privados, constituyéndose en el objetivo general, el analizar críticamente dichas restricciones, a fin de proponer una reinterpretación de ciertos elementos de la teoría civilista de las obligaciones¹, a partir del estudio de la injerencia judicial en la normatividad contractual. Para este propósito se adopta el método histórico hermenéutico y se fundamenta en la revisión de fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias.

Palabras clave: Derechos de los animales, mutación constitucional, derechos implícitos.

Fecha de Recepción: 3 de febrero de 2018 • Fecha de Aprobación: 7 de mayo de 2018

* Artículo concebido en el marco del proyecto de investigación: “La tutela en litigios contractuales privados: Límites jurídicos a la discrecionalidad judicial en la aplicación de derechos implícitos en principios constitucionales”, gestionado en el programa del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Bogotá – Colombia.

** Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Colombia). Magister en Derecho. Correo electrónico: manuelantoniocoral@gmail.com

Reception Date: February 3, 2018 • Approval Date: May 7, 2018

* Article conceived within the framework of the research project: “Guardianship Action in private contractual litigation: Legal limits to judicial discretion in the application of rights implicit in constitutional principles”, managed in the Doctorate in Law Program of Universidad Santo Tomás, Bogotá - Colombia.

** Professor at the Law and Political Sciences School of the Universidad de Nariño (Colombia). Master of Law. Electronic mail: manuelantoniocoral@gmail.com

Abstract

This work addresses a contemporary debate related to the treatment that the law should offer to animals, considering their quality as sentient beings, in perspective of the theoretical sustenance (constitutional mutation or implicit rights) that can justify their status as subjects of rights protected. This article was elaborated in the framework of the doctoral research project called “Guardianship Action in private contractual litigation: Legal limits to judicial discretion in the application of rights implicit in constitutional principles”, in which as a research problem, it is intended determine what are the restrictions on the discretion of the guardianship judge when applying rights implicit in constitutional principles to the solution of private contractual disputes, constituting in the general objective, the critical analysis of said restrictions, in order to propose a reinterpretation of certain elements of the civilian theory of obligations, from the study of judicial interference in contractual regulations. For this purpose, the hermeneutical historical method is adopted and is based on the review of legal, jurisprudential and doctrinal sources.

Keywords: Animal rights, constitutional change, constitutional mutation, implicit rights.

Introducción

Colombia no ha sido ajena a un debate contemporáneo relacionado con una aspiración de un amplio grupo social que ha enfocado un muy publicitado activismo a la consolidación de una nueva categoría jurídica: sujetos de derechos animales o no humanos. Para el caso colombiano, la ausencia de disposiciones de derecho positivo que de forma explícita aludan a los derechos de los animales², ha sido el justificante de una serie de actividades que han tenido su origen en el mismo seno del legislativo (leyes que protegen a los animales de ciertas formas de maltrato, sin erigirlos en sujetos de derechos), iniciativas populares tendientes a la convocatoria a consultas populares para prohibir por esta vía el maltrato animal (referendo antitaurino) o litigio estratégico a cargo de ONGs y personas particulares, quien en ejercicio de acciones públicas de inconstitucionalidad, han enfilado sus baterías a dejar sin efectos disposiciones normativas permisivas de maltrato animal o a generar una reinterpretación de las mismas en sede judicial, en búsqueda de las bondades de los efectos *erga omnes* y de cosa juzgada de los fallos del alto tribunal constitucional³.

El derecho colombiano, al anticipar las complejas consecuencias prácticas que se

derivarían de ello, se ha mostrado temeroso en dar el paso definitivo hacia la adopción de un nuevo tipo de sujeto de derechos: Los animales. Ni el Estatuto de Protección Animal consagrado en la Ley 84 de 1989⁴, ni la reciente Ley 1774 de 2016 y menos aún el nuevo Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016) hacen alusión alguna a la consagración de derechos en beneficio de la población animal. El legislador se ha limitado a considerar a los animales como objetos, no sujetos, con protección especial y recientemente, acogiendo una consideración surgida inicialmente en la jurisprudencia, apeló al status de seres sintientes, todo en aras de justificar en perspectiva penal, los castigos que desde esta orilla del derecho fueron adoptados para minar, al menos en teoría, la mayoría de conductas constitutivas de atentados contra la integridad y vida de estos seres, con respecto a los cuales el Congreso, al fin, comprendió que eran capaces de sufrir, de sentir dolor.

En los terrenos de la jurisprudencia, las dinámicas evidenciadas resultan un tanto diferentes: En los últimos diez años se puede apreciar una jurisprudencia inicialmente conservadora, que fundada en criterios propios del derecho civil, considera a los animales como cosas muebles animadas (semovientes), que deben ser protegidos contra ciertas, no todas,

formas de maltrato, sin que esta protección per se les confiera derechos; en el último lustro ya se han apreciado nuevas luces en el panorama del derecho judicial y fue así como el Consejo de Estado en sentencia fallida, por las razones infra expuestas, se aventuró a afirmar que la titularidad de derechos de los animales era una realidad jurídica y que los mismos eran justiciables a partir de acciones populares, doctrina judicial fugaz que motivó muchas inquietudes, más preguntas que respuestas.

La Corte Constitucional al apelar a criterios conciliadores, ha pretendido ponderar derechos de minorías y respetar potestades legislativas en estricto respeto del principio democrático, reflejado en la conservación de normas en el ordenamiento jurídico apoyándose incluso, en sentencias de constitucionalidad condicionada.

A partir de una sentencia hito del Consejo de Estado, en la cual se reconoce la titularidad de derechos a los animales y la justiciabilidad de los mismos, se analiza la teoría subyacente que podría justificar el ascenso de los animales a la categoría de sujetos de derechos, desde dos puntos de vista diferentes: (i) la mutación constitucional y (ii) la teoría de los derechos implícitos. Para el cumplimiento de este fin, los argumentos presentados se sustentan en fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, en el marco de la confrontación derecho tradicional vs. nuevo derecho, bajo la idea tutelar de contribuir al cada vez más álgido debate que trasciende el ámbito de lo jurídico y aterriza en el campo sociológico, donde cobra utilidad práctica el concepto de derecho vivo, propuesto por Eugen Ehrlich.

Una teoría sin metodología de investigación y sin método de investigación es torpe y un método sin teoría es algo ciego (Huertas, Rumbo & Uribe, 2018). Es por ello que, para el estudio y desarrollo de esta investigación, se ha estimado la utilización de varios métodos de investigación científica para recolectar la información, como el descriptivo, analítico y explicativo.

El caso de los monos de Patarroyo

Mediante sentencia calendada el 26 de noviembre de 2013, el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C), desató un recurso de apelación interpuesto contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, todo dentro de una acción popular instaurada por unos ciudadanos en contra de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia – “FIDIC” (Centro de operaciones del científico colombiano Manuel Elkin Patarroyo), el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía – “CORPOAMAZONÍA” y la Procuraduría General de la Nación para asuntos ambientales y agrarios.

Los actores populares pretendían la protección de los derechos colectivos

“(…) a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, y la seguridad y salubridad públicas presuntamente afectados como consecuencia del desconocimiento por parte de los demandados de los principios, normas y deberes de proteger la diversidad e integridad del ambiente”. (Consejo de Estado, 2013)

Entre otras pretensiones, los accionantes aspiraban a que, a través de esta acción constitucional, se lograra la revocatoria del permiso de investigación conferido al FIDIC, el cual generaba la posibilidad de la caza y uso de primates (entre ellos, el mono nocturno –*Aotus vociferans*–). En Consejo de Estado en la sentencia supra referida, determinó, entre otras, la protección y amparo de

“(…) los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales b) y c) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 (...), así como la protección autónoma y directa de “(…) los derechos colectivos de los animales silvestres,

en el caso concreto de la especie de primates Aotus vociferans (...) (subraya fuera del texto). (Consejo de Estado, 2013)

Como consecuencia de lo anterior, se determinó la nulidad de los actos administrativos conferidos a la FIDIC, que le permitía adelantar investigaciones con los citados primates. Dentro de los razonamientos jurídicos esbozados por el Consejo de Estado en el fallo ahora analizado y que se ampliarán posteriormente, cabe destacar por el momento y de forma sucinta los siguientes:

- a) El artículo 4º literal c) de la Ley 472 de 1998, contempla una serie de garantías susceptibles de amparo mediante la acción popular, entre ellas, la conservación y protección de las especies animales y vegetales;
- b) El mandato contenido en el artículo 80 de la Carta, impone al Estado el deber de planificación del uso, administración y aprovechamiento de los recursos naturales con miras, entre otras, a su conservación, obligación ratificada en la jurisprudencia constitucional.
- c) Si bien la normatividad permite a las personas el aprovechamiento de recursos renovables y no renovables, este derecho no es absoluto, al estar condicionado al respeto al desarrollo sostenible y conservación de los recursos utilizados.
- d) Diversos tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia se refieren a la protección del medio ambiente, fauna y flora, entre ellos, el Protocolo de Kioto, la Declaración de Río y la Convención Internacional sobre Comercio de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres⁵.
- e) La normatividad, tanto nacional como internacional, ha protegido el medio ambiente como un derecho colectivo cuya titularidad radica en un grupo poblacional o Estado particular. Se han reconocido tradicionalmente derechos a las personas, relacionados con los animales o el medio

ambiente, pero a estos últimos no se les ha conferido un “derecho propio”. El Consejo de Estado interpretó que “(...) *el literal c) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 reconoce no sólo la existencia de varios derechos colectivos, sino también garantías y valores propios de las especies animales y vegetales (...)*”, concluyendo finalmente esta Corporación que el marco normativo de las acciones o pretensiones populares involucra el “(...) *reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos a los animales y a las especies vegetales (...)*”. (subraya fuera del texto). (Consejo de Estado, 2013)

En resumen y se reitera la última idea que de esta forma se destaca, a juicio del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el fallo analizado consideró que los animales y las especies vegetales son sujetos de derechos (al igual que las personas). Esta posición jurisprudencial y los argumentos que la sustentan, merecen una serie de observaciones y reparos académicos que se exponen a continuación, no sin antes destacar que el caso de los monos de Patarroyo puede ser calificado como “trágico”, según la concepción del profesor Manuel Atienza, pues en el mismo no fue posible “encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral” (2010, p. 135), si se considera que, al reconocer derechos de los animales utilizados como instrumentos de investigación y experimentación, se sacrificaron derechos de la FIDIC, tal como lo reconoció el Consejo de Estado en una sentencia de tutela posterior y que merece un comentario en un aparte subsiguiente.

Los sujetos de derechos. Visión clásica o tradicional (restrictiva) y una nueva visión jurisprudencial (amplia)

La tesis clásica, restrictiva o excluyente frente a quienes pueden ser considerados sujetos de

derechos, expone que solamente las personas, naturales o jurídicas, ostentan dicha categoría.

El concepto de persona, independientemente de consideraciones sociológicas, filosóficas, biológicas, éticas o religiosas, es especialmente jurídico y constituye el cimiento de todo un ordenamiento legal que se construye o edifica a su alrededor. Si se examina una norma o institución relacionada con la ciencia del derecho, ésta tendrá un destinatario: una persona natural o jurídica, pública o privada, titular de derechos y, por ende, de obligaciones. Si la persona es el único sujeto de derechos, los animales y especies vegetales, al no ser personas, no son titulares de ellos. Así de sencillo es el argumento de corte deductivo, que podría encuadrarse en el denominado *modus tollens* que Weston (2007, p. 82) lo ilustra de esta forma:

Si p entonces q
No – q
Por lo tanto, no -p

Si un ente es titular de derechos (p), entonces es considerado persona (q); los animales y especies vegetales no son personas (-q), en consecuencia, no son titulares de derechos (-p). Esta visión conservadora, es presentada así por el Consejo de Estado:

En la actualidad, con la modernidad y, por lo tanto, con el “triunfo” del humanismo en las ciencias sociales se llegó a la conclusión de que los animales y el medio ambiente no ostentan dignidad –atributo exclusivo del ser humano– y, por lo tanto, no son sujetos de derechos.

Es decir, se parte de una premisa según la cual “el animalismo” o la defensa de los derechos de los animales es una postura minoritaria, ya que la cultura hegemónica parte del reconocimiento exclusivo de derechos a favor de las personas. (Consejo de Estado, 2013)

Sin embargo, dentro de esta óptica tradicionalista, cabría preguntarse a manera de ejemplo:

¿por qué las legislaciones del mundo, incluida la colombiana, protegen a los animales, si éstos carecen de personalidad?

En nuestro caso, el Código Civil (art. 655) califica a los animales como bienes muebles animados (semovientes) y no perdieron su calidad de tal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1774 de 2016, la cual en medio de una aparente contradicción, dispone por una parte que los animales no son cosas (art. 1º) y de otra, al introducir el concepto de seres sintientes, modifica el artículo 655 del Código Civil pero conserva su tenor literal original, que alude al calificativo de animales como cosas. El efecto de esta ley en el campo del derecho civil resulta mínimo, pues sin lugar a duda y para efectos patrimoniales, sobre los animales se seguirán ejerciendo derechos reales (propiedad y sus derivados) y serán objeto de derechos personales (tenencia), evidenciándose un mayor impacto de este cuerpo normativo en el derecho penal, dada la tipificación de una serie de conductas constitutivas de maltrato.

El Estatuto Nacional de Protección de los Animales, adoptado en nuestro país mediante la Ley 84 de 1989, consagra varias herramientas de protección (no usa la expresión “derechos”) de imperativo cumplimiento. El artículo 1º de esta disposición reza: “A partir de la promulgación de la presente Ley, los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre”, infiriéndose de la norma transcrita y en concordancia con el Código Civil, que los animales no serían sujetos de derechos, sino bienes especialmente protegidos.

Esta tesis clásica o tradicionalista fue revaluada por el Consejo de Estado cuando afirmó que los animales e incluso especies vegetales son titulares de ciertos derechos, susceptibles de ser protegidos a través de la figura de la acción popular, no obstante, este clasicismo ha contado con fervientes defensores:

En este orden, es claro, que no se discute el derecho de los animales, per se, a ser protegidos contra el sufrimiento y el dolor, bajo su carácter de criaturas sintientes, sin que su regulación haya dado lugar a otorgarles el estatus de seres dotados de dignidad, bajo un concepto que ha sido desarrollado, exclusivamente, en relación al ser humano y sin que hasta hoy se les haya otorgado la condición de sujetos de Derecho, calidad, igualmente, reservada para los individuos que han sido la preocupación del Derecho y en quienes, por el sólo hecho de nacer, el Derecho ha reconocido la existencia de derechos y obligaciones que no pueden predicarse de los animales". (Consejo de Estado, 2012, salvamento de voto del consejero Jaime Orlando Santofimio)

La titularidad de derechos de los animales aparece mencionada también en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, fechada el 23 de mayo de 2012, En esta oportunidad, la Corporación resolvió una demanda instaurada en contra del municipio de Anserma (Caldas), por los familiares de un fallecido como consecuencia de la embestida de un toro que se encontraba en la corraleja del matadero de este municipio. Si bien esta decisión no corresponde a una acción popular sino a una demanda de reparación directa, cabe referenciarla, pues en la misma ya se alude a los animales como sujetos de derechos y deja establecido que:

Al margen de la discusión teleológica o fundamentalista sobre la dignidad humana (idealismo y racionalismo vs cristianismo), así como de su contenido y alcance de principio basilar en el reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos, es pertinente reconocer valor propio en los animales y otros seres vivos, y si bien resulta válido que el hombre en ocasiones emplee aquéllos para garantizar o mejorar su bienestar, o realizar actividades laborales o de recreación, lo cierto es que esta circunstancia no impide ni supone la negación de esa fundamentación

filosófica que permite que la interpretación y hermenéutica del ordenamiento jurídico se efectúe bajo el reconocimiento de que son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos. (Consejo de Estado, 2012)

Inclusive, este tribunal y antes de la entrada en vigencia de la Ley 1774 de 2016, ya había desconocido la calidad de cosa que el Código Civil les atribuye a los animales:

De allí que, según la mencionada postura teórica, la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto; por tal motivo, la responsabilidad derivada de los animales domésticos, domesticados o fieros no podría ser entendida como una especie de aquella que se refiere al hecho de las cosas. A contrario sensu, el principio de dignidad implícito en estos seres vivos haría que toda institución jurídica –incluida la responsabilidad extracontractual civil o del Estado– tuviera en cuenta esta condición, que serían fines en sí mismos, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos (v. gr. el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros). (Consejo de Estado, 2012)

De como el Consejo de Estado, sin ser intérprete auténtico o con autoridad, modificó la Constitución Política vía interpretación (mutación constitucional)

El título XIII de la Constitución (arts. 374 y ss.), establece los mecanismos de reforma que podríamos denominar típicos, esto es, descritos por el propio Constituyente, a saber: a través de actos legislativos tramitados por el Congreso, por Asamblea Constituyente o mediante participación popular a través de referendo. Pero aparte de los citados mecanismos, doctrinantes como Blanco Zúñiga (2010, p. 168) hablan de otras formas de introducción de cambios a

una Carta Política (mecanismos atípicos): La costumbre, los movimientos violentos y en especial, la mutación constitucional, que para los efectos de este trabajo, la asumimos como:

(...) *“un nuevo entendimiento de disposiciones constitucionales, de tal suerte que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquél con que fueron originalmente redactados”*. (Hsu Dau Lin, cit. en Blanco Zúñiga, 2010, p. 169)

El caso que para fines académicos lo hemos denominado como *“los monos de Patarroyo”*, puede ser considerado como un ejemplo de mutación constitucional, con la particularidad de que dicho cambio procede de un intérprete no auténtico ni con autoridad, punto que amerita una precisión conceptual. De tiempo atrás, la jurisprudencia ha sostenido que, en lo que respecta a la labor de la Corte Constitucional relativa a la guardia de la supremacía e integridad de la Constitución, aquella es *“(…) la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental”*. (Corte Constitucional, 1996)

Con ocasión de una demanda contra el artículo 25 del Código Civil, referido a la interpretación auténtica, el Tribunal Constitucional precisó que:

“(…) en el Estado constitucional, la interpretación para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, no es una facultad exclusiva del legislador, pues también está a cargo de la Corte Constitucional cuando ésta ejerce el control de constitucionalidad de la ley y fija el sentido válido de la misma”. (Corte Constitucional, 2006)

De lo anterior se puede concluir que: (i) No solamente el legislador ostenta hoy en día la calidad de intérprete auténtico; (ii) La Corte Constitucional también es intérprete auténtico, de la Constitución y de la ley, cuando ejerce frente a este último control de

constitucionalidad y (iii) la Corte Constitucional es la que ejerce la interpretación de la Carta con autoridad.

El Consejo de Estado, en consecuencia, no es intérprete auténtico o con autoridad de la Constitución y, por ende, la posibilidad de que a su cargo se encuentren mutaciones constitucionales, resulta cuestionable. La mutación detectada consiste en lo siguiente.

El artículo 88 de la Constitución, consagra las acciones populares en los siguientes términos:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Mediante Ley 472 de 1998, el Congreso de la República reglamentó las acciones populares y de grupo. En cuanto a la descripción de los derechos e intereses colectivos, el artículo 4º literal c) califica como tales, a aquellos relacionados con:

La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

Obsérvese que en la redacción del artículo 88 constitucional y del literal c) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 (que el Consejo de Estado consideró en la sentencia del caso de los “monos de Patarroyo”), no se aprecia en parte alguna que sujetos de derechos, diferentes a las personas, puedan ser titulares de derechos susceptibles de protección mediante acciones populares. De haber sido así, tanto el Constituyente del 91 como el legislador, lo hubieran consignado explícitamente.

Lo anterior posiblemente obedece a la circunstancia de que, en los textos constitucionales y legales comentados, se conserva aún la visión clásica, tradicional o restrictiva de los sujetos de derechos. Claro que los animales y las especies vegetales ya eran protegidos, pero no en consideración a su calidad de sujetos de derechos, sino a que la ley les ha otorgado el carácter de bienes con protección especial y dada su relación con las personas y los derechos colectivos de éstas, de forma colateral resultaban amparados en virtud del ejercicio de las acciones populares.

El Consejo de Estado, vía interpretación, convirtió en sujetos de derechos a cosas brindándole a la figura de la acción o pretensión popular, un alcance diferente al inicialmente previsto. Pero, cuál fue el argumento utilizado por el Consejo de Estado para responder afirmativamente la pregunta:

“¿Es posible sostener la existencia de derechos autónomos y directos de los animales y las especies vegetales en Colombia?” Se sintetiza en las siguientes ideas: (Consejo de Estado, 2013)

a) Desde el punto de vista histórico, en la Edad Media se reconocían derechos a los animales, hasta el punto de que, si eran sometidos a juicio, se les asignaba un defensor. Es en épocas del racionalismo y empirismo francés donde comienza a cuestionarse la posibilidad de que especies diferentes al *homo sapiens*, puedan ostentar titularidad de derechos.

b) El reconocimiento de los mismos a entes diferentes a las personas encontraría apoyo en tesis utilitaristas, según las cuales una acción es moralmente correcta cuando se orienta a brindar el mayor bienestar alcanzable a todos los seres sensibles (aquí se incluirían los animales y las especies vegetales). El utilitarismo desplazaría al antropocentrismo, el cual niega la posibilidad de reconocimiento de derechos a plantas y animales. En este orden de ideas, los animales y otros seres vivos cuentan con dignidad o valor intrínseco y si bien no hacen parte del contrato social, son sujetos con “*un propósito vital y finalidad en la existencia*” e interactúan con el ser humano. Esta fundamentación filosófica justifica una interpretación del ordenamiento jurídico colombiano orientada al reconocimiento de que animales y especies vegetales “*(...) son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos*”.

c) En el artículo 4° literal c) de la Ley 472 de 1998, “*(...) existe un reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos directos y autónomos a favor de los animales y las especies vegetales en nuestro territorio nacional (...)*”, tesis avalada por el contenido de la reciente Ley 1638 de 2013, la cual prohibió el uso de animales silvestres en circos. En Consejo de Estado entendió que nuevamente el legislador asignó derechos a los animales, en particular, a “*(...) no ser maltratados y a no vivir en condiciones precarias.*” En conclusión, los animales y las especies vegetales son sujetos de derechos y “*(...) a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades, sin que se pueda afirmar que se trata de un derecho colectivo – subjetivo perteneciente a la sociedad*”.

d) En consecuencia, no hay necesidad del reconocimiento previo de la personalidad jurídica a los animales o especies vegetales para que se obtenga la justiciabilidad de ciertos derechos, a través, por ejemplo, de acciones constitucionales como la anotada.

La novedosa tesis expuesta por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que fue noticia en el medio jurídico nacional, adolece de diversos yerros, a saber:

a) Ni el artículo 88 de la Constitución Nacional ni la Ley 472 de 1998 (en particular, el artículo 4º literal c.-) hacen un “reconocimiento expreso” de derechos directos y autónomos radicados en cabeza de animales y especies vegetales. Basta una lectura de estas disposiciones para llegar a esta conclusión. No se aplica el principio restrictivo de interpretación consignado en el artículo 7º de la ley reglamentaria. El Consejo de Estado pudo alegar la tesis de los derechos implícitos en los textos normativos, descubiertos a través de un trabajo de interpretación, pero no lo hizo expresamente.

b) La Ley 1638 de 2013 no es una ley que asigna derechos a los animales. En el mismo sentido del Estatuto de Protección de los Animales (Ley 84 de 1989), no hace un reconocimiento expreso del estatus de sujetos de derechos. La normatividad vigente (Código Civil) indica que son bienes, obviamente con protección especial.

c) El Consejo de Estado ofrece una argumentación mediante ejemplo que involucra una contradicción:

De modo que, la idea del profesor Stone va de la mano con lo que en la teoría del derecho de daños se ha denominado “el daño ambiental puro”, es decir, los perjuicios que se irrogan directamente al medio ambiente, con independencia de los derechos subjetivos de las personas que se vean afectadas. Para ejemplificar la hipótesis, el autor nos ilustra con el siguiente ejemplo: *“(...) si Jones vive junto a un río, él tiene un derecho de propiedad sobre el agua que fluye para su uso doméstico, agrícola, etc. Si una fábrica contamina, Jones estará habilitado a demandar a la fábrica. De este modo se protegerá el río de manera indirecta. Pero nadie podrá decir que la ley*

está reivindicando los derechos del río. Los derechos amparados son los de Jones... Si existen daños y perjuicios, serán los de Jones. Si hubiera obtenido un amparo o medida cautelar, tendría la libertad de negociar de cualquier forma para renunciar a su reclamo contra la fábrica por el pago de una suma satisfactoria para él (sin importar los efectos en la ecología del río). (Consejo de Estado, 2013)

Obsérvese que inicialmente se habla del medio ambiente como sujeto de derechos, independiente de los derechos de las personas que puedan verse afectadas, pero en el ejemplo, cuando Jones adelanta la acción judicial, la protección del río se da de manera indirecta. Quién en últimas, resulta amparado, es la persona apellidada Jones.

d) Se reitera que, en la sentencia comentada, se confunden permanentemente los conceptos de sujeto de derechos y bienes especialmente protegidos.

e) El argumento está debidamente saturado desde el punto de vista filosófico y sociológico (el Consejo de Estado sustentó su argumento en tesis expuestas por Christopher Stone, Jeremy Bentham, Luc Ferry, Martha Naussbaum, Amartya Sen y Adela Cortina y cuestiona ideas presentadas por John Rawls y Fernando Savater), pero resulta débil en razones jurídicas.

El triste final de la sentencia del caso de los monos de Patarroyo

Una vez notificada la sentencia del Consejo de Estado relacionada con el caso de los monos de Patarroyo, la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia – FIDIC, interpuso una acción de tutela en contra de la sentencia del 23 de noviembre de 2013. La apoderada de la persona jurídica accionante adujo que la providencia ahora cuestionada en sede de tutela, había incurrido en un sinnúmero de falencias constitutivas de vías de hecho, las cuales se convertían en factores de desconocimiento de derechos fundamentales, entre ellos, el debido

proceso, igualdad, honra o buen nombre y acceso a la administración de justicia. (Consejo de Estado, 2014)

Al desatar la tutela interpuesta, el Consejo de Estado al obrar como juez constitucional, analizó la eventual violación de derechos fundamentales en que pudo incurrir el mismo Consejo de Estado al fallar la acción popular y arribó a la conclusión de que efectivamente se le habían vulnerado derechos fundamentales al ente accionante, en particular, el debido proceso y el derecho a la investigación científica. Independientemente de las consideraciones sobre las vías de hecho que justificaron la procedencia de la tutela, el Consejo de Estado, en un litigio de naturaleza diferente, se pronuncia nuevamente sobre la titularidad de los derechos de los animales, pero en un sentido diametralmente opuesto al expresado en el plurimencionado fallo de 2013.

Este nuevo razonamiento se sintetiza así:

- a) Los derechos colectivos, como aquellos relacionados con el medio ambiente, hacen parte de los derechos difusos, esto es, aquellos que con respecto a su titularidad, recaen en todos (comprendiéndose aquí personas naturales y jurídicas). Este es el sentido que, tanto el Constituyente de 1991 como el legislador (Ley 472 de 1998), le otorgaron a este tipo de derechos en procura de su protección a través de las acciones populares.
- b) La protección de la fauna es una consecuencia de la protección del medio ambiente como derecho colectivo, el cual a su vez puede tener incidencia directa en derechos fundamentales individuales, como la salud, vida y dignidad humana.
- c) La investigación científica que involucre el manejo de población animal resulta inevitable, pues son evidentes los avances médico científicos logrados a partir del uso de especies en el descubrimiento de curas y tratamientos contra diversos

padecimientos del ser humano, concluyéndose la inconveniencia de procesos investigativos alternativos que prescindan de animales.

- d) El hecho de que los animales sean seres vivos, no los convierte por esa sola circunstancia en sujetos de derechos y en el evento de que se presenten maltratos frente a los mismos, no será la acción popular la llamada a preservar derechos de seres que no ostentan la calidad de sujetos morales, la cual se reserva a los humanos.

Esta sentencia apela a la visión clásica o tradicional que limita la extensión del concepto de sujetos de derechos solamente a las personas físicas o naturales y jurídicas o morales, retrotrayendo las cosas al estado en que se encontraban antes de noviembre de 2013.

¿La Corte Constitucional ha tomado partido en el debate?

El máximo tribunal constitucional ha reconocido el deber de protección de los animales, derivado del principio de Constitución ecológica, sin llegar a posicionarlos como sujetos de derechos. Se presenta una muestra de decisiones que sustentan esta línea de pensamiento judicial:

- a) A través de la sentencia C-666 de 2010, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, se resolvió una demanda en contra del artículo 7° del Estatuto de Protección de los Animales (Ley 84 de 1989), el cual, por excepción, permite ciertas actividades que involucran maltrato, tales como el rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y riñas de gallos.

La Corte sentenció que la disposición demandada se ajustaba a la Carta, siempre y cuando se entienda que en las actividades de “entretenimiento y expresión cultural” que involucren animales, éstos deberán recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor y solamente se mantendrán en aquellos

lugares en los cuales, histórica o tradicionalmente, se hayan realizado de manera periódica como expresión de su cultura. El Tribunal Constitucional, con fallos como éste, pretendió darle gusto a Dios y al diablo, pero sin lugar a duda, generó una protección al cerrar las puertas a la realización de este tipo de espectáculos en aquellos sitios donde no hayan sido considerados previamente como una expresión cultural.

b) Por su parte, mediante sentencia C-283 de 2014, magistrado ponente Jorge Iván Palacio, la Corte asumió el estudio de una demanda de inconstitucionalidad en contra de varias disposiciones de la Ley 1638 de 2013, norma prohibitiva del uso de animales en espectáculos circenses. Al determinar la constitucionalidad del artículo 1° de la citada disposición (la Corte no se pronunció sobre otras normas cuestionadas por ineptitud de la demanda), se reconoció la propensión existente hacia el reconocimiento de los derechos de los animales, sin que dicho reconocimiento conlleve la aceptación de la existencia de los mismos.

Las aclaraciones de voto de los magistrados Jorge Iván Palacio y Nilson Pinilla (en escrito conjunto) y María Victoria Calle (en escrito individual) permiten evidenciar que al interior de la alta Corporación se discutió la posibilidad jurídica de reconocer derechos a los animales bajo el amparo del principio de Constitución ecológica, posibilidad defendida por la minoría de los magistrados que participaron en el debate.

c) En la sentencia T-436 de 2014, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt, después de reiterar el deber constitucional de protección de los animales, la Corte precisó que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento de dicho deber, haciendo extensiva esta posibilidad a las acciones de cumplimiento o populares.

d) Mediante sentencia T-095 de 2016, con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo, el máximo Tribunal reitera la

idea de que los animales no son sujetos de derechos, en este caso, fundamentales, pero se destaca la existencia de deberes para con ellos y a cargo de los seres humanos:

“[E]s improcedente la acción de tutela para la protección de bienestar animal, porque aunque exista un deber constitucional de protección de éste, no se extrae la existencia de un derecho fundamental en cabeza de los animales, ni su exigibilidad por medio de la acción de tutela, al tratarse de un interés difuso, no individualizable. Sin embargo, del deber de protección animal desencadenan una serie de obligaciones para los seres humanos de, entre otros, evitar el maltrato, la tortura o los actos de crueldad y velar por el cuidado de su integridad y vida con las excepciones previstas en la ley y en la jurisprudencia constitucional. (Corte Constitucional, 2016)

e) En la sentencia C-041 de 2017, decisión adoptada el día 1° de febrero de 2017 (aún sin publicar), la Corte al abordar una demanda en contra del artículo 5° de la Ley 1774 de 2016, que excluía de penalización actividades como las corridas de toros y riñas de gallos, consideró que esta excepción era “indeterminada y desproporcionada” y exhortó al Congreso para que en el plazo de dos años transforme estas actividades en otras que no impliquen maltrato animal o las prohíba definitivamente, de conformidad con los condicionamientos de la sentencia C-666 de 2010. De no atenderse esta indicación por parte del Legislativo, a partir de febrero de 2019 estas prácticas quedarán prohibidas y penalizadas. (Sarralde, 2017, Legis, 2017, Corte Constitucional, 2017)

En resumen, a diferencia de lo acontecido con el Consejo de Estado, la Corte no considera a los animales como sujetos de derechos, aunque ha hecho bastante énfasis en los deberes constitucionales de protección radicados en cabeza de los humanos, derivados del concepto de Constitución ecológica que permea la Carta Magna.

¿Es viable el reconocimiento de derechos a los animales a partir del formalismo jurídico o el derecho tradicional? La importancia del derecho vivo

La respuesta a la pregunta de este acápite, en principio es negativa. El uso y aplicación del derecho tradicional-legislado vigente, no permite el reconocimiento del estatus de sujetos de derechos a los animales. Las razones son varias: (i) en el formalismo jurídico, la situación de los animales como cosas o bienes especialmente protegidos, no se analiza en perspectiva constitucional y particularmente, a la luz de las acciones de protección de derechos, separándose el derecho constitucional del derecho común; (ii) normas con estructura de reglas, no analizadas en consonancia con principios superiores, definen hoy a los animales simplemente como muebles animados, ergo, se dificulta el reconocimiento de sus derechos, pues ninguna de estas reglas de forma literal, expresa o directa, habla de derechos de los animales, ni siquiera sus estatutos de protección (Leyes 84 de 1989 y 1774 de 2016) y (iii) el eventual vacío jurídico al respecto no se puede llenar con interpretaciones audaces, pues no resulta viable, por vía de argumentación, la adecuación o calificación típica. Esto es, los derechos de la población animal no admiten ser subsumidos por ninguna norma de derecho positivo.

De lo anterior se desprende que el Consejo de Estado en el caso de los monos de Patarroyo, no construyó su decisión conforme a los parámetros del derecho tradicional. Todo lo contrario, apeló al nuevo derecho si se considera que el fallo: (i) contiene una fuerte carga de moral que sustenta la decisión; (ii) articula, mediante interpretación, disposiciones de rango legal con principios superiores consignados en la Carta; (iii) abandona la técnica de la subsunción por la de la ponderación y (iv) aboga por un cambio social al propiciar una

transformación de la concepción tradicional de los animales como cosas hacia los animales como seres sintientes, titulares de derechos. En este último punto jugó un papel preponderante la tendencia internacional que aboga por ello.

La sociedad en pleno clama medidas efectivas para una protección decidida, no a medias tintas, de la población animal. Los casos de maltrato a diversas especies son cada vez más difundidos por los medios de comunicación, abundan ONGs y líderes particulares abanderados de la causa animal, los tribunales del mundo dan pasos gigantescos en procura del reconocimiento de las “personas no humanas”. En fin, el panorama hoy en día resulta bien diferente al de tiempos pretéritos.

El tema analizado en este ensayo permite apreciar, en una situación concreta, algunas ideas expuestas por Eugen Ehrlich, padre de la sociología del derecho. Según tu teoría, “el centro de gravedad del desarrollo del derecho, está más allá de la legislación, de la doctrina e incluso de la jurisprudencia: está en la sociedad misma”. (Castaño, 2005, p. 89). Si bien no desconoce la importancia de la función legislativa y jurisdiccional, Ehrlich se pregunta sobre cuál es la clave de la evolución del derecho, respondiéndose que “está en la vida, está en la sociedad, y el método para estudiarlo será la observación directa de la vida y del derecho contenido en ella o vivido”. (Castaño, 2005, p. 90)

Resulta claro que la decisión del Consejo de Estado, en el caso de los monos de Patarroyo, consultó unas nuevas necesidades y realidades sociales, en otras palabras, los hechos del derecho, a través de los cuales se expresa el denominado por Ehrlich, “derecho vivo” o “reglas del deber-ser jurídicas, que no permanecen tan solo como normas de decisión, sino que regulan realmente el comportamiento humano”. (Ehrlich, cit. en Castaño, 2005, p. 90).

Si bien el derecho vivo suele encontrarse en “contraposición con el derecho válido sólo ante el juez y las autoridades” (Castaño, 2005,

p. 94), la sentencia base de este estudio permite apreciar cómo la denominada por Ehrlich “jurisprudencia práctica”, bebe de las fuentes del derecho vivo. Sin lugar a duda el Consejo de Estado, al abandonar el derecho tradicional y apelar al nuevo derecho, que hace gala de anti-formalismo, consultó esos reclamos sociales que abogan por el reconocimiento del derecho de los animales. Tal como sucede regularmente, el derecho judicial va un paso adelante del derecho legislado.

El aporte de la teoría de los derechos implícitos en el proceso de reconocimiento de los derechos de los animales

Resulta frecuente en el devenir judicial, que los intérpretes descubran derechos implícitos en normas implícitas, siendo estas normas no explicitadas, no plasmadas de forma literal expresa en cuerpo normativo alguno (Guastini, 2014, p. 493). No obstante, la carencia de texto escrito claro, consagratorio de un derecho de forma diáfana, no ha sido obstáculo para que los intérpretes desentrañen otras normas inmersas, ocultas en preceptos de textura abierta, que normalmente adoptan la forma de principios (normas abiertas, inacabadas, máximas de optimización) (Alexy, 2003, p. 95). Dos ejemplos tomados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ilustran la operatividad de los derechos implícitos (que implican la asunción de deberes igualmente implícitos):

El principio constitucional de solidaridad adquirió la potencialidad de convertirse en fuente autónoma y directa de responsabilidad civil objetiva. Lo expresado se sustenta en un caso de transmisión del VIH por transfusión de sangre contaminada, presumiblemente acontecido en una institución hospitalaria de Bogotá, el cual motivó la presentación de una acción de tutela, cuyo fallo de instancia, vía revisión, llegó a la

Corte Constitucional. (Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz).

De la lectura de la sentencia, se evidencia que: (i) la Clínica no asumió responsabilidad, más aún, invocó a su favor una causal excluyente de la misma, representada en la culpa de un tercero (el proveedor de sangre); (ii) la Corte consideró inicialmente que existían suficientes elementos de juicio para deducir la relación de causalidad entre la conducta de la accionada y los perjuicios ocasionados al actor, pero a renglón seguido aceptó que las versiones opuestas de actor y accionada generaban duda, la cual se resolvió a favor de aquél, en virtud del principio *in dubio pro tutelante* y (iii) dada la existencia de un litigio entre las partes, a juicio de la Corte, el Estado no debe asumir su deber de propiciar servicios de salud a las personas de escasos recursos, delegándose esta función a la Clínica, no obstante que el actor no había demandado todavía a esta institución de salud por la vía ordinaria.

La Corte descubrió esta subregla implícita en el principio de solidaridad: Si un paciente de sida mantiene un litigio con una persona, en este caso jurídica, a quien le atribuye la responsabilidad por su condición de enfermo, el presunto responsable debe asumir la totalidad de los costos de tratamiento, así no exista sentencia en un juicio ordinario que haya certificado el carácter de responsable. En caso de controversia argumentativa o probatoria, la duda se resolverá a favor del actor (las críticas a esta sentencia, en perspectiva iusprivatista, pueden consultarse en: Coral, 2010).

En la sentencia T-057 de 2015, con ponencia de la magistrada (e) María Victoria Sáchica, la Corte Constitucional reconoció el derecho fundamental implícito que denominó el “derecho a que sea intentado o right to try”, relacionado con la facultad que tienen los pacientes en estado vegetativo a acceder a tratamientos médicos experimentales con cargo al sistema de seguridad social en salud. Si bien la Corte halla el fundamento de este derecho fundamental innominado

en la previsión normativa del artículo 94 de la Carta, relacionado con los derechos inherentes a la persona y no consagrados expresamente, sin lugar a dudas el argumento, en la forma que se presenta, deja entrever que el “derecho a que sea intentado”, se encuentra implícito en el derecho fundamental a la salud. (Otros casos de derechos implícitos y su impacto en relaciones de derecho privado, pueden ser consultados en Coral, 2016)

Dos puntos para dilucidar en este tramo del discurso: (i) si la teoría de los derechos implícitos permite afirmar la existencia, valga la redundancia, de derechos implícitos de los animales en normas explícitas y (ii) si el reconocimiento normativo y jurisprudencial de deberes para con los animales, permite inferir la operatividad de derechos correlativos implícitos en su favor.

¿Es posible afirmar la existencia de derechos implícitos de los animales?

Sí y el Consejo de Estado ya lo ha afirmado en varias sentencias. Los derechos de los animales existen, se derivan de los derechos asociados al medio ambiente y son perfectamente justiciables a partir de las acciones populares que cualquier agente oficioso puede interponer en su beneficio, tesis que resulta plausible para la magistrada de la Corte Constitucional María Victoria Calle y la avala en su salvamento de voto a la sentencia C-283 de 2014, supra comentada.

Independientemente de los comentarios relativos a la mutación constitucional proveniente de intérprete no auténtico ni con autoridad interpretativa que se le endilga en este ensayo al Consejo de Estado, sin lugar a duda este apeló, sin afirmarlo, a lo que Laporta (2002, pp. 140-146) en su trabajo de sistematización de reglas en el derecho implícito denomina “reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores”.

¿Los deberes jurídicos para con los animales son fuente de derechos implícitos?

En la sentencia de la Corte Constitucional C-666 de 2010, ya referenciada, este Tribunal dedujo la existencia de deberes constitucionales orientados a la generación del bienestar animal, fundamentados en la protección de los recursos naturales y la dignidad humana. Para ello, este tribunal recordó los deberes constitucionales de protección de los recursos naturales consagrados en los artículos 8 y 95 numeral 8° y en lo atinente a la dignidad humana como fuente de deberes hacia los animales, la Corte consideró:

“En otras palabras, la posibilidad de que se vean afectados por tratos crueles, por acciones que comportan maltrato, por hechos que los torturen o angustien obliga a que las acciones que respecto de ellos se realicen por parte de los seres humanos sean expresión del comportamiento digno que hacia ellos deben tener seres dignos”. (Corte Constitucional, 2010)

A nivel infraconstitucional, Ley 84 de 1989, capítulo II, artículos 4° y 5°, consagra los “deberes para con los animales” así:

Artículo 4. Toda persona está obligada a respetar y abstenerse de causar daño o lesión a cualquier animal. Igualmente debe denunciar todo acto de crueldad cometido por terceros de que tenga conocimiento.

Artículo 5. Además de lo dispuesto en el Artículo anterior, son también deberes del propietario, tenedor o poseedor de un animal, entre otros:

- a) Mantener el animal en condiciones locativas apropiadas en cuanto a movilidad, luminosidad, aireación, aseo e higiene;*
- b) Suministrarle bebida, alimento en cantidad y calidad suficientes, así como medicinas y los cuidados necesarios para asegurar su salud, bienestar y para evitarle daño, enfermedad o muerte;*

c) Suministrarle abrigo apropiado contra la intemperie, cuando la especie de animal y las condiciones climáticas así lo requieran.

Parágrafo. Cuando se trata de animales domésticos o domesticados, en cautividad o confinamiento las condiciones descritas en el presente artículo deberán ser especialmente rigurosas, de manera tal que los riesgos de daño, lesión, enfermedad o muerte sean mínimos.

De otro lado, la Ley 1774 de 2016, consagra también una serie de deberes:

Artículo 3o. 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 <sic> 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;*

c) Solidaridad social. 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 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.

Finalmente, la Ley 1801 de 2016, nuevo Código Nacional de Policía, en su título 13 (De la relación con los animales), capítulo 1° (Del respeto y cuidado de los animales), dispone:

Artículo 116. Comportamientos que afectan a los animales en general. Los siguientes comportamientos afectan a los animales en general y por lo tanto no deben efectuarse. Su realización genera medidas correctivas:

1. Promover, participar y patrocinar actividades de apuestas en cualquier recinto, en donde, de manera presencial, se involucren animales, con excepción a lo previsto en la Ley 84 de 1989.

2. La venta, promoción y comercialización de animales domésticos en vía pública, en municipios de más de cien mil (100.000) habitantes.

3. El que permita, en su calidad de propietario, poseedor, tenedor o cuidador que los semovientes deambulen sin control en el espacio público.

(...)

Parágrafo 3o. Se prohíbe usar animales cautivos como blanco de tiro, con objetos susceptibles de causarles daño o muerte con armas de cualquier clase, exceptúese la casa deportiva.

Los citados deberes no son únicamente de corte moral o humanitario. Son deberes jurídicos, cuyo incumplimiento, genera sanciones penales y pecuniarias.

En atención a la teoría de los derechos subjetivos (a los cuales el Consejo de Estado alude permanentemente en las sentencias analizadas), si existen deberes jurídicos para con los animales, implícitamente ellos serían titulares de derechos, pues por regla general, todo derecho genera un deber jurídico y viceversa. (Valencia Zea, 1997)

Otrora, la aceptación de la tesis de que los animales eran titulares de derechos, conllevaba el reto de responder preguntas difíciles que complicaban la aceptación de esta idea, pero la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha

atrevido ya a aclarar un poco el panorama, sobre todo en el aspecto de la justiciabilidad, pues “[L]o característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales” (Borowski, 2003, p. 42), pues un derecho de esta naturaleza “[h]abilita a un sujeto individual o colectivo para reclamar a otro el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer, aun mediante la fuerza socialmente organizada”. (Chinchilla, 1999, p. 16)

- ¿Se pueden exigir judicialmente los derechos de los animales?

R/ Sí, a través de acciones populares.

- Para el ejercicio de estos derechos, ¿quién los representaría?

R/ Cualquier persona, natural o jurídica, en su calidad de agente oficioso.

Conclusiones

De conformidad con disposiciones, en *stricto sensu*, de derecho positivo de rango constitucional o legal, no es posible sostener la existencia de los derechos de los animales, por no contar con consagración normativa expresa. A *contrario sensu*, sí se han generado deberes normativos explícitos para con los animales, a cargo de los seres humanos.

El Consejo de Estado se atrevió a ampliar los alcances de la acción popular, al establecer que nuevos sujetos de derechos, como los animales y las especies vegetales, pueden resultar protegidos a través de esta acción judicial. De esta manera, este órgano judicial introdujo un cambio constitucional en la modalidad de mutación, realizada por un intérprete no auténtico (ni con autoridad) de la Carta Política, calidad reservada para la Corte Constitucional. Esta nueva doctrina judicial ubicó al Consejo de Estado como el adalid nacional en el reconocimiento de una nueva realidad, convertida en tendencia mundial: otros seres sintientes, aparte del hombre, también son titulares de derechos justiciables.

Para construir esta decisión judicial, el Consejo de Estado se apartó del derecho tradicional y acogió las tesis del denominado nuevo derecho, abandonó los rigores del formalismo y haciendo gala de una académicamente cuestionada articulación de preceptos legales con principios constitucionales, formuló una decisión coherente con una nueva realidad social colombiana, un derecho vivo que clama a gritos el cese del maltrato animal.

La Corte Constitucional no ha llegado hasta el punto de radicar en los animales titularidad de derechos, pero sí ha destacado de forma reiterada los deberes constitucionales de protección de estos, basados en el criterio de Constitución ecológica.

La teoría de los derechos implícitos permite sustentar que, a partir de la interpretación de derechos y deberes explícitos adoptados por disposiciones constitucionales y legales, se puede inferir la existencia de derechos de la población animal de naturaleza justiciable, a través de acciones populares o de cumplimiento, no de tutela, tal como ya lo ha reconocido la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

Referencias bibliográficas

Normativas

- Constitución Política de Colombia.
- Código Civil colombiano.
- Ley 84 de 1989.
- Ley 472 de 1998.
- Ley 1638 de 2013.
- Ley 1774 de 2016.
- Ley 1801 de 2016.

Jurisprudenciales

Consejo de Estado. Colombia. (2012). Sentencia del 23 de mayo de 2012, radicación 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592), C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá: Autor.

Consejo de Estado. Colombia. (2012). Salva-
mento de voto a la sentencia del 23 de mayo de 2012,
C. Jaime Orlando Santofimio. Bogotá: Autor.

Consejo de Estado. Colombia. (2013). Sentencia
del 26 de noviembre de 2013, radicación AP 25000-
23-24-000-2011-00227-01, C.P. Enrique Gil Botero.
Bogotá: Autor.

Consejo de Estado. Colombia. (2014).
Sentencia del 12 de diciembre de 2014, radicación
11001031500020140072300, C.P. Carmen Teresa
Ortiz de Rodríguez. Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (1997). Sen-
tencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2006). Sen-
tencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy
Cabra. Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2010). Sen-
tencia C-666 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.
Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2014). Sen-
tencia C-283 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio.
Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2014). Salva-
mento de voto a la sentencia C-283 de 2014, M.
María Victoria Calle. Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2015). Sen-
tencia T-057 de 2015, M.P. María Victoria Sáchica.
Bogotá: Autor.

Corte Constitucional. Colombia. (2016). Sen-
tencia T-095 de 2016, M.P. Alejandro Linares
Cantillo. Bogotá: Autor.

Doctrinarias

Atienza, M. (2010). *Interpretación constitu-
cional*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Libre.

Blanco Zúñiga, G. (2010). *De la interpretación
legal a la interpretación constitucional*. Bogotá D.C.:
Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los
derechos fundamentales*. Bogotá D.C.: Editorial
Universidad Externado de Colombia.

Castaño Bedoya, A. (2005). *Teoría Dinámica del
Derecho*. Medellín: Editorial Comlibros.

Cadena W. (2018). El Hermano hombre de
Fernando Soto Aparicio en *Revista Vía Inveniendi
et Iudicandi*, Vol. 13, N.º 1, enero-junio 2018, pp.

237-262. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.09>. Documento extraído el 1 de
abril de 2018 de [http://revistas.usantotomas.edu.co/
index.php/viei/article/view/4273/4050](http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4273/4050)

Castro G. (2018). Una aproximación teórica a
la obra de Arturo Valencia Zea De la posesión y la
función social de la propiedad: el gran problema
jurídico del siglo xx en Colombia, revisión histórico-
jurídica en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol.
13, N.º 1, enero-junio 2018, pp. 9-54. DOI: [http://
dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.01](http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.01).
Documento extraído el 2 de abril de 2018 de [http://
revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/
view/4265/4042](http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4265/4042)

Coral Pabón, M. (2010). *El tratamiento jurídico
de los portadores del VHI y pacientes con sida en
Colombia. Un estudio sobre derechos y obligaciones*.
Pasto: Editorial Universidad de Nariño.

Coral Pabón, M. (2016). La Corte Constitucional
y los casos difíciles en el iusprivatismo: creacionismo
judicial o descubrimiento de derechos implícitos.
En: A.A.V.V. *Problemáticas en torno a la multi-
disciplinariedad del Derecho, Colección Lecciones
Doctorales*, pp. 85 a 107). Bogotá D.C.: Editorial
Universidad Santo Tomás.

Chinchilla, T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los
derechos fundamentales?* Bogotá D.C.: Editorial
Temis.

Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Bogotá
D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Herrera B (2018), Derechos de los animales:
la legislación nacional interna como barrera legal
para el reconocimiento de la subjetividad jurídica
animal en *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol.
13, N.º 1, enero-junio 2018, pp. 55-93. DOI: [http://
dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.02](http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.02).
Documento extraído el 1 de abril de 2018 de
[http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/
viei/article/view/4266/4043](http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4266/4043)

Huertas O, Rumbo C & Uribe A (2018). El juez de
vigilancia penitenciaria en España, como referente
de la ejecución penal en América Latina en *Revista
IUSTA*, N.º 48, enero-junio 2018, pp. 73-96. DOI:
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.03>.
Documento extraído el 20 de marzo de 2018 de
[http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/
view/4087/3882](http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4087/3882)

Llano, J. (2017). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 13-32.

LEGIS (2013). Periódico *Ámbito Jurídico*. Ed. No. 384. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

LEGIS (2015). Periódico *Ámbito Jurídico*. Ed. No. 409. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

LEGIS (2017). Periódico *Ámbito jurídico*, Ed. No. 459. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*, 2ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

Sarralde Duque, M. (2017). *Corridos de toros, peleas de gallos y corralejas: ¿están condenadas a muerte?* En: *Diario El Tiempo*, 5 de febrero de 2017, p. 12. Bogotá: Editorial *El Tiempo*.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (1997). *Derecho Civil General y Personas*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Weston, A. (2007). *Las claves de la argumentación*. Barcelona.: Editorial Ariel.

Cibergrafía

Corte Constitucional, comunicado No. 3, 1º de febrero de 2017, consultado en línea en: https://www.google.com.co/?gfe_rd=cr&ei=XqfrWM3YO4PQ8Aezg4aAAQ&gws_rd=ssl#q=corte+constitucional+s+entencia+C-041+de+2017 [fecha de consulta: 11 de febrero de 2017].

Laporta San Miguel, F. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. En: *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. No. 6, pp. 133-151. Consultado en línea en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3092/14239_6RJ132.pdf?sequence=1 [fecha de consulta: 11 de noviembre 2016].

www.proyectogransimio.org [consultado el 13 de enero de 2015].

Osorio R. (2018). La extradición y la cooperación internacional. Falta de justicia, legitimidad o incapacidad del Estado colombiano: su historia en *Revista*

IUSTA, N.º 48, enero-junio 2018, pp. 179-198. DOI: <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.07>. Documento extraído el 20 de marzo de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/4097/3904>

Notas

¹ Al respecto es importante hacer referencia al profesor Castro para quien teoría jurídica, es mucho más que idear recursos discursivos. (Castro, 2018)

² Al respecto es importante hacer referencia al profesor Cadena, para quien “Cada vez se torna más necesario actualizar el Código Civil colombiano, el cual en 2017 cumplió con 130 años de existencia. Las reformas y contextualizaciones que se le han hecho a la normativa son coyunturales, parciales y desarticuladas frente a las realidades sociales e institucionales del país, que por cierto ha tenido profundas transformaciones en este lapso”. (Cadena, 2018, p. 260)

³ Al respecto, es importante anotar que la producción de Teoría del Derecho se amplió desde los distintos contextos académicos, en los sitios considerados centrales como Europa y Estados Unidos en lo respectivo a las deliberaciones teóricas, los textos determinados como científicos e innovadores en la ciencia jurídica se han multiplicado; en los lugares que se han catalogado como marginales en la creación de Teoría del Derecho como América Latina se presenta una producción académica de carácter socio jurídica interesante y respetable que incorpora problemas de la realidad social con análisis desde las distintas teoría del derecho. (Llano, 2017, p. 14)

⁴ A partir de las Leyes 84 de 1989 y 1774 de 2016, se ha establecido al interior del ordenamiento jurídico colombiano un criterio de protección animal discriminatorio el cual permite el desconocimiento de la subjetividad jurídica animal de aquellos seres vivos que por sus características se han visto sometidos a prácticas culturales realizadas por el hombre, como es el caso del toro de lidia en las actividades taurinas. (Herrera, 2018, p. 55)

⁵ Al respecto es importante anotar que Colombia ha sido de los primeros Estados en suscribir convenios de cooperación internacional, unos bien pensados y otros se han ido analizando y corrigiendo sobre su ejecución. (Osorio, 2018, p. 189)