

EL CAMBIO DOGMÁTICO-JURÍDICO COMO RESPUESTA AL CAMBIO SOCIAL: LA LABOR DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA RECONSIDERACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ANIMALES EN COLOMBIA

Diego López Medina

Contenido

1. MODELOS CONCEPTUALES GENERALES DE LA RELACIÓN ENTRE EL HOMBRE Y LOS ANIMALES NO HUMANOS.....	2
2. LA INNOVACIÓN DOGMÁTICA EN EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO RESPUESTA A CAMBIOS SOCIALES.....	15
3. LA APARICIÓN DEL ANIMALISMO CONTEMPORÁNEO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO.....	20

El presente estudio está dividido en tres partes: en la primera, de naturaleza teórica, se hará una presentación de los modelos generales que están disponibles hoy en día para concebir las relaciones entre hombres y animales; allí mismo se mostrará cómo se ha dado un proceso masivo (pero aún no determinante ni acabado) de cambio ideológico y social donde individuos y grupos exigen a la sociedad y al derecho un cambio profundo en las reglas que regulan el tratamiento y la protección de los animales no humanos. Esta plataforma animalista tiene, hoy en día, constituye hoy en día un factor inocultable de cambio social y jurídico. En la segunda parte mostraremos cómo la Altas Cortes colombianas (en este caso, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) se han mostrado receptivas frente a estas presiones y buscan generar innovaciones dogmáticas que permitan responder a las demandas sociales. En tercer lugar, examinaremos las formas en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho recepción (aunque incompleta y confusa) del ideario animalista contemporáneo. A pesar de estas falencias, la recepción judicial del ideario animalista ha sido entusiastamente saludada por el movimiento social y anuncia, hacia el futuro, una profundización de la protección que la “constitución ambiental” colombiana brinda a los animales. El artículo, en suma, busca reconstruir la recepción temprana de la ética animalista en el derecho positivo colombiano (especialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado). Es igualmente previsible que este proceso continúe hacia el futuro, como parte del crecimiento y expansión de la conciencia animalista y medioambiental en nuestro entorno. Esto exigirá, a su vez, la ampliación quizás de la dogmática de los derechos fundamentales hacia lugares no previstos por el humanismo antropocéntrico que ha dado aliento, hasta ahora, a las disciplinas de los derechos humanos y fundamentales.

1. MODELOS CONCEPTUALES GENERALES DE LA RELACIÓN ENTRE EL HOMBRE Y LOS ANIMALES NO HUMANOS

En la medida en que, en las últimas décadas, el trato a los animales se ha convertido en un tema explícito de discusión y debate ético-político, han surgido pluralidad de concepciones sobre qué es un “animal” y cuál es el nivel de deferencia que los seres humanos deben dar a su bienestar y protección. Los sólidos consensos existentes hace años en el sentido en que los animales eran

meras cosas explotables a discreción del propietario, propios de sociedades agropecuarias y agro-industrializadas y normativizadas por el Código Civil, no son hoy hegemónicos; en su lugar, se ha abierto paso, en el renacer de la conciencia verde, a nuevas concepciones de la relación hombre-animal, que arrancan con prescripciones meramente humanitarias y terminan en utopías (o distopías, según sea como se les evalúe) de completo “liberacionismo animal”. Desde diversas plataformas éticas, los ciudadanos del común se están replanteando las relaciones hombre-animal: el ambientalismo general apunta hacia esa dirección; también lo hace la adopción de nuevos estilos de vida, donde el vegetarianismo y el veganismo son frecuentes. Cualquiera que sea el espíritu que anima estos cambios de conducta personal y social, tienden a incorporar nuevas normas sociales de regulación de la relación entre hombres y otras especies animales.

El foro jurídico (bien sea en sede legislativa, administrativa o judicial) es parte esencial de los espacios sociales donde los ciudadanos exponen y discuten diversos imaginarios sobre cómo conciben a los animales y, a partir de esas concepciones, qué potestades tienen al tratarlos y qué deberes tienen frente a ellos con relación a su bienestar y protección. Esta discusión jurídica nace, pues, por la existencia de un creciente debate social con relación al concepto de “animal” y su tratamiento jurídico con el que se reemplazan los consensos casi¹ monolíticos del inmediato pasado. Cada vez se hace más patente esta fractura al nivel de los consensos sociales: la prensa reporta con frecuencia las situaciones donde una persona maltrata en público a un animal y otros ciudadanos, considerando que esta conducta es simplemente inaceptable, defienden a la víctima del ataque. El victimario considera esta reacción como interferencia con sus derechos y potestades legítimas y, de esta manera, el maltrato unilateral del hombre al animal se convierte en un conflicto entre humanos, donde unos ejercen sus derechos privados y otros ven ofendida de forma grave su propia conciencia moral. Créase o no, este tipo de conflictos causa muertes y heridas (de muchos tipos) en animales humanos y no humanos. Esta fractura social es relativamente reciente y gana mayor presencia y virulencia con el correr del tiempo.²

1 Sin negar que en diversas culturas y tradiciones han existido diversas prácticas y discursos de protección a los animales. En la cultura y el derecho de Occidente, empero, estos discursos han sido marginales.

2 Ver el artículo de mayo 5 del 2014 del periódico El Colombiano, “Muere joven atacado en Envigado por defender un perro”. Recuperado de

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/murio_joven_atacado_en_envigado_por_defender_a_un_perro/murio_joven_atacado_en_envigado_por_defender_a_un_perro.asp

Este debate ha naturalmente llegado al derecho que, en consecuencia, está experimentando a comienzo del siglo XXI un cambio significativo en su comprensión del tema; en una época, pues, en la que se ponen en cuestión, al menos parcialmente, los consensos normativos del pasado (en los que el animal era una cosa del derecho civil); pero también en una época en la que no se ha terminado de consolidar el derecho del futuro (en el que, al menos en uno de sus escenarios, al menos algunos de las especies animales recibirían protección en la forma de reconocimiento directo de sus “derechos” como especies o, incluso, como individuos hasta el punto que los animales serían considerados como “agentes morales” o, en el equivalente jurídico de este concepto, “personas” con derechos colectivos e individuales).

En el campo social más amplio se viene dando un verdadero cambio a nivel global en los últimos años: ha aumentado de forma muy significativa el número de personas que manifiestan tener una clara conciencia de protección animal; estas personas, a su vez, se han asociado hasta formar un verdadero movimiento social “animalista” que hace oír su voz y que, cada vez más, ejerce influencia en la formación de las normas sociales, morales y jurídicas que regulan la relación entre animales humanos y animales no humanos³; a la par de este aumento en el activismo político, ha crecido también el caudal de investigaciones y publicaciones que, desde la teoría moral, política y jurídica, quieren examinar y proponer cuáles son los derechos morales y jurídicos de los animales que demanda una teoría ampliada de la justicia y que, en consecuencia, deberían ser positivizados en sociedades decentes e inclusivas. El “animalismo”, pues, es una tendencia creciente en la mentalidad de las personas, en el activismo social y en la investigación académica.

A su vez, como el animalismo ofrece una nueva comprensión de la extensión y de los compromisos básicos dentro la comunidad moral y política en la que vivimos, no es extraño que sus reclamos se estén desplazando al espacio del “derecho constitucional”. El “derecho constitucional”, en este sentido, es el foro donde la comunidad política democrática discute sobre las reglas básicas de su “pacto social”, sobre quiénes son miembros relevantes de ese pacto y cuáles son sus derechos fundamentales. Este lenguaje es precisamente el que viene adoptando el animalismo contemporáneo (con su propio giro discursivo hacia los derechos); y es, por esa razón, que los debates sobre los derechos de los

³ Los animalistas prefieren esta llamativa dicotomía porque, desde el arranque de la discusión, se produce una igualación del campo discursivo. Del otro lado, la dicotomía hombre-animal representa todavía una concepción tradicional y propietaria de dominio del hombre sobre el animal.

animales parecen estar reubicándose, al menos en parte, en el espacio del derecho constitucional.

En el presente artículo se hará una rápida revisión de cómo el derecho colombiano viene respondiendo a estos cambios acelerados en las concepciones sociales sobre el animal, sus derechos, su protección y su bienestar. En nuestro derecho (al igual que en la sociedad en su conjunto) tampoco existe un único concepto de animal y ello por dos motivos esenciales: en primer lugar, el corpus normativo y jurisprudencial sobre animales se ha desarrollado en Colombia de forma lenta y fragmentada en el tiempo por lo que en él se ha incorporado un amplio rango de concepciones que no responden a un paradigma único de relación hombre-animal; en segundo lugar, es evidente que en el último lustro se ha presentado una evidente aceleración y dinamización del tema ya que concepciones “animalistas” más profundas (que existían tan solo marginalmente en la doctrina jurídica⁴) han empezado a impactar el derecho constitucional colombiano, especialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como algún pronunciamiento legislativo más recientes⁵. En este sentido la dogmática jurídica tradicional en la materia está siendo desafiada en un proceso que parece orientarse hacia su profundización en los años venideros.

Existen, pues, varias maneras de conceptualizar la relación hombre-animal que se irán presentando en el cuerpo del presente artículo. En una primera aproximación, es posible presentar un listado amplio y más bien impresionista de las diversas formas de conceptualizar la relación hombre-animal que existen en el contemporáneo pluralismo social e ideológico que acabamos de caracterizar. Este listado amplio arranca de posiciones que podríamos llamar “tradicionales” u “ortodoxas” y se mueven hacia nuevas conceptualizaciones “renovadoras” o “heterodoxas” (que, sin embargo, vienen ganando legitimidad social a gran velocidad por masivos cambios culturales en la conciencia medioambiental contemporánea). Este listado constituye un continuo en el que se abre un rango amplio de opciones ideológicas sobre la relación hombre-animales.

4 En Colombia, el temprano y excelente libro de Alexandra Cárdenas y Ricardo Fajardo, “El derecho de los animales”, (Legis, Bogotá, 2007) empezó a aclimatar un debate filosófica, política y jurídico que ya llevaba cerca de 30 años en países con mayor tradición de protección animal. En la época de su publicación este libro fue recibido con relativa extrañeza y desatención. Pocos años después sus acciones han subido considerablemente.

5 Entre los que destaca claramente la Ley 1638 de 2013 mediante la que se prohíbe la utilización de animales silvestres en circos.

Arrancando por el extremo más tradicional u ortodoxo,

(1) los animales son “cosificados” al convertirlos en objetos de apropiación y uso humano. Esta posición “cosificadora” tiene usualmente algunas consecuencias importantes: (i) Bajo la noción más extrema y clásica de “propiedad”, los seres humanos no tienen deberes de cuidado y protección frente a los objetos de su propiedad que vayan más allá de los que dicta su propio interés en la conservación de su patrimonio: por tanto, de las cosas de mi propiedad se puede “disponer” irrestrictamente para el beneficio y el interés humano, incluidos los animales. (ii) Esta concepción objetivadora de los animales, de otro lado, ha sido funcional para las formas humanas de beneficio animal (proteína, textiles y un largo etcétera de materias primas extraídas de esta rama de la “industria” e “ingenio” humanos), tanto en explotaciones artesanales (de sobrevivencia, pequeña y mediana escala) como industriales (de gran escala). Esta concepción tiene un gran peso histórico y marca la dinámicas biológicas, económicas, culturales y jurídicas del desarrollo de la especie *homo sapiens sapiens* y de su relación con las otras especies animales.

(2) Esta histórica posición cosificadora de los animales ha sido apenas matizada por una conciencia humanitaria o bienestarista (desarrollada en el siglo XIX y lenta y desigualmente esparcida en el mundo agropecuario durante los siglos XX y XXI) en la que se conserva la plena explotabilidad de los animales pero se introducen límites “humanitarios” (también llamados “bienestaristas”) mediante los cuales se proscriben las peores e innecesarias formas de maltrato a los animales (aunque se continúe permitiendo la plena utilización de los animales para beneficio humano, con inclusión del sacrificio de su vida). Bajo esta concepción los animales se siguen considerados como recursos naturales al servicio del hombre y de una economía “antropocéntrica”; se introduce, sin embargo, una conciencia o sensibilidad humanitaria que busca disminuir la crueldad del trato en actividades de beneficio, (i) bien sea porque empieza a existir sensibilidad frente al dolor y sufrimiento de los animales; (ii) o bien porque se piensa que la “sostenibilidad” y “racionalidad económica” del beneficio exigen la eliminación de las peores formas de crueldad.

Este “humanitarismo” tiene varias caras: en una primera y todavía dominante versión, el tratamiento “humanitario” es una proyección valorativa desde la “humanidad”- “dignidad” del hombre a la “cosidad” del animal (o de la “bestia” o del “bruto”⁶): es la dignidad propia de los hombres la que impide que

⁶ En sinónimos propios de los ambientes rurales tradicionales.

torturemos o tratemos cruelmente a los animales; es una concepción según la cual, la tortura o el maltrato afecta la “dignidad” moral del hombre que debería dispensar, desde la altura de su racionalidad, un trato “humanitario” a otras especies. El maltrato afecta moralmente al hombre, no al animal. Así se construye lo que podríamos llamar un “humanitarismo antropocéntrico”.

(3) El humanitarismo bienestarista tiene otro escenario tradicional: la relación entre los humanos y sus animales domésticos de compañía. Aquí los animales domésticos y de compañía son más intensamente “antropomorfizados” e “infantilizados” (si se les compara con los animales pecuarios, liminares y salvajes)⁷; estos animales (perros y gatos, por lo general) son concebidos como miembros de comunidades familiares en relaciones cercanas de compañía y afecto y, donde, cada vez de forma más frecuente, las normas tanto sociales como jurídicas prohíben el maltrato y el abandono y prescriben la satisfacción continua de todas las necesidades vitales (alimentación, abrigo y salud, como mínimo). Aquí los animales son “antopomorfizados” porque asumen roles y posiciones de “infantes” al cuidado humano. Sus tenedores, al mismo tiempo, se sienten también como propietarios de estos animales con prerrogativas que en realidad no tendrían con relación a infantes humanos. El estatus de estos animales es fundamentalmente inseguro: sus dueños los consideran, al mismo tiempo, como objetos y miembros de la familia de manera intermitente y estratégica; existe la expectativa de que se les prodigue un trato humanitario pero su situación es frágil y contingente a las decisiones de cuidado y la diligencia de sus propietarios. Cuando ello no ocurre, se consideran de nuevo como objetos; de la misma forma, no existen sistemas institucionales confiables (como la policía, por ejemplo) que protejan a los animales en casos de violación de las obligaciones humanas de cuidado y no maltrato. Como con el resto de las dinámicas de violencia familiar, el maltrato y el descuido quedan cubiertos por la intimidad sagrada del hogar y las normas sociales y jurídicas de protección tienen vigilancia, garantía y sanción muy precarias (aunque evidentemente esta protección en algo ha aumentado para mujeres y niños). Solo los casos más extremos y horrendos de maltrato logran surgir a la luz pública (y eso que por algún desborde negligente del torturador hacia el espacio público). Los propietarios de este tipo de animales en este contexto social, al mismo tiempo, no tienen una conciencia animalista integral u holista: sólo prodigan cuotas moderadas y espasmódicas de bienestar a algunos animales de compañía y no

7 En la selección y cría de los animales de compañía, de hecho, se busca la “neotonización” de la especie para lograr que individuos adultos mantengan las características morfológicas de la juventud, logrando así una apariencia más agradable (y, por tanto, comercializable) a sus propietarios humanos.

piensan que el resto de los animales (los pecuarios, liminares y salvajes) puedan o deban ser antropomorfizados de la misma manera.⁸ Se trata, pues, de un “humanitarismo sentimental” propio de culturas urbanas (por oposición a las rurales donde sigue dominando una relación “natural”, “no sentimentalizada” e “incuestionada” de la propiedad sobre los animales).

Hasta aquí el cuadro de las posiciones que hemos denominado “tradicionales” u “ortodoxas”. Se trata de posiciones que, aunque diversas, son todavía altamente dominantes en escenarios sociales rurales y urbanos y que constituyen, en gran parte, la visión conceptual dominante de las relaciones entre hombres y animales. Pero estas visiones están siendo desafiadas desde posiciones que podríamos llamar “innovadoras” o “heterodoxas” (al menos para nuestro medio y para nuestro derecho). Algunas de ellas son las siguientes:

(4) Para una versión moralmente más profunda del “humanitarismo”, el deber de cuidado no parte de una exigencia moral de vigilar la dignidad propia de la especie humana en su relación con otros, sino del reconocimiento de que en el animal hay algo autónomamente digno, fundamentalmente análogo o similar a nosotros mismos, que demanda que protejamos su propia “dignidad” que empieza, por tanto, a dejar de ser patrimonio o recurso exclusivo de la especie humana. Su concepción de los animales no es “sentimental”, sino que empieza a ser estrictamente “moral”; su objetivo fundamental es lograr coherencia moral en el tratamiento de los animales, por oposición a la benevolencia laxa e indisciplinada del paradigma bienestarista. Empieza a reconocerse que los animales tienen un interés independiente y autónomo en su propia vida y bienestar y que los seres humanos tenemos deberes provenientes del reconocimiento de esa estatura moral. Los animales son reconocidos así como “entes morales relevantes”⁹ y, por tanto, como “sujetos-de-una vida”, no meros “objetos” del derecho y de la moralidad.

Cuando este argumento moral empieza a ser aceptado y ampliado, el “bienestarismo” empieza a ser insuficiente porque está basado en lo que todavía

⁸ En la puerta de un restaurante vegetariano de Bogotá hay dibujos de varios animales (domésticos, de granja y salvajes). Las imágenes vienen acompañados de una pregunta que parece estar dirigida a lo que en el texto se ha denominado “humanitarismo sentimental”: “¿Amas a unos, pero te comes a los otros?” Por la semiótica externa del sitio, estas formas de animalismo están relacionadas con un veganismo que rechaza los valores de “occidente” y se acerca a un “oriente” ideológico y cultural (por supuesto, sin poder dar seguridad alguna sobre la autenticidad de dicho acercamiento).

⁹ Aunque Tom Regan les niegue propiamente el calificativo de “agentes morales” y busque construir sus derechos sobre la categoría de “pacientes morales”, al igual que infantes, niños y humanos con discapacidades profundas.

parecen dádivas unilaterales de la especie humana hacia las otras: el bienestarismo es una concepción meramente paternalista, asistencialista y sentimental y no reconoce que existan deberes anclados en “derechos” en sentido propio. Dada estas restricciones del humanitarismo-bienestarismo, se empieza a abrir el “modelo de los derechos”, donde los animales no son objetos de nuestra bondad, sino acreedores (por normas sociales, morales e incluso jurídicas) de nuestras responsabilidades. Aquí los animales empiezan a ser vistos como “individuos” con derechos por estar caracterizados por las mismas propiedades categoriales que hacen imperativo la inclusión a la comunidad moral de todos los seres humanos¹⁰: para algunos, dicha propiedad es la “sentencia”, es decir, su capacidad de sentir dolor y sufrimiento; para otros se trata de ser “sujetos-de-una vida”, es decir, de tener intereses en su propia vida y bienestar. La posesión de esta característica relevante exige y activa su reconceptualización como individuos habilitados para ser tratados bajo el principio de “igual consideración y respeto”. Se trata así de una concepción zocéntrica donde los hombres extienden su comunidad política y moral hacia, al menos, algunos de los animales no humanos, basados en consideraciones morales críticas que analogizan el “especismo” (o la discriminación basada en la pertenencia a una especie biológica) como fenómeno igual de pernicioso que todas las otras formas de discriminación que no son aceptadas por nuestras mejores teorías morales reconstruidas (usualmente de base kantiana o neokantiana), como tampoco por nuestro derecho.¹¹

10 Con independencia de los dificultades y discapacidades, incluso severas y permanentes, con que tengan que llevar adelante sus propias vidas.

¹¹ Este párrafo es un resumen excesiva (y quizás irresponsablemente) apretado de los principales debates teóricos al interior de una teoría de la justicia abierta hacia la consideración moral de los animales. Este debate tiene dos preguntas fundamentales: la primera es categorial y apunta a determinar la razón que nos compele a tratar a los animales (y no a una piedra o a otros entes naturales) como miembros de nuestra comunidad moral; la segunda, esencialmente relacionada con lo anterior, se pregunta por cuáles son los animales relevantes para la extensión de la comunidad moral (para no incluir allí, piénsese, a los animales parásitos del cuerpo humano). Una vez consolidada esta distinción fundamental, quizás deberíamos eliminar el concepto de “animal” que está etimológica y descriptivamente vinculado con la propiedad biológica de la *homeostasis* y el puro mantenimiento de la vida. Sin embargo, para ninguna de las teorías animalistas la “vida” es un criterio fundamental de distinción moral; lo que cuenta es algo más complejo que habilita la relevancia moral: entre candidatos conceptuales a jugar este papel está la conciencia (que no debe confundirse con la “razón” de la antropología occidental), la capacidad de sufrir y padecer dolor y, finalmente, en un criterio más complejo, el hecho de ser “sujeto-de-una-vida”. Las visiones biológicas del mundo unen a todos los animales en una escala de complejidad de lo más sencillo a lo más complejo, con concepciones evolutivas donde lo más complejo proviene, de hecho, de lo más sencillo. El animalismo tiene que rechazar este holismo propio de la biología para tratar de hacer distinciones moralmente relevantes entre “entes vivos” que tienen un reclamo legítimo para entrar a formar parte de nuestra comunidad moral y aquellos otros “entes vivos” que no. En el campo del derecho y de la moral, al menos, por oposición al de la biología, el gran concepto de “animal” sería confuso y desorientador; tendríamos que distinguir entre animales moralmente relevantes y

Para algunas versiones de este paradigma de los derechos la mejor forma de protección apunta a “liberar” a los animales del yugo humano, es decir, a “abolirlo”. Siguen así la trayectoria histórica de la lucha contra la esclavitud humana y, en consecuencia, hablan de “liberacionismo” o de “abolicionismo”: la mejor forma de proteger los derechos de los animales es liberándolos del dominio humano y así impedir la instrumentalización y uso de sus cuerpos y vidas en las innumerables formas de beneficio animal. Esta es la posición “clásica” o “estrecha” de los que sostienen una teoría de los derechos de los animales.¹² Se trata, por tanto, de derechos negativos o de no interferencia y por ello se explica que la abolición del imperio humano sea una buena medida de protección. Este listado de derechos puede ser “negativo” y “estrecho”, pero va mucho más allá de la mera conciencia bienestarista: el bienestarismo, en último, ni perturba radicalmente el modo de producción que permite el beneficio humano de los animales; el “liberacionismo”, al impedir el imperio humano sobre los animales, impugna directamente tal modo de protección. El listado de derechos negativos es, por tanto, bastante radical frente a la conciencia humanitaria tradicional: se basa fundamentalmente en que los animales tienen derecho a la vida y a su libertad existencial. De este enunciado matriz se siguen las prohibiciones de interferencia: la prohibición de dañarlos físicamente, de matarlos, de confinarlos o apresarlos, de apropiarlos y usarlos bajo reglas de propiedad, en fin, de “esclavizarlos”. Este listado es mínimo, pero irrumpe de manera radical en todas las prácticas e industrias humanas de uso de los animales.

Pero no todos los que hablan de “derechos de los animales” son abolicionistas o liberacionistas. Algunos parten de una visión más “amplia”, “interrelacional”, “política” o basada en “concepciones de la ciudadanía”. Parten de aceptar que muchas especies de animales no humanos viven simbiótica y estructuralmente con la especie humana (en especial los animales domésticos y domesticados). La metáfora de la “liberación” o “abolición” funciona mejor con relación a las especies “salvajes” o “silvestres”. La solución en estos casos (como lo testimonian las normas de retorno en especies aviares como loros y guacamayas que eran frecuentemente sacadas de sus ecosistemas) puede ser efectivamente la

animales moralmente no relevantes; y quizás para ello necesitemos de reformas importantes en nuestras maneras de hablar. Es posible que sea esto lo que apunte la distinción entre “anymal” y “animal”.

¹² Según la caracterización presentada por Su Donaldson y Will Kymlicka en su libro “Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights”. Oxford University Press, Nueva York, 2011.

liberación, el cuidado reacondicionador y, de ser posible, el retorno.¹³ Pero para muchas otras especies, el hecho de la convivencia con la humana es un dato evolutivo. Estas teorías, por tanto, hablan de la “participación política” de los animales en la sociedad humana, es decir, de una verdadera Zoópolis. Aquí la abolición no es suficiente porque estos animales y su bienestar también exigen derechos “positivos”, muchas veces de contenido social: abrigo y domicilio, alimentación, salud, cuidado afectivo, etc. Incluso debería hablarse de su participación política en el sentido de que sus intereses y derechos reciban una adecuada e igualitaria consideración en las decisiones colectivas. Esto, obviamente, debe hacerse a través de métodos de representación de intereses porque no parece posible una expresión directa de sus opiniones e intereses. Pero esto mismo es cierto, como lo expresa Nussbaum, con los derechos e intereses de las personas con las discapacidades más profundas y permanentes, con el mundo natural y con las generaciones futuras. Por eso insiste ella en el abandono de la metáfora del contrato como base de las teorías de la justicia.

Una precisión conceptual es importante a esta altura: casi todo el mundo que aboga por alguna mejora (por más mínima que sea) en el tratamiento de los animales en superficialmente denominado partidario de los derechos de los animales incluso si su visión es puramente bienestarista y antropocéntrica. En esta versión espúrea de la tesis de los derechos, los animales tienen apenas un “derecho al tratamiento humanitario”. Como veremos más adelante, esta es posiblemente la posición en la que se encuentran estancadas la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a pesar de la rimbombancia de la retórica animalista de sus primeras sentencias.

(5) En agendas provenientes del ambientalismo y de la biología, hombres y animales son vistos como elementos de “ecosistemas” más generales y comprensivos. Así, los “animales humanos” comparten los ecosistemas con los “animales no humanos”. Desde esta visión ambientalista, tanto animales humanos como no humanos son vistos como “especies” y evaluados conforme al impacto y consecuencias que la vida colectiva tiene sobre el “ecosistema”. Aquí se privilegia el punto de vista del ecosistema en su conjunto y los intereses de los animales individuales (tanto humanos como no humanos) son juzgados desde perspectivas utilitaristas y consecuencialistas. Por tanto, los individuos no

¹³ Una referencia pueril, pero quizás útil para el lector: estas complejidades, de hecho, subyacen a la trama de “Rio 2” donde los animales protagonistas, claro, antropomorfizados, debaten sobre los méritos y deméritos de estar domesticados o vivir “libres” en sus entornos de origen. Esta cita se la agradezco a mi hijo Elías de tres años.

tienen derechos porque se privilegia el punto de vista del sistema y no de ninguna de sus elementos particulares. Esta es una posición del ambientalismo contemporáneo que genera conflictos con la posición 4 (sostenida por un “animalismo” basado en derechos). Los ambientalistas piensan que los animalistas generan un excesivo individualismo en la protección de derechos (así extiendan la noción de individuo-sujeto de derecho a los animales). Este punto de vista trasciende el antropocentrismo y el zoocentrismo y se ubica al nivel de una ética y de políticas públicas (y quizás de un derecho) “biocéntricos”.

El cuadro de las posiciones innovadoras o heterodoxas no es pacífico. En el actual panorama existen profundas divisiones y contradicciones (ya visibles en el derecho colombiano) entre los modelos 4 y 5: los animalistas piensan que los ambientalistas tienen una ética utilitaria en donde seres vivientes y sintientes pueden ser sacrificados en el altar de un bien colectivo de difícil y manipulable definición y precisión (el ambiente, el ecosistema); además dudan en términos generales que el ambientalismo esté en realidad dispuesto a considerar a hombres y animales en genuino pie de igualdad frente a los intereses superiores del sistema ambiental; casi siempre, según los animalistas, los ambientalistas sacrifican primero y con mayor facilidad los intereses de los animales no humanos y, por tanto, el ambientalismo termina siendo otra forma, aunque encubierta, de especismo antropocéntrico, aunque con mayor sofisticación biológica y empírica. Este tipo de discusiones ya se han empezado a dar en el derecho colombiano como veremos más adelante.

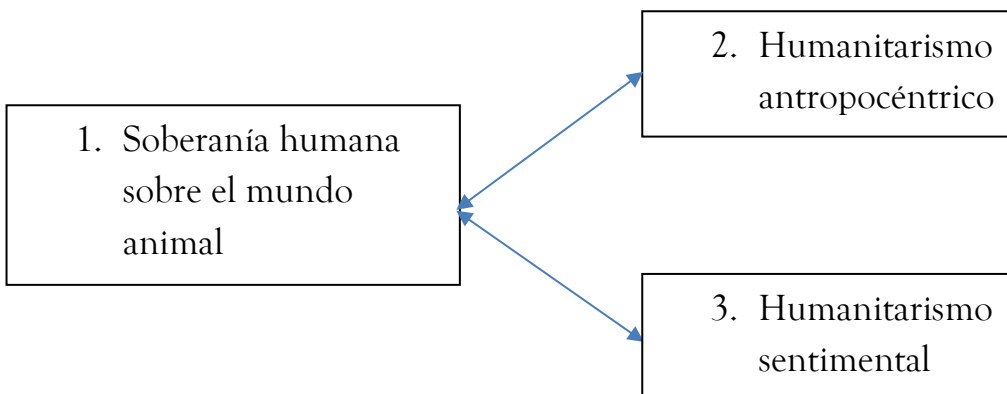
Este es un listado preliminar y que no pretende ser exhaustivo de posibles imaginarios sociales sobre la relación entre hombres y animales (en el lenguaje tradicional de las posiciones 1 a 3) o entre animales humanos y no humanos (en los lenguajes más innovadores de las posiciones 4, 5 y 6). En él se reflejan algunas de las concepciones existentes sobre la relación hombre-animal y que se expresan en las diversas fuentes de derecho colombiano.

En un cuadro, podríamos resumir estas posiciones:

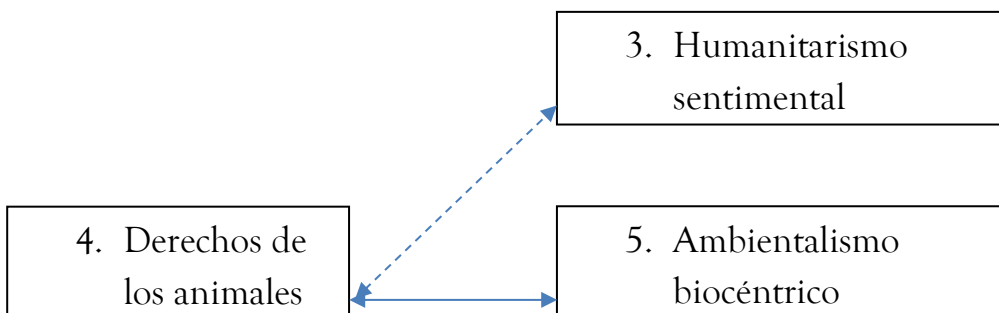
Posiciones tradicionales		
1. Soberanía humana sobre el mundo animal	2. Humanitarismo antropocéntrico	3. Humanitarismo sentimental

Posiciones innovadoras	
4. Derechos de los animales	5. Ambientalismo biocéntrico

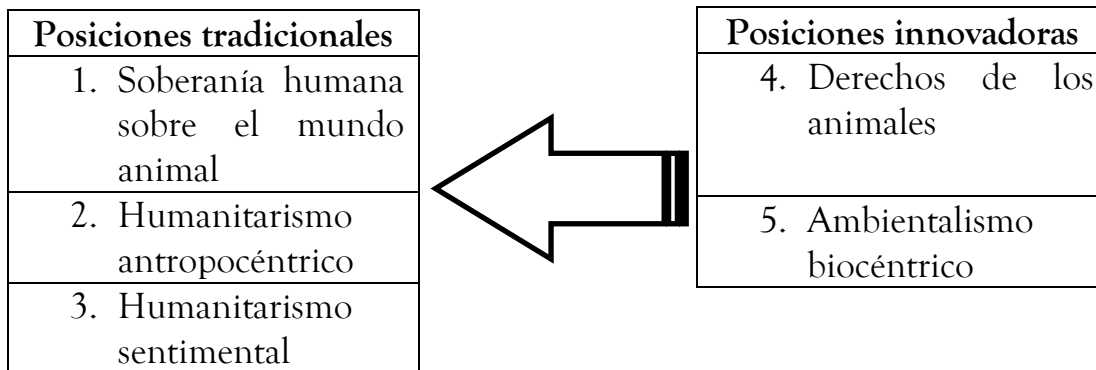
Igualmente podríamos presentar algunas tensiones entre las posiciones de la siguiente manera:



Tensiones entre 1 – (2 y 3)



Tensiones no tan obvias entre 4-3;
tensiones evidentes entre 4-5 y al
interior de 4 entre abolicionistas y no
abolicionistas.



Críticas de 4 y 5 a 1,2 y 3.

Como veremos más adelante, parecería ser que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado quieren ubicarse progresivamente en las posiciones innovadoras. La dura realidad es que posiblemente están ideológicamente atrancados en los paradigmas 2 y 3 reclamando falsamente que sus nuevas posiciones dogmáticas ya están en 4 y 5. Esta matriz de 5 posiciones, pues, es útil para entender el conjunto del debate social, político y jurídico sobre el estatuto de los animales. Para efectos de simplificar dicha matriz y poder aplicarla con facilidad al análisis de los materiales de derecho colombiano, resumiremos las 5 posiciones en tan sólo 4:

1. Soberanía humana sobre el reino animal (correspondiente a 1.);
2. El paradigma bienestarista (sumando 2. y 3);
3. El paradigma ambientalista (correspondiente a 5.);
4. El paradigma de los derechos de los animales (correspondiente a 4.)

Para efectos de síntesis, pues, podríamos resumir estos 4 paradigmas de la siguiente manera:

1. Soberanía humana sobre el reino animal: los animales son objetos naturales, apropiables y dominables por el hombre sin ninguna reserva, parte de su

patrimonio individual y colectivo, y absolutamente instrumentalizables en su vida y sentiencia en favor de intereses u objetivos humanos.

2. Paradigma bienestarista: los animales son objetos naturales, instrumentalizables por el ser humano hasta su vida, pero deben evitarse las formas más crueles e innecesarias de sufrimiento para que el aprovechamiento animal se de en condiciones mínimamente humanitarias. Usualmente se concibe que el bienestarismo es exigido por la dignidad humana y no por una inexistente dignidad animal.

3. Paradigma ambientalista: la protección ambiental está interesada en la preservación de la biodiversidad de las especies, de la funcionalidad adecuada del medio ambiente y, en esa medida, protege a los distintos elementos del ecosistema para el mantenimiento de su estabilidad, diversidad y preservación. Es evidente que bajo esta consideración los individuos no tienen mayor peso moral porque existe un todo comprensivo que relativiza los intereses y derechos de los elementos constitutivos.

5. Paradigma de los derechos de los animales: los animales tienen un interés directo en su propia vida y en su bienestar. Llevar las vidas más completas y satisfactorias (según las habilidades y restricciones de su propia especie) constituye una expectativa razonable que se consolida en derechos individuales. Este máximo de derechos, sin embargo, puede irse construyendo incrementalmente, empezando por los más básicos y terminando en una completa reconstrucción conceptual de los animales como sujetos de derecho.

2. LA INNOVACIÓN DOGMÁTICA EN EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO RESPUESTA A CAMBIOS SOCIALES

En Colombia se ha asumido que la Corte Constitucional es el tribunal que ha estado más abierto a recoger en su doctrina y sus fallos los cambios ideológicos y políticos de comienzos del siglo XXI (piénsese, por ejemplo, en los cambios significativos en el ámbito legítimo de la autonomía personal); mientras ello ocurría, los otros altos tribunales nacionales, en cambio, se mantenían reacios a abrir sus puertas a las nuevas discusiones sociales que, necesariamente, tienen peso sobre los que se considera normativamente debido y justo al interior de

una sociedad. Ello originó una distinción entre “vanguardismo” y “conservadurismo” jurídicos.

Según esta lectura, algo maniquea pero no completamente injustificada, la Corte Constitucional encarnaba la primera sensibilidad, abierta hacia la nueva agenda social y con una concepción dúctil del derecho donde los nuevos debates podían ser recogidos y analizados en sede judicial con ayuda de los principios constitucionales (entre otros recursos técnicos). De otro lado, empero, los tribunales jurídicamente más tradicionales pensaban que la aplicación del derecho vigente excluía el tratamiento meramente judicial de los nuevos debates sociales. Un “nuevo” tema, si lo es genuinamente, exige tratamiento legislativo y no le corresponde a los jueces abrir camino sino, más bien, seguir los pasos del legislador y del ejecutivo a los que les correspondería, bajo esta visión, la capacidad de expedir normas que reflejen respuestas a nuevas problemáticas o concepciones sociales.

Según esta teoría, pues, la Corte Constitucional estaría intelectual y políticamente abierta al cambio social y el Consejo de Estado mucho menos. La capacidad de innovación doctrinal, que durante muchos años se consideró como una característica de la jurisprudencia más valiosa y novedosa, parecía haberse trasladado a la Corte Constitucional, mientras que el Consejo de Estado perdía capacidad de participar en este tipo de elaboración más sofisticada. Bajo esta comprensión, había un trasvase de capital y prestigio jurídico hacia la Corte Constitucional, donde se mantenía alineado al derecho colombiano con las innovaciones doctrinales y jurídicas más trascendentales de la época.

Las Cortes de cierre también tienen una función “creativa”, con la que buscan responder a presiones sociales significativas. Esta es una función muy importante (aunque poco estudiada) de las Altas Cortes; su posición político-constitucional le otorga una capacidad de innovación doctrinal de la que no gozan otros tribunales y jueces; por esa alta responsabilidad, igualmente, se asume que a las Altas Cortes solo deben acudir “juristas” de alto reconocimiento y prestigio que pueden mezclar de manera creíble el deber de obediencia al derecho vigente con la capacidad prospectiva de hacerlo variar a la luz de nuevas circunstancias sociales para impedir que haya divergencia intolerables entre las reglas formales y las expectativas normativas que la sociedad va construyendo en su trasegar. Estas expectativas normativas de la sociedad originalmente no constituyen “derecho”; pero, con el tiempo, se van

“endureciendo” de manera significativa en la medida en que congregan una cierta masa crítica de creencias y acciones de grupos sociales que las consideran normativamente valiosas y que están dispuestos a extender su impacto sobre todos los demás miembros de la polis.

Esta función de innovación doctrinal no ha estado exclusivamente restringida a la Corte Constitucional. El Consejo de Estado también ha mostrado en distintos momentos de su vida institucional una marcada disposición a realizar innovación doctrinal. Esta disposición intelectual y política fue necesaria durante los muchos años en que se desarrolló pretorianamente la responsabilidad civil extracontractual contra el estado colombiano. En los últimos años, ese mismo activismo se ha presentado en otros campos donde las sentencias del Consejo de Estado han pretendido innovar: podría mencionarse, como ejemplo amplio, la agenda medioambiental; y, por mencionar el ejemplo que es pertinente para el presente estudio, el Consejo de Estado también ha tenido un destacado papel en la recepción temprana en Colombia (aunque no exenta de vacíos e incomprendiones) del discurso animalista contemporáneo.¹⁴ La innovación y la creatividad doctrinales, pues, no han sido capital exclusivo de la Corte Constitucional; en los últimos años podría decirse incluso que se observa una orientación clara por parte del Consejo de Estado por participar más activamente en este tipo de producción jurisprudencial y compartir este tipo de prestigio, basado en la innovación, que hasta hace poco parecía monopolizar la Corte Constitucional.

En su recepción del discurso animalista contemporáneo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han mostrado un claro espíritu de innovación doctrinal como respuesta a las emergentes presiones sociales donde los animales son revalorados desde éticas más benefactoras e igualitarias. Los argumentos y conceptos usados por los ponentes muestran que ellos mismos, a nivel personal, poseen ya esta nueva sensibilidad. No es claro que esa sensibilidad sea ya la dominante en las corporaciones judiciales de las que son miembros, pero sí se ha extendido lo suficiente como para lograr mayorías en salas de decisión que han sentado estos precedentes. Todo esto se refleja en los conceptos (v.gr. “animales humanos”, “animales no humanos”, “seres sintientes”, “especismo”, “discriminación contra los animales”, “dignidad de los animales”, “derechos de los animales” etc.) y autores (Christopher Stone, Martha Nussbaum, Tom Regan, Peter Singer, etc.) que son utilizados en esta

¹⁴ Una precaución se hace necesaria: como ya se vio en la parte conceptual del presente trabajo, la agenda animalista no es necesariamente un componente de la agenda medioambiental.

jurisprudencia y desde donde se arma el argumento ético de revaloración de los animales que luego sirve para apuntalar su revaloración jurídica, primero dentro del marco constitucional y a partir de allí en la interpretación legal y administrativa (hasta donde tienen que “bajar” los conceptos abstractos para lograr resultados tangibles). De esta manera es que ambas Cortes han establecido los primeros hitos jurisprudenciales donde se recoge en Colombia una renovada y más clara ideología animalista.

Es cierto, de otro lado, que los resultados concretos (en términos de protección de derechos) logrados mediante este despliegue no son siempre los que desearía el movimiento animalista; pero en algunas sentencias sí es muy notoria la recepción del aparato conceptual de una contemporánea ética animalista y cómo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han tratado de incorporar esta ética dentro del marco de la así llamada “constitución ambiental” del país. La comprensión de estos marcos conceptuales (tomados usualmente de éticas filosóficas) no siempre es la más adecuada: todavía falta un largo trecho para que la jurisprudencia colombiana haga una recepción madura y apropiada de una literatura ética que ya lleva muchos años y cuyos niveles de sofisticación y detalle ya son significativos. Las lecturas que refleja la jurisprudencia todavía son bastante incompletas; su recepción en las fuentes del derecho, empero, las reviste de una nueva legitimidad y fuerza discursiva que no tenían cuando estaban restringidas a la pura discusión académica.

Finalmente, todavía queda pendiente el tema de la compatibilización de estos idearios animalistas con los principios concretos de la Constitución colombiana trae en materia ambiental y de protección y bienestar animal: es cierto aquí el proceso de “positivización” de normas sociales de alguna manera se invierte, al menos si se le juzga desde una cierta ortodoxia iuspositivista. Las normas socialmente aceptadas cambian primero (al constatarse que muchos ciudadanos tienen ya otras expectativas de la forma de regular la relación entre animales humanos y no humanos) y luego buscan vías para ser “incorporadas”, “recibidas” o “aceptadas” en normas jurídicas ya vigentes. Es por eso que muchos reclamos sociales novedosos pueden hacerse valer a través de la reinterpretación judicial del derecho vigente (como si se tratara de cuestiones *de lege lata*) y no necesariamente como cuestiones de derecho a ser creado en el futuro por los órganos competentes (cuestiones *de lege ferenda*). Mucha tinta se ha derramado sobre las consecuencias políticas de estas formas alternativas de crear derecho y, sobretudo, si la vía judicial de creación de derecho por vía de reinterpretación del derecho vigente es admisible. Para unos, pues, la recepción

judicial del ideario animalista en la constitución ambiental colombiana es inadecuada porque implica forzar y sobreinterpretar los principios jurídicos vigentes y, de esa forma, usurpar el poder constituyente y legislativo; para otros, por el contrario, la constitución ambiental se estableció, precisamente, para que fuera lidiando progresivamente con la ampliación contemporánea de la agenda medio-ambiental, que incluye también, como lo muestra Martha Nussbaum, nuestra relación con los animales y con el mundo natural en general.

Para efectos de este artículo no entraremos abiertamente en esta cuestión política y jurídica tan controversial; tan sólo constataremos que en los sistemas jurídicos complejos del presente existe esta posibilidad alternativa de creación del derecho que es frecuente a pesar de los debates que genera. Es apenas obvio que los “principios” constitucionales más abstractos son los lugares donde más fácilmente se puede dar esta “incorporación” o “recepción” judicial de las normas sociales en proceso de consolidación. En primer lugar, porque ésta, de hecho, es una de las funciones de los principios constitucionales al permitir el cambio normativo dentro de un proceso continuo y dúctil de mejoramiento institucional; en segundo lugar, porque de hecho, la abstracción de los principios constitucionales posibilita semánticamente las reinterpretaciones normativas que tal cambio social demanda en determinados momentos.

Se trata, pues, de un proceso de incorporación judicial de ideas del animalismo contemporáneo dentro de la constitución medioambiental para generar un cambio en el marco jurídico general de las relaciones entre animales humanos y no humanos. Así, pues, aunque las “ganancias tangibles” para el movimiento animalistas han sido más bien escasas, hay que destacar que la “ganancias doctrinales” son inmensas debido a que el vocabulario contemporáneo de la ética animalista empieza ya a adquirir la respetabilidad del derecho positivo (a nivel constitucional). Este lenguaje, que hasta ahora era parte y parcela exclusiva de las discusiones de los activistas, está en la fase temprana de incorporación (y, todavía no definitiva) a la jurisprudencia y, por su intermedio, a la misma constitución. Este triunfo parcial ha sido recibido con innegable entusiasmo por el movimiento animalista y ha creado incentivos adicionales para “juridizar” y “judicializar” algunas de sus luchas puntuales. La respuesta judicial positiva, por tanto, ha atraído al movimiento animalista que, hasta hace poco, no tenía mayor interés en la reivindicación de su ideario ante los canales judiciales. Su estrategia se centraba fundamentalmente en la manifestación social con algo de interés en ejercer influencia legislativa; la opción judicial como mecanismo de cambio social, de otro lado, parecía de difícil uso e inciertos resultados. Los

cambios doctrinales recientes de las Cortes han sido recibidos con entusiasmo y han abierto una nueva veta de trabajo jurídico-político que el movimiento animalista encuentra ahora promisorio.

3. LA APARICIÓN DEL ANIMALISMO CONTEMPORÁNEO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Este proceso de recepción del contemporáneo discurso animalista se ha dado en sede judicial en el último lustro (2010-2014) y de él han participado conjuntamente tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional. Este proceso, sin embargo, no ha sido un “diálogo” entre las dos Cortes en términos estrictos. Las dos Cortes han desarrollado sus discursos animalistas de (i) forma independiente y más bien paralela, (ii) con fundamentos conceptuales divergentes y (iii) dentro de una cierta competencia interinstitucional donde cada tribunal busca “avanzar” de forma más completa y coherente que el otro en el tema.

El animalismo temprano del Consejo de Estado apareció en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Según la sentencia “[...] los daños causados por los hechos de los animales (domésticos, domesticados o fieros), siempre ha sido un tema que atañe a la responsabilidad civil y administrativa, máxime si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones el Estado se vale de animales para el ejercicio de una función y, además, en otras tiene el deber de ejercer un control sobre determinadas actividades desarrolladas por particulares que involucran el uso o empleo de animales domésticos o fieros.”¹⁵ En el caso concreto, el Municipio de Anserma (Caldas) fue demandado para que respondiera por los perjuicios causados por un novillo que ocasionó la muerte a un ayudante de matarife dentro de la corraleja del matadero municipal. El Consejo de Estado finalmente niega la responsabilidad por varias razones conjuntas: el novillo era de propiedad privada y el operador prestaba sus servicios a una operación privada de beneficio cárnico; aunque las instalaciones eran públicas no se probó que se encontraran en mal estado o que, de alguna forma, hubieran contribuido a la muerte; finalmente se comprobó que el operador conocía sus riesgos y que el accidente se ocasionó principalmente como consecuencia de sus propios actos (culpa exclusiva de la víctima).

15 Expediente 1700123310001999090901. Radicación 22592, Mayo 23 de 2012. Sección tercera, subsección C. C.P. Enrique Gil Botero.

En esta sentencia, pues, el Consejo de Estado se ve obligado a repasar la doctrina de la responsabilidad por los hechos de los animales ya que allí encuentra que se trata del tipo de responsabilidad por el “hecho de las cosas”, según la clasificación tradicional de la dogmática civil. En un giro argumentativo inesperado en la sentencia¹⁶, el ponente plantea un típico problema jurídico abstracto de derecho constitucional: la norma que controla la solución del caso (Artículo 2354 del Código Civil: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”) “reviste [...] problemas de constitucionalidad [...]: ¿La responsabilidad derivada del comportamiento de los animales debe ser analizada como una especie de aquella relativa al hecho de las cosas?”¹⁷

La respuesta del Consejo de Estado es sorprendente: la responsabilidad por el hecho de los animales no debe ser analizada como especie de aquella relativa al hecho de las “cosas” porque, según el Consejo de Estado, la categoría jurídica clásica de “cosa” no debe ser aplicada a los animales. Aquí se apoya en los argumentos de filosofía política de Martha Nussbaum quien ha hecho una crítica profunda a la tradición contractualista (encarnada contemporáneamente por John Rawls). Para Nussbaum, la justicia no puede ser entendida como “contrato” entre personas competentes de negociar y participar en su formulación. Esta idea hace que los deberes de justicia sólo se tengan respecto de los concurrentes al “contrato social”; con los demás seres, si acaso, sólo se tendrían deberes de caridad o misericordia, pero no estrictamente deberes de justicia. El contractualismo, así explicado, afecta especialmente el reconocimiento a la dignidad de los discapacitados más permanentes y profundos, las futuras generaciones, los animales y la naturaleza en su conjunto. El contractualismo, pues, es una teoría de la justicia insuficiente porque genera la imposibilidad de lidiar adecuadamente con los intereses, derechos y capacidades de estos grupos que sólo quedan cubiertos por obligaciones débiles de caridad y no por las fuertes de la justicia (desde las que se construyen las obligaciones jurídicas). En palabras del Consejo de Estado:

16 Como lo señala en su Salvamento de Voto el Consejero Jaime Orlando Santofimio para quien las consideraciones sobre animalismo son irrelevantes e inconsecuentes para el fallo adoptado. En términos generales tengo que estar de acuerdo con la opinión del Magistrado Santofimio como se explica en el texto del artículo.

17 El otro problema de constitucionalidad analizado en la sentencia no es pertinente para los propósitos de este trabajo.

“Conforme a esos planteamientos, los discapacitados, los animales y otros seres vivos tienen dignidad en sí mismos, porque al margen de que no manifiesten su voluntad en el denominado contrato social, sí son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano [...] 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).”¹⁸

Así los daños causados por los animales no son causados por cosas, sino por seres con dignidad ínsita. ¿Son, por tanto, sujetos o personas que responden por sus propios actos y respecto de quienes se les puede exigir directamente responsabilidad? Esta sería la línea argumentativa que podría desprenderse de lo antedicho. Pero el Consejo de Estado no va hacia allá. Quiere afirmar retóricamente que los animales no son cosas, pero no saca consecuencias de ello que modifiquen verdaderamente nuestra comprensión de la responsabilidad civil derivada del hecho de los animales:

“De modo que, una lectura constitucional del Código Civil no puede arrojar como resultado que la responsabilidad por el hecho de los animales sea regida bajo los principios, ni las reglas propias de lo referente a las cosas. Por ello, es preciso que la interpretación de los artículos 2353 y 2354 de la mencionada codificación se ajuste a los postulados constitucionales y filosóficos que reconocen el valor como seres vivos de los animales y, por lo tanto, su capacidad para ser titulares de derechos, *sin que se les pueda imputar responsabilidad directamente a ellos mismos por su comportamiento, sino a través de sus propietarios o quienes ostentan su guarda material.*”

18 *Ibidem.*

Esta conclusión es extraña, contradictoria y muy limitada frente a las aspiraciones del animalismo contemporáneo: el Consejo de Estado afirma que los animales no son cosas (pero sin llegar a decir que son “personas”) para afirmar que tienen “derechos”. Estos “derechos”, empero, están severamente limitados y, en su enumeración, el Consejo de Estado no parece estar tocando ninguno de los elementos esenciales de la relación actualmente aceptables entre hombres y animales: afirma que los seres humanos pueden usar, instrumentalizar y poseer a los animales de todas las formas actualmente permisibles (v.gr., confinamiento, manipulación y sacrificio para comida, vestido, etc.; investigación médica, científica y cosmetológica; actividades de juego y entretenimiento.) En el caso humano, al hablar de seres con “dignidad” o de “fines en sí mismos”, se está haciendo referencia a una ética kantiana que, en principio, proscribía todas las formas “uso”, “instrumentalización” y de “propiedad” de unos seres en beneficio de otros. La retórica personalizante del Consejo de Estado no pone ningún límite a estos usos despersonalizantes de los animales.

Los “derechos” así concebidos son tan mínimos que el discurso animalista ha hecho mofa de ellos: “El derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimientos, entre otros”. Si se examina para el caso de los animales, “el derecho a una muerte digna sin sufrimientos” se contrae al derecho a ser sacrificado (como alimento, por ejemplo) de manera “humanitaria” y sin sufrimientos. Para los humanos, tal no sería un verdadero “derecho” sino una forma de encubrir la violación de, éstos sí, verdaderos “derechos” (como, por ejemplo, un derecho incondicional a la preservación de la vida y a la integridad física). Se trata, pues, de una Carta de Derechos de los animales que no va más allá de las más mínimas medidas del bienestarismo del siglo XIX, fundamentados ahora en una suerte de retórica basada en la idea de dignidad y capacidad de los seres vivos. Con toda seguridad que Nussbaum rechazaría esta aplicación de sus ideas porque es claro de las fuentes utilizadas por el Consejo de Estado (en especial su libro “Fronteras de la justicia”) que su teoría tiene pretensiones y efectos mucho mayores sobre los animales. Se trata, pues, de un uso meramente retórico de la propuesta de Nussbaum (que, en puridad, es bastante más radical) con efectos nulos sobre los derechos y deberes correlativos entre hombres y animales.

Esto último también es cierto en términos de responsabilidad civil extracontractual: si los animales no son cosas, dice el Consejo de Estado, no les es aplicable el régimen de la responsabilidad por el hecho de la cosas. Pero,

¿cuál es la alternativa que propone el Consejo de Estado? En la cara amable de su doctrina, los animales son titulares de derechos “*pero sin que se les pueda imputar responsabilidad directamente a ellos mismos por su comportamiento, sino a través de sus propietarios o quienes ostentan su guarda material.*” La confusión conceptual es tan evidente que, en realidad, el Consejo de Estado no puede reemplazar coherentemente el vocabulario que critica: no son “cosas”, pero tienen “propietarios” o “guardianes materiales”. En el caso de los humanos se acepta que los padres y tutores son fundamentalmente guardianes del “alma” de sus hijos, pupilos y dependientes; solo subsidiariamente responden por el patrimonio de ellos que se orienta a la satisfacción de su proyecto de vida. En el caso de los animales, sin embargo, el Consejo de Estado no puede variar de forma coherente el juego de lenguaje que utiliza. Quiere señalar simbólicamente el inicio de la agenda animalista pero, en últimas, no avanza mayor cosa en la transformación de las posiciones correlativas de reclamo entre hombres y animales. Los animales no son “cosas”, se dice, pero tienen “propietarios” y “guardianes materiales” y sólo a ellos les es imputable la responsabilidad. ¿Cuál es entonces, en plata blanca, el impacto del cambio dogmático propuesto por la sentencia?

Para el salvamento de voto, es claro que los animales tienen “derechos” a ser protegidos contra el sufrimiento y el dolor. Pero para justificar estos “derechos” basta con reconocer su “sentiencia”, su capacidad de ser, como nosotros, “seres sintientes”. Este es un “dato” biológico y fisiológico, no metafísico. Este reconocimiento de simetría biológica es suficiente para fundamentar la agenda mínima del bienestarismo: en él se acepta el uso y beneficio humano de los animales pero dentro de límites “humanitarios” y sin brutalidad extrema. De la “sentiencia” no es necesario saltar a la “dignidad” porque esta debe ser restringida a los seres humanos. De la “dignidad” se derivan muchos más derechos que los que exige la mera sentiencia.

Obsérvese, finalmente, que toda esta discusión dogmática de la sentencia constituye un puro *obiter dictum* ya que no se analiza un caso en el que un animal haya sido víctima de violación de derechos; se trata, más bien, de un animal que fue *victimario* al ocasionar la muerte de un hombre. La sentencia dice que tal novillo no puede ser considerado como “cosa”, pero el análisis de la responsabilidad se debe hacer, en todo caso, con relación a su propietario o guardián material. Estas afirmaciones, pues, no tienen ningún impacto práctico sobre nuestra concepción del “animal” dentro del mundo de la responsabilidad civil extracontractual. Este camino, además, no parece ser el que favorecerían

los animalistas contemporáneos: por esta vía, aparentemente, deberíamos regresar a la idea de que la igualdad de los animales exige su reconocimiento como “agentes morales” capaces de hacer daño. Por esta vía, pues, aceptaríamos de nuevo la responsabilidad civil y penal de los animales que, según se dice, fue correctamente eliminada en el proceso de racionalización moderna del derecho occidental. Pero, adicionalmente, es claro que no existe ningún tipo de animalismo contemporáneo que tenga como agenda este tipo de “subjetivización” de los animales. Gran parte de los animalistas, de hecho, se oponen a este tipo de “antropomorfizaciones” plenas de los animales de donde se deriva, por ejemplo, la idea de que existen razas caninas “peligrosas” y que el sacrificio es la respuesta adecuada a sus ataques brutales. Estos idearios generan la idea de que existe retribución, pena o castigo porque los animales participan también en el reino de la libertad y de la previsión, indispensables para la atribución de responsabilidad. Los argumentos del Consejo de Estado, de ser llevados a sus últimas consecuencias, abrirían la posibilidad de que los animales puedan ser considerados como responsables y victimarios. Se trataría así de llevarlos, irónicamente, a los espacios de una nueva represión social, del encerramiento que naturalmente posibilitan las reglas de propiedad al encerramiento que demanda la retribución penal o civil, en fin, de las manos del dueño a las manos del carcelero. Esta agenda, se insiste, no está en los idearios del animalismo contemporáneo y constituye un lugar extraño y paradójico para afirmar los “derechos de los animales”: quizás por ello (¡afortunadamente!) el Consejo de Estado no persiguió hasta las últimas consecuencias la lógica de sus argumentos.

Esto muestra, finalmente, una cierta incompreensión de las tesis de Martha Nussbaum por parte del Consejo de Estado. Si la justicia no está basada en la idea de contrato, los “derechos” de los seres no dependen de su plena “competencia” y “capacidad” de participar en la formación del contrato social. Para los liberales que la Nussbaum critica, los derechos sólo son las emanaciones de las competencias de los plenamente hábiles y participantes en el mundo social. Pero esto, por definición, excluye a todos aquellos que no comparten la plena habilidad y competencia del sujeto adulto que constituye, implícitamente, el modelo del contratante del contrato social. Por esta razón es que la Nussbaum insiste en que la justicia no depende del contrato, ni de nuestra capacidad de contratar. Esta noción termina excluyendo a los seres que tienen otras capacidades, otras fronteras de desarrollo, otras perspectivas de plena realización “personal”. Entre ellas están, por supuesto, los animales y las personas con discapacidades más profundas y permanentes donde sus derechos

se justifican por ser “pacientes” y no “agentes” morales. Estos seres humanos tienen capacidades mínimas que deben ser también respetadas y garantizadas; su presencia exige que desarrollemos nuevas y más atentas capacidades de diálogo que nos permitan saber (y no tan sólo imponer) cuál es el bien (o la plenitud o el valor o el sentido) que realizan y que buscan en sus propias vidas.

Es por estas inconsistencias, quizás, que el movimiento animalista habla con frecuencia de los animales entendidos como “pacientes” y no como “agentes morales”. Estos conceptos ponen así énfasis en las cosas que los animales humanos les hacemos a los animales no humanos y no viceversa, como parece sugerirlo el animalismo más bien rudimentario de la sentencia del Consejo de Estado.

Se puede concluir que el Consejo de Estado, en realidad, opera una pseudo-subjetivización del animal.¹⁹ Las ganancias concretas para el animalismo no son claras; la recepción de la ética animalista al discurso jurídico colombiano es parcial y confusa. Sin embargo, el sólo hecho de haberse embarcado en el intento fue, en general, recibido entusiastamente por el movimiento animalista colombiano.²⁰ Se esperaría hacia el futuro un mayor rigor en la recepción de las ideas, en su encuadre jurídico-normativo y en las consecuencias concretas que tengan para las relaciones entre animales humanos y no humanos.

19 La mayor parte de este análisis es reiterado por el Consejo de Estado en sentencia 26 de noviembre de 2013. Radicación: AP 250002324000201100227 01. Sección 3ª, subsección C. C.P. Enrique Gil Botero.

20 Esta sentencia, con todo, ha sido también recibida con cierto sarcasmo por el establecimiento jurídico más tradicional que la considera exótica y excesiva.