



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

STC1926-2023

Radicación n.º 73001-22-13-000-2022-00301-02

(Aprobado en Sala de primero de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo de 19 de octubre de 2022¹, proferido por la **Sala CF del Tribunal Superior del Distrito Judicial**, dentro de la acción de tutela promovida por **“A”**, en nombre propio y en representación de **“B”**, contra el **Juzgado de Familia**.

ANOTACIÓN PRELIMINAR

Como medida de protección a la intimidad del menor de edad involucrado en el asunto bajo estudio, esta Sala ha decidido suprimir de la providencia, y de toda futura publicación de esta, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e información que permitan su identificación,

¹ El expediente ingresó a este despacho el pasado 22 de febrero de 2023, luego de que se derrotara el proyecto de decisión presentado con antelación y de que se decretara una nulidad por indebida integración del contradictorio, con proveído ATC1459-2022, 3 oct.

en procura de lo cual se elaborará otro texto del presente fallo, de igual tenor, pero con tal supresión, que será el publicable para todos los efectos correspondientes².

ANTECEDENTES

1. La accionante, actuando en nombre propio y en representación de su descendiente, reclamó la protección de sus garantías esenciales de unidad familiar, libre desarrollo de la personalidad, «*intimidad personal y familiar*», salud, entre otras, supuestamente vulneradas por la autoridad convocada.

2. Como hechos jurídicamente relevantes para la definición del *sub-lite*, se destacan los siguientes:

2.1. En el curso del proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso que “C” inició contra “D”, el cual se adelanta ante el Juzgado de Familia, se decretó como una de las cautelas el embargo y secuestro de dos animales de compañía, los perros ‘F y G’.

2.2. Sin embargo, a juicio de “A”, aquí gestora, esa determinación es irregular y vulnera sus prerrogativas y las de su hijo, comoquiera que los referidos caninos están en su poder, dada la relación sentimental que sostiene con el allí demandado, quien a la vez es el padre del menor involucrado. Sobre el particular, realizó una amplia exposición acerca de los cuidados que le ha dispensado y el afecto que tanto ella

² Acuerdo n.º 034 de 16 de diciembre de 2020 – Sala de Casación Civil.

como el menor le profesan a los que consideran integrantes de su familia.

2.3. Por lo anterior, acudió ante la Notaría, para manifestar, bajo la gravedad de juramento, entre otros aspectos, que **(i)** «soy la propietaria de dos caninos desde el 01 de enero del 2020, y desde ese tiempo forman parte de mi núcleo familiar, por lo cual mi núcleo está conformado por “D”, mi hijo “B” y “F”, un canino de raza american bully de 5 años y “G” un canino de raza criolla de 6 años» y que **(ii)** «mi hijo “B”, ha desarrollado un lazo de fraternidad con F y G, ya que desde su nacimiento ellos han estado en su vida y se han convertido en esa compañía donde todos se entretienen, se brindan amor y compañía, integran una parte importante de la rutina de mi hogar; prueba de ello está el avance psicomotriz de mi hijo, asimismo como su desarrollo emocional y los vínculos de apego que mi hijo y los caninos han generado, por lo tanto sacarlos de nuestro hogar causaría un impacto negativo sobre la salud emocional y afectiva de mi hijo».

2.4. En ese orden, recalcó que «la orden emitida por el Juzgado de Familia se emitió desconociendo el contexto real y actual respecto de F y G. El despacho no tiene conocimiento de los especiales vínculos afectivos que los caninos han creado junto con mi hijo. Aunado a ello, la parte que requirió la medida cautelar sobre lo hizo con fundamento en los artículos 588 y subsiguientes del Código General del Proceso, es decir como bienes, más no como integrantes y seres sintientes de una familia».

3. En consecuencia, pidió, en compendio, que **(i)** «se declare en sede de tutela que F y G son seres sintientes y no bienes muebles conforme a la sentencia C-467 de 2016» y que **(ii)** «se ordene al Juzgado de Familia, que dentro del de Cesación de Efectos Civiles del Matrimonio Religioso, suspender definitivamente la medida cautelar de embargo y secuestro de los seres sintientes y animales de compañía».

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El estrado accionado relató las actuaciones del proceso cuestionado y relievó que *«al momento de decretar las medidas cautelares en el asunto de la referencia, el titular del Despacho evaluó a conciencia cada uno de los puntos esbozados por la demandante en el libelo demandatorio para el decreto de la misma, sin desconocer derechos fundamentales a ninguna de las partes»*.

2. La apoderada judicial de “C” se opuso a la prosperidad del *petitum*, aduciendo, en síntesis, que *«al momento que la señora “A” solicitó que se suspenda el trámite a la medida cautelar de embargo y secuestro F y G olvidó por completo que son seres sintientes y animales de compañía que han creado un vínculo de amor y afecto con la señora C, quien estuvo desde el nacimiento con los caninos, los cuales llegaron a ser los hijos de C y D producto de su relación como pareja y como familiar en razón a ser compañeros permanentes por la Unión marital de hecho que sostienen desde el 1 de julio de 2010, (...) y no se ha liquidado y el matrimonio por el rito religioso de la Iglesia (...), el día catorce (14) de mayo de 2016, registrado ante la Notaria (...) y fue el señor D quien arrebató a F y G de su hogar para llevárselos a la señora A con quien sostiene una relación extramatrimonial»*.

3. El Procurador Judicial de Familia adujo que se debe denegar el amparo, porque *«existe otro mecanismo de defensa judicial»*.

4. La Coordinadora del Grupo Jurídico de la Regional “I” del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF pidió su desvinculación por falta de legitimación en la causa; al igual que la Regional “J” de la misma entidad.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El tribunal *a quo* denegó el amparo, porque «*si lo que pretende la actora es demostrar la propiedad o posesión que ejerce sobre los canes y por consiguiente evitar que sobre los mismos recaiga el secuestro decretado en razón a ello, cierto es que cuenta con los mecanismos ordinarios para tal fin, como lo es la oposición a la diligencia de secuestro, actuación que solo puede ser surtida al interior del proceso una vez se vaya a materializar la cautela y no a través de éste excepcional mecanismo proponer asuntos que solo pueden discutirse al interior del mismo, pues no puede acudirse a la acción de tutela como si fuese un mecanismo paralelo o alternativo para resolver los problemas jurídicos, los cuales tienen un escenario propio, natural como lo es el proceso mismo*».

IMPUGNACIÓN

La accionante recurrió la precitada providencia, reiterando los argumentos expuestos en el escrito inicial y agregó que «*los derechos fundamentales de mi hijo están siendo amenazados por parte de las medidas cautelares que decretó el Juzgado sobre F y G y no puedo como madre quedarme inerte esperando a que el secuestro se lleve a los caninos y mi hijo entre en un estado de depresión*».

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte establecer si la autoridad convocada incurrió en presunta *vía de hecho* en el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso que “C”

inició contra “D”, por haber decretado como cautelas el embargo y secuestro de dos perros que, según afirma “A”, aquí actora, son de su propiedad, a la vez que integran su «núcleo familiar».

2. De la subsidiariedad de la acción de tutela.

La inobservancia de este requisito se presenta no solo por haber dejado de emplear los medios de defensa ordinarios previstos en la ley, lo cual constituye incuria, sino también **porque aún existan otros mecanismos judiciales tendientes a solucionar la afectación de los derechos cuya tutela reclama**, o incluso porque el interesado haya acudido a esta senda constitucional en planteamiento de un debate que no propuso con antelación frente al funcionario competente.

En virtud de la última modalidad mencionada, se ha dicho en precedencia que este resguardo no puede emplearse de manera alternativa o supletoria en la solución de las controversias, ni su presentación ante el juez de amparo puede ser coetáneo con los procedimientos ordinarios o extraordinarios estatuidos legalmente, y mucho menos surgir en forma paralela a estos, tampoco ser tomado como un recurso adicional de los que el propio ordenamiento ha dotado a los sujetos intervinientes en las actuaciones administrativas o judiciales.

3. Solución al caso concreto.

Con soporte en las anteriores premisas, revisados los argumentos de la presente reclamación y con apoyo en las piezas procesales adosadas al expediente, la Sala precisa que se ratificará la desestimación del auxilio deprecado, porque no alcanza a superar el requisito general de *subsidiariedad* en la modalidad de existencia de otros medios de defensa, como pasa a explicarse.

En efecto, nótese que el reproche de la memorialista se finca en la afectación que, en su criterio, supondría la materialización de las cautelas de embargo y secuestro decretadas sobre los animales de compañía previamente referidos; ya que, a su juicio, esta situación repercutiría negativamente en el bienestar tanto de aquella como de su descendiente, pues insiste en que esos caninos forman parte su «*núcleo familiar*» y que no deben ser «*separados*» de ellos.

Sin embargo, tal como acertadamente coligió el tribunal *a quo* constitucional, en el evento en que se adelanten las diligencias reseñadas, la precursora tiene la posibilidad de presentar su *oposición* para que, en el marco del incidente respectivo, someta a escrutinio del juez de familia las especiales circunstancias aducidas en esta sede –*v. gr.*, la alegada «*propiedad*» sobre los perros³ y la existencia de vínculos afectivos–, por lo que, al existir el mentado medio de defensa, se impone la confirmación de la denegación de la salvaguarda.

³ Lo anterior, pues, también refirió esta circunstancia en el escrito inicial y en la declaración juramentada ante la Notaría, en la que insistió en que «soy la propietaria de dos caninos desde el 01 de enero del 2020».

Por ello, atendiendo que los motivos de censura de la recurrente se centraron en esas circunstancias, es evidente que no es la acción constitucional la herramienta procedente para dirimir las alegadas irregularidades, dada la idoneidad del instrumento judicial enunciado, por lo que no procede el amparo ni siquiera como mecanismo de protección transitorio.

Recuérdese que, de acuerdo con el carácter residual de la tutela, esta no es una herramienta instituida para reemplazar los cauces establecidos por el legislador para la efectiva y adecuada defensa de las garantías procesales de los intervinientes o interesados en un trámite judicial, pues lo contrario conllevaría invadir su órbita de acción y a quebrantar la Carta Política. De ahí que, si no se han agotado todos los recursos que brinda el ordenamiento procesal, por medio de la queja constitucional no se puede proveer la solución de una cuestión que corresponde dirimir al juez competente.

4. Conclusión.

Conforme a lo anterior, se ratificará la inviabilidad decretada por el tribunal *a quo*, en tanto que el resguardo desatiende el criterio de *subsidiariedad*.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la ley,
CONFIRMA la sentencia impugnada.

Comuníquese por medio idóneo lo resuelto en esta providencia a los interesados y oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para eventual revisión.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Con Salvamento de Voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Hilda González Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Firma con Salvamento de voto

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 4CEE87355EB9B992E3A4162F3C7B6DAF983427D717E24BF3C0927E9BB76C0A97

Documento generado en 2023-03-06



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 73001-22-13-000-2022-00301-02

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito expresar los fundamentos por los cuales no comparto la decisión que dirimió, en segunda instancia, la acción de tutela de la referencia.

Entre otras razones, porque la Sala desaprovechó la oportunidad para dar directrices sobre una figura novedosa en Colombia, como es **la familia multi-especie**, cuyo reconocimiento encuentra asidero en el artículo 42 de la Constitución Política, siendo deber del órgano de cierre ahondar en este tema.

1. Consideración inicial.

Delanteramente debo indicar que, en criterio personal, el juzgador accionado cometió un desafuero que ameritaba la injerencia inmediata de la jurisdicción constitucional, porque la decisión que tomó en el auto del 26 de noviembre de 2021, al decretar el secuestro de los perros «*Romeo y Salvador*», está ayuna de motivación respecto a la condición de seres sintientes de estos animales, así como el rol que cumplen

dentro del contexto familiar en que actualmente están incorporados.

El enjuiciado debió haber evaluado todas las aristas del problema, por lo que su omisión desvela una falta argumentativa severa, que no podrá ser subsanada de acudir al limitado escenario de la oposición a la diligencia de secuestro.

2. La importancia de la motivación de las decisiones judiciales.

2.1. El valor superlativo que actualmente se concede a la motivación tiene explicación en las exigencias propias del estado democrático de derecho, el cual excluye la admisibilidad de actos de simple poder, por cuanto todos ellos deben satisfacer condiciones de legitimidad.

Esta Corporación tiene dicho que:

Varios principios y derechos en los regímenes democráticos imponen la obligatoriedad de motivar la sentencia judicial:
el de publicidad porque asegura la contradicción del fallo y muestra la transparencia con que actúan los jueces, pues si hay silencio en las causas de la decisión no habrá motivos para impugnar; el de racionalidad como medio para disuadir el autoritarismo y la arbitrariedad; el de legalidad porque el fallo debe estar afincado en las normas aplicables al caso y en las pruebas válidamente recaudadas; los de seguridad jurídica y confianza legítima y debido proceso, entre otros, para materializar el principio de igualdad y aquilatar el Estado constitucional (negrilla fuera de texto, SC10223, 1º ag. 2014, rad. n.º 2005-01034-01)

Como la motivación es el mecanismo fundamental para legitimar la actuación de los funcionarios judiciales, en tanto descarta que sus determinaciones sean fruto del capricho, subjetividad u otras razones espurias, deviene inexcusable que todas las providencias cuenten con ella; en consecuencia, motivar dejó de ser una prerrogativa, para convertirse en un verdadero deber en cabeza de todos los jueces.

La Sala, siguiendo las enseñanzas de Michele Taruffo, ha doctrinado:

[L]a motivación es una condición de 'jurisdiccionalidad' de los mandatos del juez 'en el sentido de que los mismos constituyen la expresión de la jurisdicción cuando se encuentran motivados' y se vincula coherentemente con la naturaleza de esa función del Estado democrático «en la medida en la que presupone la posibilidad de controlar, de una manera amplia y externa, las modalidades de ejercicio del poder que se le confiere al juez' (SC5408, 11 dic. 2018, rad. n.º 2014-00691-000).

Expresado de otra forma, sólo ante la revelación de las razones que sirvieron para fallar es posible que las providencias judiciales se sometan al escrutinio público, permitiendo su contrastación con el derecho vigente, los precedentes vinculantes y demás pruebas obrantes en el expediente, condición necesaria para que adquieran legitimación entre los asociados.

No en vano la Sala ha dicho que la motivación «es inherente al debido proceso, lo cual explica la ineficacia de un fallo en que no se ha cumplido la perentoria obligación de

poner al descubierto las razones de la decisión, para permitir el examen público de ellas y el ejercicio de los controles que el ordenamiento tiene establecidos» (SC5408, 11 dic. 2018, rad. n.º 2014-00691-00).

Por la misma línea, la Corte Constitucional aseguró:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. (T-247/06, T-302/08, T-868/09)... (T-214/2012).

2.2. En este escenario, la motivación alcanza la condición de requisito esencial de la sentencia, razón por la que su inexistencia deba reprocharse con toda severidad. De allí que la doctrina especializada asevere, en punto a la ausencia de ésta, que la sentencia *«debe revocarse... **pues le falta un elemento inherente a su existencia**»* (negrita fuera de texto)¹.

«[Y]a no es suficiente el argumento de autoridad, que en algún momento residió en la personalidad del juez y después se traslado a la ley; ahora son más importantes las razones que justifican la decisión adoptada... que exponga las razones

¹ Hernando Morales Molina, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Editorial Bogotá, 1991, p. 515.

que le han llevado a dicho fallo, pero que justifique, también, por qué ha tomado esa decisión entre distintas alternativas»².

2.3. En sede de tutela es pacífico que, uno de los motivos específicos de procedencia de este mecanismo de control, en la ausencia de motivación. *«La motivación... es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa... es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano»* (T-214/12).

La falta de motivación *«está estructurada a partir de la ausencia o insuficiente argumentación en la decisión. En concreto, la Corte [Constitucional] ha sostenido que se presenta esta causal genérica con: “(...) el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”»* (T-064/10).

3. Los animales como seres sintientes.

3.1. El Código Civil colombiano, en su versión original, consagró que los bienes son *«cosas corporales o incorporales»* (artículo 653), clasificadas *«en muebles e inmuebles»* (artículo

² Omar Vásquez Sánchez, *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 2009, p. 106.

654), entendiéndose por aquéllas *«las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por ellas a sí mismos como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas»* (artículo 655).

Significa que los animales son considerados como cosas, susceptibles de apropiación, atribuyéndole a sus dueños los atributos de uso, goce y disposición (artículo 669), sin mayores límites que los comunes al ejercicio del derecho de dominio.

Regla que tiene sus orígenes en la preconcepción de que los animales son autómatas, programados para reaccionar mecánicamente frente a estímulos externos, al margen de su dolor, miedo u cualquiera otra sensación, lo que permitía someterlos a los más crueles vejámenes sin ningún tipo de remordimiento.

Así se reconoció en el derecho romano, que siguió de cerca el derecho francés, como necesidad práctica para la solución de problemas esenciales de la sociedad, tales como garantizar su alimentación o facilitar la realización de actividades que excedían la fuerza del hombre. En consecuencia, *«[d]ominio y titularidad fue el binomio que marcó la relación hombre-animal en razón de que el valor económico de estos era lo esencial en la sociedad agrícola*

existente, lo cual derivó en la división de los animales entre poseídos y no poseídos»³.

3.2. Empero de lo comentado, la progresiva superación de la visión antropocéntrica de la sociedad, esto es, aquélla que propugna por concebir al ser humano y sus intereses como el centro de todo, ha permitido avanzar en una reconceptualización de los animales, para reconocerles diferentes roles y consecuentes medidas de protección.

De allí que, en nuestros días, se alcen voces para que, en determinados casos, sean considerados sujetos de derecho -*personas no humanas*-, o, por lo menos, una categoría intermedia entre objetos y sujetos -*percosas o sujetos*-⁴.

Y es que, ante las innegables evidencias científicas de que los animales sienten y experimentan sufrimiento, surgieron movimientos sociales que reclaman por su protección, invitando a repensar el tratamiento jurídico que se les ha dispensado.

Se generaron propuestas «*emotivistas*», que guían el reconocimiento de derechos para los animales por un sentimiento de compasión; «*Utilitaristas*», que juzgan los actos según sus consecuencias, buscando generar el máximo bienestar mientras se evita el dolor, incluidos a los animales o

³ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derechos Reales*, Parte General, Fondo Editorial, Universidad de Lima, 2017, p. 100.

⁴ Cfr. Carlos Rogel Vide, *Personas, Animales y Derecho*, México-Madrid, Ubijus-Reus, 2018, p. 61.

«*Kantianas*», que con base antropocéntrica no ve al animal como un fin, sino como un medio para satisfacer al hombre, aunque sin negar que merecen consideraciones morales.

Cualquiera sea la visión, todas defienden el valor moral intrínseco de los animales y su derecho a la mejor vida posible, que excluye cualquier tipo de sufrimiento al animal o su sometimiento a cualquier deseo o bienestar humano⁵.

3.3. De este cambio da cuenta *la Declaración Universal de los Derechos del Animal*, proclama el 15 de octubre de 1978 y actualizada en 1989, que, si bien es una mera declaración de intenciones, dejó sentada una postura sobre cómo debe ser el trato del hombre hacia los animales.

En Europa, el 13 de noviembre de 1987, fue emitido el Convenio Europeo sobre la Protección de los Animales de Compañía, que estableció obligaciones como la del respeto a los mismos.

En la Resolución del Parlamento Europeo del 6 de junio de 1996, materializada en el Protocolo 33 sobre la Protección y Bienestar de los Animales, se dio el primero de los pasos en la concepción legal de éstos como seres sintientes, norma que alcanzó vinculatoriedad en la Unión Europea el 1º de diciembre de 2009, cuando fue incorporada al artículo 13 de su tratado de funcionamiento.

⁵ Cfr. Ileana Gabriela Rivero Sosa, *Enfoque Ético y Jurídico de la Protección Animal*. En *La Protección Jurídica de los Animales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, 2017.

En España con la ley 17 de 2021 se modificó el Código Civil, para condicionar el sometimiento de los animales a las relaciones jurídicas de las cosas, bajo el supuesto de que son seres vivos dotados de sensibilidad.

En Francia la ley 177 del 16 de febrero de 2015 modificó el Código Civil, estableciendo que los animales son seres sensibles, aunque los supeditó al régimen de propiedad.

La Provincia de Quebec en Canadá, en el año 2015, también reformó su Código Civil para señalar que los animales no son cosas, sino «*seres sensibles y tienen imperativos biológicos*».

Suiza, desde la expedición de la Ley Federal de Animales del año 2002, también desmarcó a éstos de las cosas, aunque salvo disposición en contrario, los sometió al régimen legal de las mismas.

3.4. Colombia no ha sido extraña a este movimiento mundial.

3.4.1. Significativo resulta en este proceso la Constitución Política de 1991, al reconocer la importancia del medio ambiente, expresada en el «*derecho a gozar de un ambiente sano*» (artículo 79), la obligación de aprovechar los recursos naturales sometido a condiciones de «*conservación, restauración o sustitución*» (artículo 80) y el deber de prevenir y controlar el «*deterioro ambiental*» (*idem*).

Se ha entendido que se consagró una verdadera «Constitución ecológica», basada en *«una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares»* (T-760/07).

3.4.2. No obstante, desde años atrás, se había avanzado con la ley 84 del 27 de diciembre de 1989, *Estatuto Nacional de Protección de los Animales*, por el cual se estableció que *«los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre»* (artículo 1).

Además, se dispuso el deber de *«[p]romover la salud y el bienestar de los animales, asegurándoles higiene, sanidad y condiciones apropiadas de existencia»* (literal b. del artículo 2), *«[d]esarrollar medidas efectivas para la preservación de la fauna silvestre»* (literal e), *«[m]antener el animal en condiciones locativas apropiadas en cuanto a modalidad, luminosidad, aireación, aseo e higiene»* (literal a. del artículo 5), *«[s]uministrarle 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»* (literal b. ídem), y *«[s]uministrarle abrigo apropiado contra la intemperie, cuando la especie de*

animal y las condiciones climáticas así lo requieran» (literal c. ídem).

3.4.3. Con la sentencia la sentencia C-467 de 2016, que declaró la exequibilidad de los artículos 655 y 658 del Código Civil, se dio un paso decisivo:

[S]i en el caso particular la calificación legal envuelve una habilitación, tácita o expresa, para maltratar a los animales, esto es, para desconocer los estándares del bienestar animal, la categorización es incompatible con la prohibición constitucional de maltrato. La evaluación de medidas semejantes, por tanto, no pueden realizarse en abstracto, sino determinando en concreto, es decir, respecto de la medida legislativa específica, los efectos de la definición legal...

En este orden de ideas, la consecuencia de la asimilación legal es que, en el ámbito civil, los animales son considerados como bienes muebles o como bienes inmuebles, según el caso, a efectos de que sobre los mismos se puedan efectuar las operaciones jurídicas contempladas en la legislación civil, pero sin que lo anterior implique haber dispuesto o regularizado el trato que deben tener los animales en su condición de seres sintientes. Así las cosas, los artículos 655 y 658 del Código Civil deben ser entendidos e interpretados como normas que tienen un alcance definitorio, orientado a establecer las condiciones en las cuales los animales pueden ser objeto de relaciones jurídicas en el ámbito civil, pero sin que lo anterior tenga implicaciones en relación con los estándares del bienestar animal.

3.4.4. Finalmente, la ley 1774 del 6 de enero de 2016 categorizó a los animales como «seres sintientes», deprecando «especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos» (artículo 1º).

No suprimió el atributo de cosas a los animales; empero, lo hizo coexistir con su «*calidad de seres sintientes*» (artículo 2º, modificatoria del artículo 655 del Código Civil) y con la garantía de un mínimo de bienestar animal (literal b. del artículo 3), expresado en:

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.*

El fundamento de este reconocimiento fue explicado, en la exposición de motivos del proyecto de ley, en los siguientes términos:

La inclusión de los animales dentro del concepto de ambiente se hace con base en el papel que estos juegan en el desarrollo de la vida humana. Acentúa la Corte que esta consideración supera el enfoque eminentemente utilitarista –que los considera en cuanto recurso utilizable por los seres humanos–, y se inserta en la visión de los animales como otros seres vivos que comparten el contexto en que se desarrolla la vida humana, siendo determinantes en el concepto de naturaleza y, por consiguiente, convirtiéndose en destinatarios de la visión empática de los seres humanos por el contexto –o ambiente– en el que desarrolla su existencia. No otra puede ser la norma constitucional que se derive de las diversas y numerosas disposiciones en que la Constitución hace referencia a los elementos que integran el ambiente y que fueron mencionadas anteriormente como parte de la llamada “Constitución ecológica”.

En relación con su protección, la manifestación concreta de esta posición se hace a partir de dos perspectivas: la de fauna protegida en virtud del mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y la de fauna a la cual se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, protección esta última que refleja un contenido de moral

*política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes*⁶.

3.4.5. De lo recopilado en precedencia queda en evidencia que, en el derecho nacional, los animales conservan su condición de cosas, apropiables y susceptibles de tráfico negocial; sin embargo, al mismo tiempo, tienen la calidad de seres sintientes, que tienen derechos, los cuales limitan el ejercicio del dominio.

En otros términos, si bien la calificación de los animales como cosas no desatiende la Carta Fundamental, esto no supone una permisión general a los dueños para que ejerzan su derecho sin restricciones, sino que, por el contrario, deben observar unas reglas mínimas tendientes a su protección.

El bienestar animal es ese límite: todo acto o intervención humana, que afecte negativamente las condiciones de bienestar de los animales o cause daños, disminuirá o eliminará las posibilidades del animal de disfrutar y les generará sufrimiento⁷, por lo que deben ser proscritos.

⁶ PL 086-16 proteccion animal.pdf, disponible en <http://leyes.senado.gov.co>

⁷ «Tanto animales como seres humanos tienen intereses de preferencia e intereses de bienestar; algunos biológicos, algunos psicológicos y algunos sociales; ambos son capaces de actuar intencionalmente y perseguir lo que quieren; ambos pueden ser beneficiados o dañados y, en este último caso, dañados ya sea por lo que se les hace experimentar (daño por inducción) o por lo que se les niega (daño por privación); ambos tienen vidas que se caracterizan por el placer o el dolor, la satisfacción o la frustración; el estilo o la calidad general de la vida de cada uno, en mayor o menor grado, están en función de la satisfacción armoniosa de aquellas preferencias que está en el interés de cada uno tener satisfechas. Suponiendo que las fuentes de satisfacción disponibles para la mayoría de los seres humanos sean a la vez más numerosas y variadas que las disponibles para los animales; y aun garantizando, en las memorables palabras de Mill, que es “mejor un ser humano insatisfecho que un cerdo satisfecho”, las mismas categorías de pensamiento (interés, beneficios, daños, etc.) que iluminan los aspectos más generales del bienestar humano son igualmente aplicables al bienestar animal. Aunque algunos puedan considerar esta similitud sorprendente, no deberían. En vista de nuestra propia animalidad, sorprenderse sería apropiado sólo si las cosas fueran al revés, es decir, sólo si el bienestar humano difiriera en tipo del bienestar animal...» Tom Regan, En Defensa de los Derechos de los Animales, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Programa Universitario de Bioética, pág. 149 y 150.

3.4.6. Siendo cierto que, en nuestro derecho, como lo es, que los animales son cosas, fuera de duda se encuentra la procedencia «*en abstracto*» de su embargo y posterior secuestro.

No obstante, para adoptar una medida de este tipo debe ponderarse el bienestar animal, con el fin de no afectarlo, y, en todo caso, deberá evitarse un sufrimiento injustificado, de lo cual debe dar cuenta la providencia judicial en que se ordene, so pena que se incurra en un grave yerro de motivación, contrario a la Constitución Política.

4. El nuevo rol de los animales en la familia.

4.1. Se agrega a lo dilucidado el rol cada vez más protagónico que, dentro del nuevo contexto familiar y social, tienen los animales.

En nuestros días son comunes los sitios que admiten la concurrencia de animales a sus instalaciones, la existencia de guarderías especializadas, un creciente comercio de productos novedosos, no solo de consumo, sino también de salud, funerarios, seguros de vida, etc., todo ello para atender las necesidades surgidas del ánimo de las personas de brindar bienestar a sus animales e integrarlos más estrechamente a su vida diaria.

Estamos frente a una gran transformación, caracterizada por el asentimiento de que los animales tengan estrechos

vínculos emocionales con los humanos, sirviendo a las notables labores de compañía, apoyo emocional y, finalmente, vínculo doméstico.

4.4.1. En respuesta, desde la sociología, se acuñó la noción de «*familia multiespecie*», según la cual los animales pueden ocupar un lugar como integrantes de familiar humanas, situación susceptible de protección como realidad social.

No podemos ignorar lo que está sucediendo. La sociedad cada día está más despersonalizada y virtualizada, la interacción física ha disminuido, la tasa de natalidad ha decrecido y aumenta la flexibilidad en las relaciones sentimentales; aquí los animales llegan a ocupar un rol que antes tenían los seres humanos, convirtiéndolos en receptores de afecto y cuidado. Lejos de ser cosas o meros seres sintientes, son -en verdad- sujetos con quienes se tejen lazos de amor, solidaridad y compañía.

Aseguran los expertos que «[e]l 90% de los dueños de mascotas las consideran miembros de sus familias... y tienden espontáneamente a incluirlas cuando se les pide que completen un diagrama familiar. A esta configuración familiar se ha hecho referencia como *familia más-que-humana, multiespecies o humano-animal*»⁸.

⁸ Marcelo Rodríguez Ceberio y Marcos Díaz Videla, *Las mascotas en el genograma familiar*. En *Ciencias Psicológicas*, vol. 14, n.º 1, Montevideo, 2020.

La humanidad, en su libertad para interactuar con otros seres que integran la biósfera, puede crear vínculos sentimentales con miembros de otras especies, encontrando en ellas el amor y compañía que no llenan los seres humanos.

4.4.2. Estos vínculos de afecto provocan nuevas discusiones, antes impensadas, como precisamente sucede en el *sub examine*: con ocasión de la ruptura de una unión marital o matrimonio, ¿cuál de sus miembros mantendrá el cuidado del animal? ¿quién asumirá los gastos de manutención? ¿es posible establecer un régimen de visitas o una custodia compartida?

Son varios los casos foráneos que han abordado estas problemáticas, bajo dos (2) criterios principales: (I) la aplicación estricta del derecho de propiedad; o (II) el mejor interés del animal -*best interest of the animal*-.

Bajo la primera regla debe darse prelación al titular del derecho de dominio y, en su defecto, a quien ha cubierto mayormente su cuidado y manutención. Son ejemplos el famoso fallo de 1981, en el caso «*Arrington vs. Arrington*», donde una Corte en Texas dejó claro que las mascotas son cosas, aunque accedió a conceder derecho a visitas al cónyuge que no quedó con la custodia. En España, en el 2010, una Corte en Bajadoz decidió que ambos miembros de la pareja eran copropietarios del animal, por lo que optó por conceder el disfrute compartido.

La otra regla ha sido utilizada en casos como «*Raimond vs Lachman*», de 1999, donde la Corte de Apelaciones de Nueva York revocó la decisión de asignar la custodia al propietario de un gato, para determinar que, debido a la edad del animal y su esperanza de vida, lo mejor era que continuara donde estaba, porque allí «*había vivido, prosperado, amado y sido amado durante los últimos cuatro años*». En el 2022, en el caso «*Juelfs vs Gough*», la Corte Suprema de Alaska confirmó la decisión de dejarle el perro de la familia al esposo, porque en la residencia de su excónyuge corría peligro de sufrir lesiones por la existencia de otros animales.

4.4.3. Ante el aumento de conflictividad, algunas legislaciones han optado por regular la materia.

Verbi gracia, en España -ley 17 de 2021- se previó que en los acuerdos de divorcio deben preverse «*[e]l destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal*», siendo motivo para rehusar su aprobación «*[s]i fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía*» (artículo 1, modificatorio del artículo 90 del Código Civil español).

En Francia -ley 177 de 2015- estableció que, de existir desacuerdo en la separación de los cónyuges, el juez decidirá en función del trato que el animal reciba por parte de ellos, las

condiciones de vida que le puedan brindar, o la presencia de un niño en el hogar.

En Suiza -Ley Federal de Animales- se facultó al juez para que en una separación confíe la custodia de la mascota al cónyuge que mejor solución le brinde. Criterio similar se adoptó en los estados de Maine, Illinois, Alaska y California en los Estados Unidos.

4.4.4. Es cierto que en Colombia no se ha reconocido expresamente la familia multi-especie, pero no hay razón para oponerse a su reconocimiento, por fuerza del artículo 42 de la Constitución Política.

Y es que la Corte tiene decantado, refiriéndose a este precepto, que *«como es diáfano en ese texto, adopta el constituyente, en lo relativo a su conformación, un criterio abierto y dúctil que se contrapone a los principios férreos y cerrados que otrora caracterizaron el ordenamiento jurídico nacional en el punto»* (SC203, 25 nov. 2004, exp. n.º 7291). De allí que *«hoy en día acepta ‘diversas expresiones, como por ejemplo las familias ensambladas, monoparentales, heteroafectivas, homo-afectivas, ampliadas e, incluso, pluriparentales’*» (SC1947, 30 jun. 2022, rad. n.º 2015-00843-01).

5. El caso concreto.

5.1. Descendiendo al caso concreto se observa que, la decisión tomada por el estrado accionado en el proveído con

que ordenó embargar y secuestrar a los perros «*Romeo*» y «*Salvador*», tiene defectos insalvables en la motivación, pues únicamente evaluó los requisitos formales de procedencia de la medida cautelar, olvidando los aspectos tocantes al bienestar animal y el rol que éstos tienen dentro del núcleo familiar en que conviven, condiciones indispensables para que la determinación judicial respete el marco constitucional y legal que gobierna esta materia.

Basta leer el proveído para desvelar la ausencia de referencia a la condición de seres sintientes de los perros a secuestro, el vínculo afectivo que se forjó entre el hijo de la tutelante y sus mascotas, o la forma en que debe garantizarse el buen vivir de «*Romeo*» y «*Salvador*».

A pesar de la importancia de estos factores, el juzgado accionado parece no haberlos tenido en consideración, incurriendo en un vacío argumentativo que contraviene el artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual debió accederse a la tutela promovida.

5.2. Por otro lado, considero que la anterior deficiencia no se supera con la posibilidad que tiene la accionante de oponerse a la cautela, pues la única defensa que procesalmente podría anteponer, en este momento procesal, es invocar la «*posesión*» sobre los animales, lo que sin duda coarta los argumentos que puede esgrimir, se itera, el bienestar animal o la protección de los vínculos afectivos con los miembros del núcleo familiar con quienes conviven.

Más aún porque, de materializarse el secuestro, es evidente que cambiaran las condiciones materiales de los perros y de sus cuidadores actuales, variables que son ajenas al objetivo de la oposición a la cautela.

5.3. Lo expuesto imponía revocar la decisión de primer grado y en su lugar conceder el amparo, para permitir que la accionante expusiera dentro del proceso cuestionado lo que alega en este escenario, en favor de sus animales de compañía y su menor hijo, mediante el mecanismo procesal que resulte adecuado.

6. En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 9EADB4CDA09DC8BC02947EB570BFDB8F6707377C70DFDB26E126EA567D79CB20

Documento generado en 2023-03-06