

Análisis ético y político criminal de la Ley 1774 de 2016*

Ethical and criminal-political analysis of the law 1774 of 2016

Recibido: Enero 19 de 2018 - Evaluado: Mayo 12 de 2018 - Aceptado: Junio 20 de 2018

Kenny Dave Sanguino Cuellar**
José María Peláez Mejía***

Para citar este artículo / To cite this article

Sanguino Cuellar, K. D., Peláez Mejía, J. M. (2019). Análisis ético y político criminal de la Ley 1774 de 2016. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 73-112

Resumen: Teniendo en cuenta la expedición de la Ley 1774 de 2016 acerca de la protección de los animales, resulta pertinente analizar cuáles son los fundamentos éticos que soportan esta regulación, cuáles son las implicaciones en el ámbito de la dogmática jurídico penal al asumir a los animales como un bien jurídico y cuáles son las consecuencias en materia político-criminal al crearse un nuevo delito para quienes los maltraten gravemente.

Palabras clave: Ley 1774 de 2016, Ley de protección animal, Fundamentos morales, Bien Jurídico, Política Criminal, Principio de proporcionalidad.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Proyecto de Investigación “El paradigma interpretativo Dworkin-Alexy en Colombia. una lectura de sus diferencias a partir de la filosofía del derecho de Jürgen Habermas”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre -Cúcuta- y con coinvestigación del Grupo de Investigación en Prospectiva y Desarrollo Humano.

** *Abogado*, Universidad Libre de Colombia, Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la seccional de Cúcuta; Profesor de Criminología y Política Criminal, Magister (c) en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.

Correo electrónico: kennyd.sanguinoc@unilibre.edu.co

*** *Abogado*, Universidad Libre de Colombia, Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la seccional de Cúcuta; Doctor en Derecho, Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, y Magister en Derecho Penal.

Correo electrónico: josem.pelaezm@unilibre.edu.co

Abstract: Taking into account the Law 1774 of 2016 on the protection of animals, it is pertinent to analyze the ethical foundations that support this regulation, what are the implications in the field of criminal law and dogmatics when assuming animals as a legal right and the consequences in political-criminal matters when creating a new crime for those who seriously mistreat these beings.

Key words: Mining concession, environmental damage, exploitation, guarantor, paramo, omission, responsibility.

Resumo: Tendo em vista a promulgação da Lei 1774, de 2016, sobre a proteção dos animais, é pertinente analisar quais são os fundamentos éticos que sustentam esta regulamentação, quais são as implicações na área do dogma jurídico penal ao assumir os animais como bem jurídico e quais são as consequências em matéria político-criminal ao criar um novo crime para aqueles que os maltratam seriamente.

Palavras chave: Lei 1774 de 2016, Lei de Proteção Animal, Fundamentos Morais, Propriedade Legal, Política Criminal, Princípio da Proporcionalidade

Résumé: Compte tenu de la promulgation de la loi 1774 de 2016 sur la protection des animaux, il est pertinent d'analyser quels sont les fondements éthiques qui soutiennent cette réglementation, quelles seraient les implications dans le domaine du dogme juridique pénal lorsque les animaux sont considérés comme un bien légal et quelles sont les conséquences en matière politico-criminelle lorsque l'on crée un nouveau crime pour ceux qui les maltraitent sérieusement.

Mots-clés: Loi 1774 de 2016, Loi sur la protection des animaux, fondements moraux, propriété juridique, politique pénale, principe de proportionnalité

SUMARIO: Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – 1. Teorías éticas tradicionales y sus limitaciones a la hora fundamentar una concepción jurídica de los animales no humanos como sujetos de derechos. – 2. Propuesta de una teoría analítica de las capacidades como fundamento ético de los derechos de los animales no humanos. – 2.1. Wittgenstein, Dworkin y la ética. – 2.2. La teoría de las capacidades de Nussbaum. – 3. Análisis de proporcionalidad de la ley 1774 de 2016. – 3.1. Análisis del cumplimiento de la finalidad legítima como primer nivel de proporcionalidad (o razonabilidad). – 3.2. Análisis político criminal de la idoneidad y necesidad de la criminalización del maltrato animal realizada por la Ley 1774 de 2016. – Conclusiones. – Referencias.

Introducción

No puede existir una regulación jurídica que reconozca o conceda derechos a los animales con vocación de permanencia sin que, a su vez, exista previo a ello, una teoría ética-racional que le otorgue fundamento y legitimación más allá de la moda institucional del momento. Y esto es así, porque los grandes cambios generados en la historia no han sido el producto de las mutaciones normativas realizadas por los

hombres, sino que, por el contrario, puede verificarse en su devenir que las verdaderas transformaciones en el Derecho han surgido a partir de un auténtico cambio de perspectiva moral, al punto de poder afirmar que las legislaciones no sean la causa sino la consecuencia de las más importantes revoluciones sociales y culturales del mundo. Por lo tanto, sin una teoría ética subyacente a los derechos de los animales que tenga la solidez necesaria como para lograr generar un viraje en el centro gravitatorio orientador de la brújula moral de nuestro tiempo, veremos irremediablemente que cada artículo, teoría y norma quedará condenada al valle del olvido.

Ante tales premisas, surge la inevitable pregunta acerca de cuáles son las condiciones que tendrá que cumplir una teoría ética para que logre tener la influencia social deseada, frente a lo cual consideramos que dicha fundamentación deberá cumplir como características esenciales las siguientes:

(i) Un contenido mínimo de racionalidad formal, lo cual se satisface si dicha teoría materializa los principios lógicos de no-contradicción y razón suficiente y, además, logra crear un entramado axiomático coherente a partir del cual puedan derivarse premisas subordinadas cuya íntima conexión se valide a través de un concepto de verdad de tipo coherencial.

Las bases teóricas y sus conclusiones derivadas deberán obedecer a un principio básico de razonabilidad para lo cual cada premisa habrá de respetar el núcleo esencial de las creencias compartidas acerca del funcionamiento social, cultural y moral del mundo (lo cual también implica la existencia de una finalidad legítima).

Así mismo, la teoría propuesta tendrá que admitir la posibilidad de falsación racional; es decir, la oportunidad de problematizar cualquier afirmación que se haga y admitir la introducción de nuevas premisas, ante la invalidación de las originales.

Y, por último, dicha teoría ética tendrá que incorporar dentro de su haber un modulador de actos a través del concepto de justicia o pretensión de corrección gracias a la cual se pueda operativizar su materialización mediante las nociones de deber, culpa, responsabilidad y derechos.

Así las cosas, pasaremos a continuación a mostrar críticamente las filosofías morales tradicionales y su imposibilidad teórica a la hora de pretender dar fundamento a una concepción jurídica formalizada que otorgue derechos a los animales. Luego de ello, se realizará el esbozo de nuestra perspectiva que hemos decidido llamar teoría analítica de las capacidades en la cual se combinarán premisas fundamentales de la teoría de las capacidades de Martha Nussbaum, el paradigma interpretativo de Ronald Dworkin y la teoría del lenguaje del segundo Wittgenstein. Por último, se analizará críticamente la ley 1774 de 2016 utilizando para ello los fundamentos éticos que sean trazados en el anterior acápite verificándose, después de dicho examen, si desde el derecho constitucional vigente y la

dogmática jurídico-penal fue adecuada o no la criminalización del maltrato animal, finalizando el artículo con una visión efectuada desde la política criminal a partir de la cual se propongan cambios significativos para el mejoramiento de la vida y la integridad física y emocional de los animales no racionales.

Problema de investigación

¿Cuáles son los fundamentos y las implicaciones morales y jurídico-penales de la criminalización del maltrato animal en Colombia a través de la Ley 1774 de 2016?

Metodología

Atendiendo el propósito que persigue este trabajo, el tipo de investigación que se empleó para su desarrollo fue una investigación documental. Para el efecto, en un primer momento, se desarrolló una fase exploratoria, en la que se indagó las bases éticas que soportan el sufrimiento animal como un objeto de estudio de la teoría moral, pasando a la concepción de los animales como seres sintientes establecida en la Ley de protección animal. En un segundo momento se realizó un ejercicio de contraste entre cambios normativos propuestos por la Ley 1774 de 2016 en relación con la teoría del bien jurídico, teniendo en cuenta que dicha ley asume a los animales como un bien jurídico que el derecho penal debe proteger. Acto seguido se analizaron aspectos político-criminales, especialmente los que corresponden a la criminalización de las conductas que afecten gravemente a los animales. En este último campo se consultaron los documentos de las sesiones legislativas en que se discutió la redacción de esta ley, a fin de conocer los fundamentos de su expedición. Finalmente, a través del método de análisis-síntesis, se sistematizó la información recopilada obteniendo conclusiones desde el punto de vista ético y jurídico tendiente a responder el problema de investigación.

1. Teorías éticas tradicionales y sus limitaciones a la hora fundamentar una concepción jurídica de los animales no humanos como sujetos de derechos.

Para Kant el fundamento de la dignidad humana se encuentra en la autonomía y la racionalidad del sujeto que le permite darse sus propias leyes y actuar con base únicamente en ellas. Por ello, “la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun cuando con la condición de estar al mismo tiempo sometido justamente a esa legislación” (Kant, 2007, pág. 53). Sin

embargo, y de forma paradójica, en la grandeza que encierra este principio supremo de evaluación de la moralidad, es posible encontrar el mayor punto débil que presenta dicha teoría a la hora de pretender edificar con ella un fundamento ético para los derechos de los animales puesto que, como bien lo planteara Nussbaum (Nussbaum, 2017, pág. 323): (i) su compromiso con la racionalidad como fuente de dignidad excluye automáticamente a los animales del grupo de seres que puedan llegar a tenerla; y (ii) la concepción de principios políticos derivados de un contrato social entre individuos que se suponen son más o menos iguales implica apartar a los animales no racionales de éste por carecer todos ellos, justamente, de las múltiples características que los harían posibles partícipes en la discusión del acuerdo.

A lo sumo, con Kant, se lograrían construir obligaciones morales de segundo orden para con los animales; es decir, deberes indirectos hacia los mismos por la similitud analógica que estos presentarían con relación a las personas, surgiendo sobre todos nosotros la carga de tratarlos cordialmente para que, a fuerza de hacerlo y acostumbrarnos a ello, nos fuera más fácil con el paso del tiempo tratar gentilmente a nuestros congéneres humanos. Dicha perspectiva, implica una completa instrumentalización del animal para alcanzar fines de mejoramiento de las relaciones humanas y se aparta por completo de cualquier intento de buscar la edificación de verdaderas obligaciones de justicia hacia los animales no humanos. De allí que Kant sea tan enfático en edificar como imperativo categórico, en una de sus tantas formulaciones, la siguiente ley: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Kant, 2007, pág. 42).

No obstante, la prohibición de instrumentalización sólo tiene su efecto en quienes tienen dignidad y sólo tienen dignidad los seres con la racionalidad práctica suficiente para formular, por sí mismos, leyes morales universalizables que rijan sus comportamientos quedando automática y definitivamente excluido de la ecuación moral los animales no humanos por parecer precisamente de todas esas pre-condiciones de dignificación.

Igualmente, la visión de Rawls, aunque mejora y permite el avance en muchos aspectos de la teoría ética kantiana, mantiene un concepto excluyente para con los animales no humanos al considerar que ellos se encuentran por fuera del contrato social construido, al no tener, por lo menos entre muchas otras facultades, dos características necesarias para ser considerados portadores del estatus de “sujetos o personas morales”. Dichas características que Rawls (Rawls, 2010) echa de menos en los animales como fundamentales para poder participar en los denominados “constructos metodológicos” (Mejía Quintana, 2005) de la posición original y el velo de la ignorancia con los cuales se pretende la búsqueda de principios construidos

dialógicamente sin intermediación de intereses particulares y de pretensiones universalistas, son:

(...) la primera, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de su bien (expresada por un proyecto racional de vida); y segunda, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de la justicia, un deseo normalmente eficaz de aplicar y de actuar según los principios de la justicia, por lo menos en cierto grado mínimo. (...) Vemos, pues, que la capacidad de personalidad moral es condición suficiente para tener derecho a una justicia igual. No se requiere más que el mínimo esencial (Mejía Quintana, 2005, págs. 456-457).

Evidentemente, ciertas personas por defectos de nacimiento o situaciones lesivas accidentales ocurridas durante su desarrollo carecen de dichas facultades morales cognitivas y en consecuencia de “la capacidad de personalidad moral” (Rawls, 2010, pág. 456). Empero, tal situación no las priva de ser sujetos de derecho porque ante todo pertenecen a la “humanidad” en la que se da por supuesto que una “abrumadora mayoría” de sus miembros tienen dichas capacidades y el hecho de que algunos de ellos padezcan la tragedia de no poseerla, se valora como una disminución de la misma que en nada los priva “de la plena protección de la justicia” pues “los beneficios especiales que una persona recibe por su ejercicio han de regirse por el principio de la diferencia” (Rawls, 2010, pág. 458), el cual garantiza que, pese al defecto, no se vaya a generar como consecuencia de tal eventualidad su exclusión de la raza humana dado que en ella no existe un grupo considerado en su totalidad en donde se carezcan de los atributos que elevan a las personas a la categoría de “seres morales” lo que sí ocurre, según Rawls, con los animales no humanos en los que es imposible encontrar un solo individuo y mucho menos un grupo en el que sus integrantes tengan estas capacidades mínimas requeridas para gozar de dicho estatus.

Pese a ello, el filósofo norteamericano asegura que “la capacidad de sentimientos de placer y de dolor, y de las formas de vida de que son capaces los animales, imponen evidentemente deberes de compasión y de humanidad en su caso” (Rawls, 2010, pág. 463). Sin embargo, dicha postura debe ser del todo reprochada puesto que, aparte de ser inútil a la hora de fundamentar los derechos de los animales, se verifica que la *compasión* es un estado emocional espontáneo que tiene raíces profundas en la formación cultural del hombre y por lo tanto suele originarse en cada persona por motivos distintos dependiendo de su concepción social y moral del mundo, razón por la cual una teoría ética basada en ella no respondería a cuestiones de justicia y de derechos, dado que, aun cuando la reacción química y biológica de los hombres pueda ser la misma, su origen y causas obedecerán a razones totalmente diversas y no susceptibles de control. En consecuencia, apelar a la compasión para limitar o anular el daño que pueda ocasionársele a un animal no racional debe

considerarse una base poco sólida pues tiene orígenes que favorecen el relativismo y no guardan relación con una postura jurídica que pretenda anclarse a la justicia de la cual surjan obligaciones de todos nosotros hacia dichos seres y desde las que puedan interrelacionarse conceptos de culpa, responsabilidad, derechos y deberes.

En el otro extremo de las teorías éticas encontramos un abandono del deontologismo para darle paso al utilitarismo caracterizado, según Martha Nussbaum (Nussbaum, 2017) siguiendo a Sen y Williams, por tres aspectos: (i) el consecuencialismo; (ii) la ordenación por suma de las utilidades; y (iii) una concepción sustantiva del bien. Con relación al primer tópico la dificultad se presenta en el hecho de que mediante el principio regulativo de evaluar todo a través del rasero de las “consecuencias” genera una imparable expansión o maximización del bien total más allá de la justicia básica conllevando tal situación, aunque no se quiera, una imposición generalizada de una visión particular acerca de lo que es correcto o incorrecto en el mundo. Así mismo, en lo relativo a la ordenación por suma de los bienes se evidencia la problemática del sacrificio de unos derechos por otros, según la escala que de acuerdo al baremo de la utilidad se establezca. Como bien se sabe, un pensamiento utilitarista si desea ser coherente consigo mismo, avalaría el extremo sufrimiento de una persona con tal que ello conllevara la satisfacción de los demás seres humanos. Por lo tanto, en lo relativo a los animales no humanos una teoría utilitarista bien puede aceptar la muerte y el maltrato de los mismos si con tal situación se reportan importantes beneficios y placeres para las personas.

Quizás la mayor dificultad del utilitarismo se encuentre en la concepción sustantiva del bien puesto que la comparación de utilidades entre especies es difícil o inclusive imposible de medir. Además, la determinación de las preferencias entre los distintos animales no humanos puede revestir una complejidad y ambigüedad inimaginables, e inclusive la tabla de dichas preferencias llegar a ser alteradas y condicionadas por la intervención artificial de las personas. Son por estas razones, aunadas al hecho de que es imposible hablar de un solo concepto de bienestar animal dada la diversidad de emociones y capacidades que ellos presentan, que el utilitarismo fracasa a la hora de intentar fundamentar éticamente los derechos de los animales.

2. Propuesta de una teoría analítica de las capacidades como fundamento ético de los derechos de los animales no humanos

2.1. Wittgenstein, Dworkin y la ética

El pensamiento de Ludwig Wittgenstein suele clasificarse en dos períodos: uno que puede circunscribirse en el primer Wittgenstein y correspondiente a su obra el

Tractatus logico-philosophicus de 1921 en donde “una proposición es una figura de la realidad” (Wittgenstein, 2011, pág. 147); es decir, en donde “el lenguaje es una representación proyectiva de la realidad” (Reale & Antiseri, 2010, pág. 475); y otro sistematizable en el denominado segundo Wittgenstein al que pertenecería, como obra más acabada de este período, las Investigaciones filosóficas (Parte I 1945, Parte II 1948-1949), siendo posible también incluir sus trabajos preparativos tales como las “Observaciones filosóficas (1929-1930)” (Wittgenstein, 2007) y “Los cuadernos azul y marrón [1933-1935]” (Wittgenstein, 2009), dado que en todos ellos se presenta un cambio de perspectiva orientada a considerar que

El lenguaje funciona en sus usos. No hay que preguntar, pues, por las significaciones; hay que preguntar por los usos. Pero estos usos son múltiples, variados; no hay propiamente el lenguaje, sino lenguajes, y éstos son formas de vida. Lo que llamados ‘lenguaje’ son ‘juegos de lenguaje’. [...] Lo único que hay son ‘similaridades’, ‘aires de familia’ que se combinan, intercambian, entrecruzan. (Ferrater Mora, 2012, pág. 3766).

Sin embargo, entre finales de los años 20 y durante todo 1930, Wittgenstein aún estaba en una fase de transición a su segundo período, por lo que aquella máxima de que “los límites del lenguaje son los límites de mi mundo” (proposición 5.6 del *Tractatus*) poseía todavía en su espíritu una fuerte influencia, siendo dicha época, precisamente, en la que dictaría la *Conferencia sobre ética* en la ciudad de Cambridge a una sociedad conocida con el nombre *The Heretics* y cuyo manuscrito carecía de título por lo que su actual nombre es del todo apócrifo.

En dicha *Conferencia* (Wittgenstein, 2014) sostiene como tesis principal la imposibilidad de la ética como ciencia al evidenciarse que ésta jamás podrá obtener la concepción, el análisis y la estructuración del “bien absoluto” cuya aspiración es el objeto central de dicha disciplina filosófica, por cuanto

A pesar de que se pueda mostrar que todos los juicios de valor relativos son meros enunciados de hechos, ningún enunciado de hecho puede nunca ser ni implicar un juicio de valor absoluto. (Wittgenstein, pág. 141).

Conclusión por lo cierto bastante similar a la que llega Kant en su “Crítica a la razón pura” (Kant, 2013) cuando al desarrollar el capítulo de la dialéctica trascendental determina que la metafísica es imposible como ciencia, puesto que las categorías o conceptos puros tan solo están hechos para ser aplicados a fenómenos y nunca a noúmenos ni objetos trascendentes propios de dicha disciplina.

La forma como llega a construir dicha tesis es la siguiente: inicialmente asume como propia la definición que de ética hace George Moore al considerar que ella se refiere al estudio o investigación general sobre lo que es bueno decidiendo, no obstante, ampliar un tanto ese concepto hacia todo lo que resulta valioso para el

hombre. Luego de esas precisiones, Wittgenstein establece una distinción profunda entre el sentido de las expresiones que sobre el tema suelen utilizar las personas, siendo uno de ellos el sentido trivial o relativo (“Juan es un buen jugador de ajedrez”) atinente al hecho de que será bueno lo que satisfaga un cierto estándar predeterminado, y otro llamado sentido ético (Juan actuó correctamente al no ser infiel) con el que las expresiones buscan elaborar un juicio de valor absoluto. Por lo tanto, la diferencia entre estos dos sentidos de las expresiones sobre lo “bueno” sería que “cada juicio de valor relativo es un mero enunciado de hechos y, por tanto, puede expresarse de tal forma que pierda toda apariencia de juicio de valor” (Wittgenstein, 2014, págs. 140-141)

Partiendo de esas premisas Wittgenstein (Wittgenstein, 2014) explica que ningún enunciado de hecho puede ser o implicar jamás un juicio de valor absoluto, dado que los hechos son simplemente los hechos; es decir, cosas que pasan, que suceden de forma absolutamente avalorada. En tal sentido, lo que no podemos confundir –afirma el filósofo vienes– es que ciertos hechos produzcan en nosotros “dolor o rabia o cualquier otra emoción” (Wittgenstein, 2014, pág. 142), con lo que significa la ética, pues aquello sería la descripción de meros hechos y, se repite, los hechos son situaciones avaloradas que tan solo ocurren y ya. Así, lo bueno y lo malo, parecieran terminar reducidos también a atributos de nuestros estados mentales y no cualidades del mundo externo, pero como todo estado mental es también un hecho susceptible de ser descrito carecerán igualmente de sentido ético. Entonces, como nada de lo que somos capaces de pensar o decir puede ser objeto de la ética al referirse a meros hechos sin valor, la ética termina siendo algo sobrenatural no susceptible del pensamiento científico, que lejos de tratar temáticas metafísicas tienen por objeto el reino de este mundo, lo natural o lo real.

Vemos entonces que:

El bien absoluto, si es un estado de cosas describable, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, realizaría necesariamente o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera (Wittgenstein, 2014, pág. 143)

Por lo tanto, el problema que subyace a todas las expresiones éticas y religiosas es el hecho de que el lenguaje empleado por ellas suele ser metafórico, alegórico o para ser más exactos cargados de la figura literaria conocida como el *símil*.

Pero un símil deber ser símil de algo. Y si puedo describir un hecho mediante un símil, debo ser también capaz de abandonarlo y describir los hechos sin su ayuda. En nuestro caso, tan pronto como intentamos dejar a un lado el símil y enunciar directamente los hechos que están detrás de él, nos encontramos con que no hay tales hechos. Así, aquello que, en un primer momento, pareció ser un símil, se manifiesta ahora como un mero sinsentido (Wittgenstein, 2014, pág. 147)

Esto lleva a Wittgenstein a concluir que los dos grandes problemas de la ética, que imposibilitan su edificación como ciencia o razonamiento medianamente serio, son: primero, el hecho de que los juicios de valor sólo pueden ser relativos y nunca absolutos, refiriéndose ellos en verdad a meros acaecimientos cuya esencialidad es totalmente avalorada; y segundo, que el lenguaje ético, al igual que el religioso, cuando no enuncia hechos sin valor, emplea símiles cuyo objeto de comparación es la nada, algo completamente vacío, en últimas, algo sobrenatural. Es por esto, que el pensamiento ético lo único que busca es “arremeter contra los límites del lenguaje” (Wittgenstein, 2014, pág. 150) lo cual resulta ser perfecta y totalmente desesperanzado.

La ética, en la medida en que surge del deseo de decir algo sobre el sentido último de la vida, sobre lo absolutamente bueno, lo absolutamente valioso, no puede ser una ciencia. Lo que dice la ética no añade nada, en ningún sentido, a nuestro conocimiento (Wittgenstein, 2014, pág. 150)

En lo atinente al valor que para nuestra teoría puede revestir la Conferencia sobre ética reseñada, vemos que resulta fundamental puesto que a partir de ella es posible adquirir una comprensión cabal de una de las perspectivas éticas más importantes; el escepticismo moral, la cual ha sido una de las bases más sólidas del positivismo jurídico, brindándonos la misma una justificación metateórica para sustentar la separación entre el derecho y la moral, siendo ella la inexistencia de la última. Sin embargo, es importante señalar que el positivismo jurídico de Hart, por ejemplo, no bebe del primer Wittgenstein al cual pertenecería la “Conferencia sobre ética” (Wittgenstein, 2014) sino del segundo Wittgenstein y cuya línea teórica anglosajona posee como conspicuo representante al profesor J.L. Austin quien sí resultaría ser una fuerte influencia del teórico del derecho inglés.

Dichos planteamientos serían además verificables en el hecho de que a las mismas conclusiones han llegado la psicología evolutiva, las neurociencias, la filosofía nihilista y el existencialismo agnóstico. Por ejemplo, en el ámbito de la psicología evolutiva (De Waal, 2006), vemos que la construcción de cánones éticos universales es un imposible y que el origen de muchos de los conceptos de bondad ha obedecido al hecho de que cuando los homínidos íbamos evolucionando nos percatamos de que la separación y exclusión generaba emociones negativas de malestar y dolor, y que la supervivencia se facilitaba en grupos grandes y no como individuos aislados, pero que para su mantenimiento era necesario evitar ciertos comportamientos que conllevaran a esa exclusión y disgregación del grupo. Así fue como los cerebros evolucionaron para evitar el dolor y aumentar el placer conformando circuitos y redes neuronales que permitieran conductas adaptables a los cánones normativos de una cultura determinada desde los cuales se obtuviera la mayor satisfacción.

También en las neurociencias¹ se ha concluido que “hasta ahora ninguno de los estudios realizados señala un ‘órgano moral’ exclusivamente dedicado a esa tarea” (García García, 2014, pág. 70), descartándose la posibilidad de existencia de una parte nuestra, ubicable en todos los seres humanos, desde la cual se generen los juicios morales y por lo tanto desde donde pueda ser posible la configuración o al menos comprensión de una bien absoluto o de algo absolutamente bueno. Contrario entonces a la ilusión kantiana que pretendió edificar un sistema moral perfecto y universalista, con su imperativo categórico, en el que se hallare ausente la emoción a la que tanta valía le dio David Hume, se ha concluido por parte de los neurocientíficos que “si no hay emoción no hay tensión moral” (García García, 2014, pág. 70) y que en los escáneres cerebrales los únicos “hechos” evidenciables en todo dilema moral es la activación de zonas dedicadas neurobiológicamente a controlar y desencadenar nuestras emociones más básicas.

Ya en el campo de la filosofía nihilista, por solo tomar un ejemplo que nos permita regresar históricamente un poco, Nietzsche (Nietzsche, 2010) se muestra en su “Genealogía de la moral” como un preclaro ejemplo de la farsa que ha constituido siempre la bandera de la moral y la ética, puesto que todo aquello que hemos considerado como absoluto no ha sido más que un montaje edificado en la mentira de la historia que los poderosos han querido ofrecer. De esta manera, según el filósofo alemán:

Fueron los judíos quienes se atrevieron a invertir, con un terrorífico rigor lógico, la ecuación aristocrática de los valores (bueno = noble = poderoso = bello = feliz = amado por los dioses) y la retuvieron aferrada entre los colmillos del odio más abismal: ‘¡sólo son bueno los miserables, los pobres, los impotentes, los bajos; los que sufren, los que pasan penurias, los enfermos, los feos son los únicos piadosos, los únicos bienaventurados, sólo para ellos hay bienaventuranza; en cambio, vosotros, vosotros los nobles y violentos, sois por toda la eternidad los malvados, los crueles, los lascivos, los insaciables, los impíos, y seréis también eternamente, los desdichados, malditos y condenados!’ (Nietzsche, 2010, pág. 75).

Todas estas consideraciones, empero, no implican el final de un razonamiento moral sino más bien el comienzo de una ética por consenso, la cual sería más honesta y menos quimérica que lo pretendido por Kant. Una ética que esgrima como premisa la tesis de la independencia del valor de la cual, muy posiblemente, no desdeñaría Wittgenstein, si la conociera y que sería compatible con su visión del

¹ Un rápido balance sobre el tema se encuentra en: (Álvaro González, 2014).

lenguaje como un instrumento que dependiendo del uso que se le otorgue es capaz de constituir diversos mundos en donde un concepto de verdad solo tiene sentido intrasistemáticamente, sin que ello impida la construcción de axiomas mediante la comunicación de los distintos mundos.

De esta manera, lo expuesto no constituye ni una reivindicación de la falacia naturalista ni tampoco una visión desencantada de la ética, sino más bien una centralización del problema en el verdadero terreno en donde debe moverse la filosofía moral con la que se intentará fundamentar los derechos de los animales. Así pues, uno de **nuestros argumentos centrales** es el siguiente: los hechos carecen de valor en sí mismos, por lo tanto, no se debe buscar en ellos la validación o la tablatura de verdad de la moral (como hace el utilitarismo al evaluar todo mediante las consecuencias de cada acto). Pero tampoco, puede partir de premisas abstractas y supuestos solipsistas de estricta racionalidad humana que tome como modelo único al hombre cual, si todavía nos creyéramos los reyes del universo dado que como bien dijo Nietzsche pensar algo así es mera *arrogancia vacía*. En consecuencia, **es posible el diálogo entre hechos y valores morales mas no bajo una mecánica de validación sino de inspiración para la axiomatización racional de la ética, cuyas tesis centrales permitan generar un entramado sistémico que partiendo de la unidad e independencia del valor se construyan conceptos morales básicos en donde los juicios morales constituyan la interpretación de aquellos “a fin de ver si encajan con las que consideramos las mejores concepciones de otros conceptos y son respaldadas por ellas”** (Dworkin, 2014, pág. 28). Es justo allí en donde podrán las capacidades de los animales (el hecho) inspirar los axiomas morales que busquen la maximización de estas para su florecimiento (el valor). No obstante, para despegar cualquier posible malentendido acerca de nuestra tesis sobre el tema es importante dejar en claro que esto no implica una vulneración del principio de Hume y que consideramos que sus rígidas consecuencias tradicionales, a la luz de los argumentos actuales, han dejado de tener el efecto que en el pasado tenía.

En ese orden de ideas, es importante recordar que la falacia naturalista o el principio de Hume en la filosofía analítica y de la mente contemporáneas, respecto de la dicotomía hecho/valor, ser/deber ser, definitivamente se ha desplomado, como nos lo dice Hilary Putnam, o, en palabras de Searle, se ha convertido en una teoría insuficiente para explicar correctamente las diversas realidades del ser humano en las que dichos conceptos se encuentran en constante convergencia como lo sería el caso de los hechos institucionales que ahora explicaré. En relación con Putnam (2004) su análisis se concreta en plantear que gran parte

de nuestro vocabulario encargado de describir hechos se encuentra imbricado de usos normativos éticos, morales, jurídicos, estéticos y demás. Por ejemplo: la palabra “cruel” tiene usos² diversos de uno y otro lado, pudiendo ser empleado normativamente para emitir un juicio moral que califique a una persona (vgr. Él es una persona cruel) o de manera puramente descriptiva como cuando un historiador asegura que un rey o emperador determinado fue excepcionalmente cruel o que sus crueldades causaron gran cantidad de revoluciones.

<<Cruel>> simplemente ignora la presunta dicotomía hecho/valor y se permite el lujo de ser empleado unas veces para propósitos normativos y otras como término descriptivo (de hecho, lo mismo ocurre con el término ‘crimen’). En la literatura filosófica, tales conceptos son llamados a menudo <<conceptos éticos densos>> (Putnam, 2004, pág. 50).

Esto le permite concluir a lo largo del texto que la dicotomía hecho/valor, entendida como contraposición e imposibilidad de derivación de un “deber ser” a partir de un “ser”, no es absoluta aunque sí muy cuestionable pues su origen histórico y conceptual proviene de “una empobrecida concepción empirista (y más tarde en una igualmente empobrecida concepción lógico-positivista) de los hechos” (Putnam, 2004, pág. 63), debiéndose reconocer que “hechos y valores están <<imbricados>> hasta la médula” por lo que es necesario aceptar, si no el completo derrumbamiento de esos mundos y la posibilidad de derivar lo que debe ser de lo que es, al menos sí la porosidad de esas dos realidades, dada la evidente comunicación e implicaciones que existen entre lo normativo y lo empírico.

En cuanto a las razones que John Searle (Sarle, 2009) esgrime para considerar incorrecta la falacia naturalista, tendríamos que son las siguientes: es posible derivar el “deber ser” a partir del “ser” puesto que existen múltiples contraejemplos del lenguaje en donde se evidencia sin lugar a dudas que ello es así. De esta manera, como prototipo de lo dicho, tendríamos la falsa dicotomía de enunciados descriptivos utilizados para comunicar lo que “es” versus los enunciados evaluativos empleados para expresar el “deber ser” pues pese a que los defensores del principio de Hume niegan cualquier confusión entre uno y otro se tiene que al proclamar un argumento como válido lo estamos necesariamente evaluando, “y sin embargo

² “Recuérdese que la filosofía analítica a la que nos referimos proviene del segundo Wittgenstein quien en sus Investigaciones filosóficas [Parte I 1945, Parte II 1948-1949] y sus trabajos preparativos tales como las Observaciones filosóficas [1929-1930] y Los cuadernos azul y marrón [1933-1935], planteó que el lenguaje funciona en sus usos. No hay que preguntar, pues, por las significaciones; hay que preguntar por los usos. Pero estos usos son múltiples, variados; no hay propiamente el lenguaje, sino lenguajes, y éstos son formas de vida. Lo que llamados ‘lenguaje’ son ‘juegos de lenguaje’. [...] Lo único que hay son ‘similaridades’, ‘aires de familia’ que se combinan, intercambian, entrecruzan.” (Ferrater, 2012).

el enunciado de que es válido se sigue de ciertos enunciados ‘descriptivos sobre él. Las nociones mismas de lo que es ser un argumento válido, un argumento sólido, o un buen razonamiento, son evaluativas en el sentido relevante porque, por ejemplo, incluyen las nociones de lo que está justificado o se tiene derecho a concluir, dadas ciertas premisas.’ (Sarle, 2009, pág. 178). Así las cosas, veríamos que como la evaluación de validez de un argumento (su debe ser) depende de una comprobación fáctica del mismo (es decir, de su ser) resultaría viable asegurar que en estos casos un “deber ser” proviene de un “es”, deduciéndose de ello que la famosa falacia naturalista posee al menos un bache, una excepción significativa o inclusive la ausencia del fundamento necesario para seguir siendo considerada como correcta.

El otro argumento de Searle consiste en mostrar que partiendo de hechos brutos (acontecimientos físicos no contruidos socialmente), como por ejemplo el hecho de que una persona emita un conjunto de palabras que podrían ser “por medio de la presente prometo pagarte a ti, Pérez, veinte duros” (Sarle, 2009, pág. 180), es posible derivar un debe ser cuando se invocan hechos institucionales como en este caso sería la promesa, ya que mediante ella se generó una obligación; un deberá pagar lo prometido. Pero todo lo anterior tuvo sentido, explica Searle, gracias a la existencia de una regla constitutiva; es decir, de aquella que no regula simplemente un comportamiento, sino que crea o define nuevas formas de conducta consistente en que “hacer una promesa es asumir una obligación, y esta regla es una regla de significado de la palabra ‘descriptiva’ <<promesa>>. (...)” (Sarle, 2009, pág. 180), por lo cual:

1. “La representación clásica no logra dar cuenta de los hechos institucionales.
2. Los hechos institucionales existen dentro de sistemas de reglas constitutivas.
3. Algunos sistemas de reglas constitutivas incluyen obligaciones, compromisos y responsabilidades.
4. Dentro de algunos de esos sistemas podemos derivar ‘debe’ a partir de ‘es’, siguiendo el modelo de la primera derivación.” (Sarle, 2009, pág. 189).

Todo lo expuesto nos muestra que los últimos avances de la filosofía contemporánea han puesto en duda la fuerte dicotomía y separación que existía entre el “deber ser” y el “es” admitiéndose en general una porosidad del muro que los aislaba, permitiendo en consecuencia una comunicación armónica e inclusive la mutua derivación de uno u otro concepto.

La perspectiva de Wittgenstein nos permite jugar con el intercambio de hechos y valores sin cometer el yerro de pensar que tal diálogo mutuo implique un ejercicio de veritación de premisas morales y validación de las mismas. El mundo fuera de mí nunca será el cuadro que pinte en el blanco lienzo, pero sí me habrá inspirado para su realización. De igual forma, las capacidades centrales que pueda tener un animal podrán inspirarme la fundamentación de un axioma moral incluyente de nuestros amigos irracionales y ya una vez elaborado el cuadro podré compararlo con los demás axiomas morales, deducir de allí reglas y examinar todas las premisas y normas que se refieran a ellas con base en los principios fundamentales de justicia que inicialmente haya edificado.

En consecuencia, nunca podré decir que causarle la muerte a un perro o a un ser humano sea malo porque exista algo fuera de mí que así lo indique. Pero ello no significa, que no pueda tomar tales hechos como un punto de referencia para construir un axioma ético central según el cual sea malo todo aquello que impida continuar la vida de un ser animado y que dicha perspectiva la fundamente en el hecho de que tal frustración definitiva impide realizar la categoría mental de la finalidad aristotélica “abstraída” y “generalizada” por mi cerebro al observar en el mundo que las cosas nacen y desean seguir vivas.

Con todo lo dicho se busca clarificar que la postura de Martha Nussbaum debe ser entendida como la axiomatización de la moral a partir de unas premisas básicas obtenidas de un hecho avalorado al que se le decidió dar racionalmente valor (pero no porque lo tuviera en sí mismo): estamos hablando del florecimiento de los seres a partir de la permisión de sus capacidades centrales. Ahora bien, luego de obtenida la regla general y los axiomas principales podrá utilizarse la tesis de Dworkin para decir con él que la moral una vez construida de la manera en que aquí se propone “es un dominio independiente del pensamiento” (Dworkin, 2014, pág. 129). En otras palabras: “debemos construir una estructura más amplia de diferentes tipos de valor en a que encaje una concepción de racionalidad: una estructura que justifique una concepción o comprensión específicas de lo que es tener una razón” (Dworkin, 2014, pág. 73).

Gracias a ello es posible alcanzar una fundamentación ética que permita la “responsabilidad moral”, porque todos nosotros “somos moralmente responsables en la medida en que nuestras diversas interpretaciones concretas alcanzan una integridad global, de manera que cada una respalda a las demás en una red de valor a la que prestamos una adhesión auténtica” (Dworkin, 2014, pág. 132).

2.2. La teoría de las capacidades de Nussbaum

Los argumentos expuestos líneas atrás buscaron dar un fundamento al por qué la teoría de las capacidades no implicaba un sin sentido de acuerdo con la perspectiva de Wittgenstein, sino el *uso* diversificado de los “hechos” representados en las capacidades a las cuales aludiremos a continuación que sirven de inspiración para la construcción de los axiomas morales incluyentes de los animales, lo cual a su vez requirió de Dworkin para lograr explicar sobre qué parámetros podría enjuiciarse la verdad moral de un acontecimiento. Ya superada dicha perspectiva, nos resta para concluir el presente acápite explicar los axiomas que servirán como fundamento ético para proponer una serie de derechos a los animales.

Así las cosas, el axioma de Nussbaum (Nussbaum, 2017) es el siguiente: cuando se considera que una capacidad es central o imprescindible para que una vida se desarrolle sin obstáculos o con muy pocos de ellos, existe un motivo moral para (i) promover su florecimiento y (ii) eliminar todos aquellos obstáculos que dificulten su evolución. Este axioma se inspira en la admiración que produce el ver florecer y desarrollar un animal no humano llegando a la conclusión de que sobre dicha base será bueno que ese ser persista y siga floreciendo como “la clase de cosa que podría ser”, considerándose a su vez indebido todo acto que bloquee el florecimiento de dicho individuo.

En cuanto a los animales en vía de extinción, el cuidado en ellos no se produce para garantizar futuros seres, dado que el *deber ético* surge es para mantener el *modus vivendi* de quienes ya existen, razón por la cual tampoco sería plausible graduar los derechos de los animales utilizando como regla general una norma obtenida a partir de la “supuesta” naturaleza u onticidad que se derivara del mero hecho de pertenecer a una determinada especie considera *ex ante* como superior. En consecuencia, como dice Nussbaum (Nussbaum, 2017), matar un mosquito no es algo que pueda considerarse moralmente irrelevante porque éste, al parecer, no sienta dolor, tanto que “la sensibilidad no es lo único que importa para la justicia básica” (Nussbaum, 2017, pág. 356), sino que la clave de la moralidad se encuentra fundamentalmente en lo siguiente: “si una criatura tiene o bien la capacidad de sentir placer y dolor, o bien la capacidad de moverse de un lugar a otro, o bien la capacidad de emoción y afiliación, o bien la capacidad de raciocinio, etc. (podríamos añadir las de jugar, usar herramientas y otra), entonces posee una posición moral.” (Nussbaum, 2017, pág. 357).

Lo anterior pone, sin embargo, en juego el siguiente cuestionamiento: ¿qué debemos hacer con aquellos animales que cazan a otros y, por lo tanto, impiden el florecimiento de ellos? En principio, no tenemos deberes positivos sino tan solo negativos que nos impide truncar el florecimiento de los animales. Empero, si se

trata de animales domésticos se tiene que, como ellos hacen parte del esbozo del mundo que he realizado me surgirán deberes positivos por la injerencia efectuada en cuya virtud me habré convertido en un garante del florecimiento de sus capacidades hasta el umbral mínimo necesario para su desarrollo.

Por lo tanto, se podrían sintetizar los argumentos de la siguiente manera:

Argumento de justicia:

- (i) Justo es dar a cada quien lo que es debido.
- (ii) Es debido permitir el florecimiento de los seres vivos.
- (iii) Por lo tanto, será injusto impedir el florecimiento de los seres vivos.

Argumento de la responsabilidad:

- (i) Solo se es responsable del incumplimiento de deberes.
- (ii) Impedir el florecimiento de un ser vivo implica incumplir un deber de justicia.
- (iii) Por lo tanto, somos responsables de impedir o lograr el florecimiento de los seres vivos.

Argumento del estatus moral:

- (i) Es un sujeto moral todo ser vivo que tenga una capacidad cuya realización le permita florecer.
- (ii) Los animales no humanos tienen distintas capacidades cuya realización les permite florecer de diversas formas.
- (iii) Por lo tanto, los animales no humanos son sujetos morales.

Argumento fundacional de los derechos:

- (i) Son sujetos de derechos todos aquellos seres que tengan estatus moral.
- (ii) Los animales no humanos tienen estatus moral.
- (iii) Por lo tanto, los animales no humanos son sujetos de derechos.

Gráfica No. 1. Argumentos éticos que fundamenta los derechos de los animales.

Fuente: Los autores.

Con base en dichos argumentos, se intentará mostrar que, aun cuando sea posible edificar una sólida teoría moral a partir del cual se amplíe el catálogo de bienes jurídicos en donde se incluya la protección del *florecimiento animal*, hoy en día tal postura no encuentra respaldo constitucional y que, por ende, la *criminalización* realizada del maltrato animal mediante la Ley 1774 de 2016 resulta ser inconstitucional por vulneración del principio básico de proporcionalidad.

3. Análisis de proporcionalidad de la Ley 1774 de 2016

Tanto la facultad de elaborar un Código Penal o Derecho positivo en dicha materia (*ius puniendi*), como la construcción de un “sistema” por parte de la Dogmática Jurídico-Penal se encuentran claramente *limitadas* y condicionadas desde diversos ángulos, y esos *límites* son, sin lugar a dudas, los “principios constitucionales” o “principios rectores” del Derecho Penal. Desde la teoría jurídica los *principios* son un tipo de *normas* que existen en cualquier orden constitucional junto con las reglas y los valores jurídicos, teniendo ellos funcionamientos y estructuras totalmente diversas. Los principios, para nuestro caso, son entendidos por la doctrina mayoritaria acogida en Latinoamérica y de origen germánico como “mandatos de optimización”; esto es, como “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2003, pág. 95). Así mismo, es usual que los “principios rectores”, ubicados en la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad, sea recogidos, positivizados y desarrollados mediante los primeros artículos de los códigos penales a través de la fórmula legislativa de “normas rectoras”.

Aun cuando son muchos los principios materiales limitadores del *ius puniendi* que existen tanto en la doctrina científica como constitucional y jurisprudencial tan solo enunciaremos brevemente 9 de ellos, agrupados de tal manera que den respuesta a los siguientes interrogantes:

a) En cuanto al delito

a.a.) ¿Qué se debe y qué se puede prohibir?

Las conductas que lesionen o pongan en peligro efectivo bienes jurídicamente tutelados [El fundamento son tres principios: (i) el principio del *acto o derecho penal de acto* –como parte integrante del principio de culpabilidad–; (ii) el principio de *lesividad*; y (iii) el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*]

b.b.) ¿Cómo se debe prohibir?

Exclusivamente mediante leyes de cuya existencia previa dependerá también la existencia del delito y en las cuales habrá de definirse de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de lo que se considera prohibido [El fundamento son dos principios: (i) el principio de *legalidad en sentido formal*; y (ii) el principio de *legalidad en sentido material o taxatividad*].

c.c.) ¿A quién se debe prohibir?

Solo a quienes pudiendo dominar el hecho, siendo imputables, pudiendo actuar de otro modo y con perfecta consciencia de lo ilícito hayan decidido actuar de manera contraria a derecho [El fundamento de ello es el principio de *culpabilidad*]

d.d.) ¿Cuándo se debe prohibir?

Lo menos posible y únicamente cuando las otras ramas del Derecho hayan fracasado en la evitación de lesiones a bienes jurídicos, siempre y cuando se trate de conductas que laceren bienes jurídicos de la forma más grave [El fundamento de ello es el principio de *intervención mínima* o *subsidiariedad* que a su vez se divide en dos subprincipios: (i) *ultima ratio*; y (ii) *fragmentariedad*].

b) En cuanto a la *pena*

a.a.) ¿Cómo se debe sancionar?

De manera humanitaria, sin consagrar sanciones que denigren o busquen rebajar el estatus que tenemos por el sólo hecho de ser humanos, estipulando consecuencias jurídicas por el delito que sean proporcionales al daño causado y el nivel de participación en el mismo [Se fundamenta en los principios de: (i) *dignidad humana*; y (ii) *proporcionalidad*]

b.b.) ¿Con qué finalidad se debe sancionar?

De manera distinta para imputables e inimputables, teniendo como finalidad primordial para los primeros la resocialización; y la curación y protección como objetivos principales para los segundos [Se fundamenta en el principio de *teleología de las sanciones penales*]

Así mismo, se ha entendido que el *principio de proporcionalidad* opera no solamente a nivel punitivo, sino que además dinamiza el resto de principios de la siguiente manera: un proceso de *criminalización* (primaria, secundaria o terciaria) será constitucional cuando (i) proteja un fin constitucionalmente legítimo; (ii) tenga la idoneidad para lograr dicho fin; (iii) no existan medios jurídicos o fácticos menos lesivos para la libertad y demás derechos fundamentales de las personas; y (iv) permita la obtención de más beneficios que sacrificios, esto es, que sea proporcional en sentido estricto.

Lo anterior, llevado al plano exclusivamente de la *criminalización primaria* que es la que nos interesa, implica satisfacer los siguientes estadios argumentativos constitucionales:

(i) Verificar que se logre como *finalidad legítima*, mediante la criminalización realizada, la protección de algún bien jurídico concreto, razón por la cual éste primer nivel habrá de lograrse únicamente con el cumplimiento irrestricto del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*.

(ii) Se tendrá que analizar si la conversión de la conducta en delito logra materializar los contenidos mínimos de racionalidad punitiva derivados del *principio de teleología de las sanciones penales*; esto es, si resulta *idónea* para cumplir con los fines de las penas establecidos por nuestro ordenamiento jurídico penal.

(iii) De igual manera, se hará indispensable verificar que dicho acto de criminalización se realizó ante el fracaso comprobado de las demás ramas del Derecho Público y Privado existentes (*principio de subsidiariedad como ultima ratio*) y que, por ende, era *necesario* acudir al Derecho Penal ante la inexistencia de otra alternativa menos lesiva para los derechos fundamentales de las personas.

(iv) Por último, la edificación del maltrato y muerte del animal no humano como delito, tendrá que reportar desde el punto de vista constitucional más beneficios que sacrificios para lo cual se habrá de verificar la *coherencia normativa* del precepto creado con la totalidad de la dogmática jurídico penal y la ponderación de derechos humanos y animales para verificar si la intervención del derecho penal resulta en verdad razonable o desproporcionada.

3.1. Análisis del cumplimiento de la *finalidad legítima* como primer nivel de proporcionalidad (o *razonabilidad*).

Si se asume como válida³ la *Teoría del Bien Jurídico*, debe comenzarse por definir éste a partir de dos enfoques, según Santiago Mir Puig (Mir Puig, 2012):

³ Muchas han sido las críticas realizadas al bien jurídico entre las cuales destacamos: 1) No se tiene un concepto unánime y completamente satisfactorio de "bien jurídico" lo que desemboca en cierto relativismo valorativo que llega a ser perjudicial. 2) Esta teoría no logra explicar satisfactoriamente el fundamento de la penalización de los delitos de peligro abstracto. 3) Su función crítica no sirvió para nada en el régimen nacionalsocialista ni impidió que se crearan delitos que no protegían bienes jurídicos. 4) No se requiere siempre proteger bienes jurídicos para que el Derecho Penal edifique un orden legítimo. Tan solo basta con que se necesiten proteger meros intereses sociales, como en el caso del maltrato animal. 5) El catálogo de bienes jurídicos es impreciso y absolutamente variable, pudiendo desembocar en consecuencia en la arbitrariedad y una flagrante violación del principio democrático. 6) Las variaciones del concepto de bien

a) uno de carácter político-criminal (o *lege ferenda*) cuya premisa establece que lo único que puede proteger el Derecho Penal son bienes jurídicos y no simples inmoralidades, convirtiéndose de esta manera dicho concepto un modelo normativo útil para la crítica legislativa. Y b) analizándolo como un concepto de tipo dogmático (o *lege data*) mediante el cual es precisado el objeto de tutela o protección de la norma penal, empleándose dicho principio como un criterio teleológico desde el cual habrán de interpretarse siempre los tipos penales y su alcance. Así las cosas, desde la visión político-criminal enunciada un “bien jurídico” sería *toda* realidad empírica o institucional de carácter objetiva, valiosa en sí misma, y que es protegida por el orden jurídico al ser necesaria para viabilizar el desarrollo armónico de los seres vivientes⁴. En consecuencia, si analizamos los bienes jurídicos usualmente protegidos veremos que todos ellos poseen una “existencia efectiva” y no meramente ficcional, razón por la cual se ha decidido enmarcar a los mismos como *realidades objetivas* (es

jurídico y del catálogo del mismo son inconsistentes. Ello hace que además se abra una amplia puerta para preferencias subjetivas e idiosincrasias. 7) Carece en sí mismo de algún tipo de poder analítico a partir del cual puedan clasificarse los delitos o sea posible desarrollar la teoría del delito. 8) No otorga un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes jurídicos se protegen. Sin embargo, todas estas críticas pueden decirse que de cierta manera han sido superadas por un concepto de *bien jurídico* que se equipara con los *derechos humanos*, los *derechos fundamentales* y los *principios y valores constitucionales o convencionales básicos*, dado que de esta manera ya existiría plena certeza en el catálogo de dichos bienes jurídicos y su elección no sería para nada arbitraria puesto que el fundamento de su escogencia estaría anclado al principio democrático. Así mismo, carecería de peso la tesis de que el bien jurídico no brinda un parámetro normativo para decidir qué derechos –entre tantos– se deben proteger, porque obviamente esa no es la función de dicho constructo lingüístico sino el de los demás principios constitucionales, tales como la *última ratio*, la *fragmentariedad* y el de *lesividad*. Con el bien jurídico lo que se hace es establecer un marco o límite claro respecto a qué se puede proteger y qué no. Con posterioridad a ello y luego de levantar las fronteras de lo que se puede criminalizar habrá ahora sí que reducir aún más ese límite previo, pero para ello se acudirá a los otros principios constitucionales y no a éste.

⁴ Proponemos la definición transcrita, pero lo cierto es que muchos han sido los conceptos de bien jurídico elaborados por la doctrina, entre las que cabe destacar las siguientes: a) Síntesis ideológica entre el tipo y la cosa (Mezger, 2004, pág. 107); b) Realidad o fin útil para el desarrollo del individuo en el marco de un sistema social global (Roxin, 1997, pág. 56); c) Disponibilidad del titular frente al objeto (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2000, pág. 466); d) Realidad social concreta (Bustos & Hormazábal, 2004, pág. 32); Condición de la vida social que afecta la posibilidad de participación del individuo (Mir Puig, 2011, pág. 121); f) Un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad (Jescheck & Weigend, 2014, pág. 274); g) Es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico (Gimbernat Ordeig, 2016, pág. 15); h) El bien jurídico serían determinados contenidos axiológicos donados por las doctrinas de la persona y de la democracia liberal. En su máxima generalidad, el bien jurídico penal no es un bien cualquiera sino un bien del Derecho, esto es, un bien del ‘derecho justo’, llamando tal al que pretende la progresiva realización de un ‘orden justo’ en una democracia participativa que se funda en la dignidad, libertad e igualdad de todas las personas y en la indisponibilidad –por cualquier medio o procedimiento– de sus derechos esenciales (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 269).

decir, como situaciones o acaecimientos que no dependen de la perspectiva aislada del sujeto). Sin embargo, tales bienes no son únicamente realidades empíricas, fácticas u ontológicas –como la vida o la integridad personal– sino que también lo constituyen el conjunto de hechos jurídicos, culturales, económicos o políticos socialmente contruidos, que existen a “merced del acuerdo humano” (Searl, 1997, pág. 21) –como por ejemplo el orden económico y social–. De igual manera, ellos se rotulan bajo la etiqueta de “bienes” por considerarse que tienen un “valor” proveniente de dos caminos o vías: *primero*, la estima social generalizada que con el paso del tiempo los ha hecho valiosos en sí mismos; y *segundo*, la inexcusable necesidad de su materialización para que sea posible el desarrollo armónico de las personas. Finalmente, la definición proyecta el carácter de “jurídico” en el hecho de que tales realidades han sido positivizadas como finalidades o circunstancias deseables protegidas a nivel de Cartas Políticas y Tratados Internacionales.

Ahora bien, ya desde el punto de vista dogmático-constitucional y como límite superior del *ius puniendi*, el bien jurídico debe concebirse como un *principio* conforme al cual el Derecho Penal al prohibir determinadas conductas asignándoles como consecuencias jurídicas penas y medidas de seguridad no podrá jamás convertir en delito (esto es, criminalizar) ni permitir que se sancione por parte de la función jurisdiccional algún comportamiento con el cual no se esté protegiendo un bien jurídicamente tutelado por la Constitución Política, el Bloque de Constitucionalidad o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, ¿qué consecuencias traería consigo la aplicación de este principio? Básicamente las siguientes:

(i) La exclusión de las simples inmoralidades como objeto de protección jurídica por parte del Derecho Penal, significando ello que el Estado no podría convertir en delito aquellos comportamientos que tan solo constituyeran meras inmoralidades, por el solo hecho de serlas o por resultar odiosas para un sector determinado de la sociedad.

(ii) Se haría necesario diferenciar entre *delitos* y *contravenciones* basados en el hecho de que los primeros protegerían bienes jurídicos de algún tipo, mientras que las segundas tan solo constituirían normas elaboradas “al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar” concretándose ellas en “desobediencias éticamente incoloras (...)” (Roxin, 1997, pág. 53). Todo esto no significa empero, que una contravención no pueda en un momento determinado y de manera casual mas no teleológica llegar a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente tutelado, sin que ello implique que su edificación haya obedecido a tal finalidad.

(iii) Se imposibilitaría la tipificación o criminalización de conductas que no protegieran nada; esto es, que fueran arbitrarias, puesto que ellas violarían el principio constitucional de “*exclusiva protección de bienes jurídicos*”.

Le quedaría vedado al legislador proteger mediante normas penales las ideologías, los pareceres, las opiniones mediáticas o las perspectivas políticas puesto que todas ellas no constituirían ningún tipo de bien jurídicamente tutelado⁵.

Por supuesto es claro que, en su pureza teórica, el *Bien Jurídico* no es un principio constitucional, ni una norma legal o convencional, no pudiendo equipararse tampoco el catálogo de los “bienes jurídicos” con el de los “derechos humanos” o con el de los “derechos fundamentales”. Por lo tanto, afirmar que los *bienes jurídicos* son todas las *prerrogativas constitucionales de carácter fundamental* que provienen en la Constitución Política es sencillamente cometer una grave imprecisión, propia del desconocimiento de dicha teoría, salvo que cuando se hable de *Bien Jurídico* –como aquí se hace– nos refiramos a una *realidad objetiva* protegida constitucional y convencionalmente, no equiparable sinonímicamente con la disposiciones jurídicas en sí mismas sino con lo que protegen.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, en el mundo de la *Teoría del bien jurídico* existen nuevas tendencias que buscan acercar el concepto de *bien jurídico* con el de los Derechos Fundamentales y los últimos desarrollos del neoconstitucionalismo⁶.

⁵ El profesor Roxin dada la tajante separación que establece entre *bien jurídico* y *derechos humanos* obtiene como límites para el legislador los siguientes [que desde la perspectiva colombiana no pueden ser compartidos en su totalidad]: (i) son ilegítimas aquellas normas penales que vienen motivadas exclusivamente por la ideología o que atentan exclusivamente derechos humanos o derechos fundamentales; (ii) la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico –Vgr. el caso de consumo personal de drogas–; (iii) la simple ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal; (iv) la lesión de la propia dignidad no implica la laceración de un bien jurídico –por ejemplo, el caso de la modificación artificial de la información genética–; (v) la protección de sentimientos sólo puede considerarse que protege bienes jurídicos si tutela sentimientos de inseguridad; (vi) ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de la pena; (vii) las leyes penales simbólicas no son útiles ni protegen bienes jurídicos de ninguna clase –Vgr. el delito del negacionismo del holocausto nazi–; (viii) los simples tabúes no son bienes jurídicos y por lo tanto no deben ser protegidos por el Derecho Penal –Ej: el incesto–; y (ix) tampoco pueden reconocerse como bienes jurídicos los objetos de abstracción inaprensible –por ejemplo, el delito de desprecio de las creencias que se tipificó por perturbar la paz pública–. Ver: *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* En: (Hefendehl, Von Hirsch, & Wohlers, 2016, pág. 443).

⁶ Otros buscan en cambio su completo reemplazo. Por ejemplo, algún sector doctrinal plantea que los límites del derecho penal se encuentran, no en la teoría del bien jurídico, sino en el principio de proporcionalidad. En consecuencia, es posible afirmar que un legislador jamás podrá edificar como delito una conducta a través de la conminación legal, si dicha ley es desproporcionada. Al respecto ver: Buchard, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “derecho penal constitucional” o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. En: (Ambos & Böhm, 2012, pág. 41). Puntualmente él manifiesta lo siguiente: “el esquema de examen del TCFA analíticamente tiene más potencia que el concepto del bien jurídico; en

Sobre estas nuevas vertientes de la *Teoría del bien jurídico* el doctrinante Winfried Hassemer (Hassemer, 2007) afirma que existe:

Una tendencia tan acertada como prometedora cual es el reciente desarrollo de una conexión entre la tradición teórica penal y la jurídico-constitucional; vinculación que en verdad se ha producido demasiado tarde, que estaba pendiente hace tiempo. Estoy pensando sobre todo en los trabajos especializados de Lagodny, Stächelin y Apel que pretenden acercar los Derechos penal y constitucional, haciéndolos mutuamente fructíferos; lo que en buena parte consiguen (Hassemer, 2007, pág. 95).

Pese a ello, subraya a renglón seguido que “la tradición de los derechos fundamentales –por su carácter reciente y actual– está menos elaborada teóricamente que las tradiciones penales” (Hassemer, 2007, pág. 95). En consecuencia, las nuevas tendencias hablan de alimentación recíproca y no de equiparación de contenidos, situación distinta a la ocurrida en nuestras latitudes.

Sobre este punto, en el Derecho español el profesor Francisco Muñoz Conde (Muñoz Conde, 2011) realiza la siguiente precisión:

particular, el criterio de la proporcionalidad establece una conexión directa con la doctrina de los fines de la sanción (en alemán: *Strafzwecklehre*), la cual falta en la teoría del bien jurídico. El esquema de examen del Tribunal Constitucional también es más analítico y, por tanto, continuo, debido a que revela los problemas fundamentales del derecho penal de nuestros tiempos, siendo éstos la polivalencia del derecho penal y las ambigüedades de las sanciones penales”.

Sin embargo, ¿Es incompatible entonces el principio de proporcionalidad con la teoría del bien jurídico? Sí, pero únicamente con los conceptos que la teoría tradicional del bien jurídico ha construido, puesto que ella posee un trasfondo iusnaturalista que sería totalmente opuesta con la visión neo-positivista del derecho constitucional y el principio de proporcionalidad. Sin embargo, en Colombia el uso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos entendidos como realidades objetivas equiparables a Derechos Fundamentales y Humanos, constitucionales y convencionales, no sería incompatible con el principio de proporcionalidad expuesto dado que –como en efecto ocurre en nuestras latitudes– el primer nivel de dicho principio llamado finalidad legítima se satisfecería precisa y únicamente con la exclusiva protección de bienes jurídicos puesto que si se creara un delito que no protegiera ningún tipo de bien jurídico tal ley sería ilegítima y en consecuencia totalmente desproporcionada, lo que devendría en una inevitable inconstitucionalidad del precepto creado por el legislador. Sobre esta posibilidad de compatibilización entre el principio de proporcionalidad y el de exclusiva protección de bienes jurídicos Roxin, siguiendo de cerca otros autores, ha expresado: “*Tampoco es cierto que se pueda sustituir el principio de protección de bienes jurídicos por el principio de proporcionalidad, como parece imaginar, por ejemplo, WEIGEND cuando dice que como concepto crítico hacia la legislación, el bien jurídico es “inferior al topos, jurídico-constitucionalmente apoyado, de la proporcionalidad de las intervenciones estatales”.* Al contrario, lo que sucede es que ambos se complementan mutuamente, como se describe, correctamente, en el comentario de Schönke/Schröder: “*En el ámbito de la cuestión de qué finalidades pueden ser perseguidas con la legislación penal, la teoría del bien jurídico y los requisitos jurídico-constitucionales... se entrelazan; el principio de proporcionalidad en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede ofrecer puntos de partida, sin que, con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional*” Roxin, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. En: (Roxin, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, 2013).

La doctrina del Derecho Penal a través de la teoría del bien jurídico ha convertido esos derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que el Derecho Penal concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el Estado de Derecho las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

(...)

Pero no todos los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales, en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución, como son la propiedad privada (art. 33) y la economía de mercado (art. 38), que dan lugar a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII, o principios rectores de la política social y económica que igualmente son objeto de protección a través del Derecho Penal (Muñoz Conde, 2011, pág. 2).

Por lo tanto, el “bien jurídico” visto por *la teoría* creadora del concepto tendría múltiples fuentes de origen y no tan solo la Constitución Política o los Tratados Internacionales. Así, por ejemplo, podrían enumerarse como fuentes de existencia del bien jurídico la naturaleza humana, los derechos constitucionales no fundamentales, algunos derechos humanos, ciertas pautas políticas o institucionales, entre otros, etc.

En consecuencia, **¿cuál sería el bien jurídicamente protegido mediante la criminalización del maltrato “a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física”?** Varias han sido las teorías esgrimidas al respecto:

- (i) Sternberg-Lieben (Sternberg-Lieben, 2016), manifiesta que el bien jurídicamente protegido es la vida y la integridad física humanas por la proximidad de los animales con nosotros los seres racionales.
- (ii) Para Claus Roxin (Roxin, 1997), con la punición del maltrato animal no se está protegiendo una simple postura moral sino materializando la solidaridad con quienes deben ser considerados nuestros “hermanos lejanos” razón por la cual lo único que debe hacerse es extender el espectro de protección del contrato social a todos los seres vivientes de la creación.
- (iii) Para Hefendehl (Gimbernat Ordeig, 2016), en cambio, la punición del maltrato animal no encuentra respaldo en ningún bien jurídico y por lo tanto estaríamos en presencia de una relativización de dicho concepto dando paso a la penalización de infracciones “contra convicciones culturales profundamente arraigadas” (Gimbernat Ordeig, 2016, pág. 17).
- (iv) Por el contrario, Gimbernat Ordeig (Gimbernat Ordeig, 2016), considera que el bien jurídicamente tutelado es el sentimiento de malestar que provoca

lastimar o matar animales sobre el que no puede prevalecer un inexistente derecho del sujeto activo de la conducta a “desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales” (Gimbernat Ordeig, 2016, pág. 18). Y ello es así, según el autor citado, porque

Los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos –y solo son legítimos cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente ‘escandalosa’ o ‘perturbadora’–, pueden constituir un interés digno de protección penal (...) (Gimbernat Ordeig, 2016, pág. 18).

Lo anterior por cuanto “todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. (Gimbernat Ordeig, 2016, pág. 15).

Desde nuestra perspectiva, el bien jurídico que “debiera” ser susceptible de protección es *el florecimiento del animal no humano a partir del desarrollo armónico de sus capacidades*. Sin embargo, tal premisa ética no encuentra fundamento en nuestra Constitución Política puesto que:

Primero, nuestra Carta Magna es claramente antropocéntrica y como dice su artículo 1º está fundada en el respeto de la dignidad humana y no en el estatus de sujeto moral, lo que hubiese permitido ampliar el espectro de protección hasta los animales.

Segundo, la cláusula abierta del artículo 94 permite el reconocimiento de derechos no enunciados en la Constitución Política pero siempre y cuando se trate de aquellos “*inherentes a la persona humana*”.

Y, tercero, el bloque de constitucionalidad por disposición del artículo 93 de la Suprema Carta Política admite el ingreso de todas aquellas prerrogativas contenidas en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconozcan “*derechos humanos*”. Justamente, en reciente decisión la Corte Constitucional (Sentencia C-048, 2017) manifestó al respecto lo siguiente:

En el caso a resolver, la Sala Plena estima que la Declaración Universal de Derechos de los Animales se halla fuera de la Constitución vía bloque de constitucionalidad, porque no tiene el carácter de tratado internacional de derechos humanos, es decir, no recae sobre tales principios, condición necesaria pertenecer a ese modelo de amplitud de densidad normativa de la Carta Política de 1991. Por ende, ese estatuto adolece de la imposibilidad de que sirva de estándar de confrontación de la proposición jurídica de rango legal cuestionada, por lo que el juicio de constitucionalidad es invariable.

Por lo tanto, desde el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, que sería el encargado de determinar la existencia de un fundamento legítimo para el reconocimiento de “Derechos de los Animales” dignos de salvaguarda penal, nos encontramos con que la criminalización realizada mediante la ley 1774 de 2016 carece un bien **jurídico** que le otorgue legitimación constitucional. Si bien es cierto podría ensayarse argumentativamente la búsqueda de un bien jurídico por *conexidad* con los bienes jurídicos humanos como lo pretenden hacer Roxin, Sternberg-Lieben o Gimbernat Ordeig, lo cierto es que eso no hace nada distinto que instrumentalizar o cosificar al animal no humano y soportar hipócritamente una doctrina de la compasión mediante la cual los animales jamás podrán esperar la realización de la justicia.

Por ello, lo que debe hacerse es un acto legislativo que hunda sus raíces profundamente en la Constitución Política para ampliar la protección jurídica hasta los animales no humanos mediante la maximización de las capacidades centrales de los mismos como mandatos de optimización o principios que busquen otorgarles a ellos los derechos de los cuales hoy carecen en su totalidad. Y es que los derechos se tienen o no se tienen. En consecuencia, yo no poseo un derecho porque una persona me lo entregue cual si fuera una limosna, dado que, se supone, si hablamos de derechos o potestades normativas similares no nos estamos refiriendo a simples aspectos de compasión, sino a algo más profundo: responsabilidad, facultades jurídicas reconocidas autónomamente, justicia y, sin lugar a dudas, deberes u obligaciones de nosotros para con el mundo animal.

Lo anterior no implica que desconozcamos lo loable y deseable que resulta la protección de los animales y que, justamente, por tales razones el *florecimiento animal* (que impide matarlo y lastimarlo) no lo creamos un “bien”, pero el problema es que no es suficiente con que algo lo consideremos “bueno” para que ingrese a la protección penal, sino que se requiere de un estatus adicional: el estatus de ser un bien **jurídicamente protegido**, dado que si así no fuera cualquier cosa podría convertirse en un objeto susceptible de protección penal legitimándose con ello la criminalización de conductas mediante posturas meramente moralistas, ideológicas e inclusive mediadas por simples afinidades políticas, económicas y personales. De esta manera, la protección animal se podría convertir en flor de un día; en una simple moda que hoy tenemos y mañana desechamos. No tendría pues sentido que se sigan sacrificando animales para comer cuando existen alimentos alternativos, que las corridas de toro se encuentren justificadas o autorizadas, que un animal no pueda a través de un agente oficioso reclamar la realización de derechos mediante la utilización de tutelas o habeas corpus porque justamente carezca de derechos, pero que a la vez sí sea posible condenar penalmente a una persona por causar la muerte de un

animal carente de dueño, aun cuando dicho ser viviente no posea el más mínimo derecho real en cuya virtud se ampara la criminalización realizada.

Así las cosas, este análisis ya nos releva de continuar explicando cómo los demás elementos del principio de proporcionalidad se incumplen pues todos sus requisitos son necesarios, sin embargo, se mostrará que la ausencia de un bien jurídicamente tutela no es el único defecto que presenta la Ley 1774 de 2016.

3. Análisis político criminal de la idoneidad y necesidad de la criminalización del maltrato animal realizada por la Ley 1774 de 2016

David Andrés Flórez Acosta, de 31 años y quien se dedicaba a oficios varios en el municipio de Amagá, Antioquia, fue la primera persona en Colombia en ser condenada por maltrato animal. La condena de seis meses de prisión se dio en marzo de 2017, un año después de haberse expedido la ley 1774 de 2016, los delitos fueron maltrato animal agravado y hurto calificado y agravado. Habiendo realizado un preacuerdo con la Fiscalía, David reconoció que los gatos callejeros eran su alimento. Al momento de proferir el fallo, el juez le reconoció el estado de marginalidad y le concedió la libertad condicional (Medellín, 2017).

Algunos de los argumentos expuestos para la expedición de esta ley en los debates del Congreso fueron los siguientes:

Está demostrado hasta la saciedad (...) que aquellas personas que infringen dolor y padecimientos contra animales, asimismo después actúan con sevicia contra humanos y se convierten en los torturadores, violadores y sanguinarios tan latentes en nuestra sociedad. Existe sin duda alguna, una inextricable relación entre aquellos que ejercen crueldad contra animales y aquellos que ejercen violencia contra humanos.

(...)

El ser humano debe entonces interactuar de manera respetuosa con el medio ambiente que lo rodea y convivir apaciblemente con la flora, fauna y demás elementos que componen dicho ambiente.

En síntesis, este proyecto de ley le apunta a acercarse a una sociedad más equilibrada, serena y pacífica, para poderse alejar de aquello que Parménides describió con elocuencia poética:

Mientras el hombre continúe siendo el destructor despiadado de seres inferiores no conocerá la salud ni la paz. Mientras el hombre masacre animales, se matarán unos a otros. Ciertamente, aquel que siembra la semilla del asesinato y dolor no puede cosechar gozo y amor (Gaceta 645, 2015).

En la primera discusión en el Senado se dijo lo siguiente:

En el caso bajo estudio, las normas existentes en el ordenamiento colombiano frente a la protección de los animales se limitan a leyes que reglamentan la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos (Congreso de la República); decretos que regulan el tránsito de vehículos de tracción animal (Congreso de la República). Compendios normativos que los incluyen entre los bienes y su dominio (Código Civil); o normas que sancionan el maltrato a los animales como delito en bien ajeno (Código Penal). Adicionalmente, encontramos la Ley 84 de 1989 y la reciente Ley 1638 de 2013, que consagra el Estatuto Nacional de Protección a Animales y la prohibición de uso de animales en actividades circenses, incluyendo un amplio marco de protección y sanción, frente a cualquier daño o maltrato al que ellos fueren expuestos.

(...)

Vemos entonces que, desde la expedición de la norma en mención [Ley 84 de 1989], son pocos los casos de condenas por maltrato animal y que la disminución de las circunstancias de agresión no ha sido visible. Es por esto, que el presente proyecto busca llenar los vacíos existentes, añadiendo un capítulo al Código Penal denominado delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales, donde quien agrede a un animal tendrá pena de prisión de 12 a 36 meses y multa de 5 a 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes y, actualizando los deberes, obligaciones y las sanciones a que haya lugar. Por consiguiente, el objeto de este proyecto de ley es crear un nuevo tipo penal con el fin de difundir de manera solemne el respeto y el cuidado que merecen los animales (Gaceta 758/2015, 2015).

A pesar de que en el caso concreto no se tiene información relacionada con antecedentes penales de David Flórez, así como tampoco se menciona en las noticias de prensa si tenía comportamientos violentos hacia las personas de su comunidad, resulta importante preguntarse si la pena establecida en la ley cumple con el principio de proporcionalidad. En este sentido se pretende conocer si, desde el punto de vista de la política criminal, la pena (i) protege un fin constitucionalmente legítimo; (ii) tiene la idoneidad para lograr dicho fin; (iii) no existen medios jurídicos o fácticos menos lesivos para la libertad y demás derechos fundamentales de las personas; y (iv) permite la obtención de más beneficios que sacrificios, esto es, que sea proporcional en sentido estricto.

En cuanto al primer interrogante que apunta a conocer si la pena establecida en la ley protege un fin constitucionalmente legítimo, la respuesta es afirmativa por cuanto la Constitución establece como principio fundamental [artículo 8] y como deber del Estado y de los ciudadanos la protección de los recursos naturales y velar por la conservación de un ambiente sano [artículo 95.8]. De tal manera que el primer estadio del sub-principio de idoneidad se cumple.

En cuanto al segundo interrogante que intenta conocer si la pena tiene la idoneidad para el logro del anterior fin, la respuesta no resulta tan manifiesta como la anterior y dependerá de la teoría que se haya asumido en la ley o en sus debates. Esto es así por cuanto existen diversas teorías de la pena que atribuyen determinadas funciones al castigo que establecen los delitos. Resumiendo, se puede decir que existen cuatro grandes teorías que pueden diferenciarse: las teorías absolutas o retributivas, las teorías relativas o preventivas, las teorías mixtas y las teorías de la unión o eclécticas (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2016), graficándose de la siguiente manera:

Teorías de la pena	Definición	Teoría de la pena asumida en la Ley 1774 de 2016 ⁷
Absolutas o retributivas	La retribución en el contexto del delito es el pago que merece el delincuente por el delito cometido (Mir Puig, 2011, pág. 34).	Surge entonces, una necesidad social, de rechazar con vehemencia aquellos comportamientos indeseables que atentan contra la sana y pacífica convivencia. Por tal motivo, es que el presente proyecto pretende perseguir aquellas conductas de violencia contra animales, pues una impunidad frente a actos tales, conllevaría a la destrucción de nuestra sociedad y de nosotros mismos, usando como faro los criterios que a todo momento deben guiar el fin y objeto de pena, buscando así:
Relativas o preventivas	-Prevención general positiva: Esta función se consigue mediante la afirmación positiva del Derecho. Es la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, de una actitud de respeto por el Derecho, o simplemente, y prescindiendo de efectos psico-sociales como éstos, como pura afirmación de la vigencia de la norma (Mir Puig, 2011, pág. 41).	i) La inoquización del sujeto hacia quien va dirigida la pena; ii) La resocialización del sujeto que comete la conducta reprochable; iii) Un mensaje de disuasión tanto a nivel abstracto, impersonal y colectivo hacia toda la sociedad, como a nivel particular y concreto, frente a la persona que trasgrede la ley e incumple el pacto social;
Relativas o preventivas	Prevención general negativa o intimidación: hace relación a la intimidación o a la intención de impedir en los asociados la comisión de delitos (Mir Puig, 2011, pág. 41).	iv) Una considerable mejoría en las relaciones interpersonales y sociales que se entablan en la comunidad;

⁷ Para extraer la función de la pena establecida en la ley, no solamente basta con advertir lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal, sino también las actas de los debates en el Congreso de la República.

	<p>-Prevención especial positiva: En esta teoría se le atribuye a la pena una función positiva de corregir al reo, de resocializarlo, emergiendo el concepto de la resocialización dentro de las teorías relativas, en la prevención especial positiva (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2016, pág. 37).</p> <p>-Prevención especial negativa: Consiste en asignar a la pena “la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad” (Zaffaroni, 2002, pág. 99).</p>	<p>v) La confirmación de unas pautas mínimas de comportamiento que se exigen a todos los ciudadanos e integrantes de la sociedad.” (Gaceta 645, 2015).</p> <p>“Reiteramos la concepción y filosofía que orienta la creación de este nuevo tipo penal no pretende en esencia una acción retaliadora y coercitiva, su finalidad básica es generar una nueva conciencia y una mejor educación frente al trato animal. [...]</p> <p>Respecto del bien jurídico se debe decir que nos acogemos a los principios adoptados por el código Penal Colombiano que incorpora fundamentos ideológicos de varias escuelas del pensamiento penal particularmente en cuanto a la finalidad de la pena en tanto plantea que el bien jurídico no tiene que estar taxativamente regulado legalmente, sino que está basado en el reproche (reproche social escuela finalista). La sociedad colombiana condena y reclama justicia y herramientas eficaces que castiguen el maltrato animal.” (Gaceta 241, 2015).</p>
Mixta	En esta teoría se considera aplicables las teorías absolutas y las teorías relativas al mismo tiempo, incluyendo retribución y resocialización dentro de sus funciones a cumplir (Roxin, 1997, pág. 9).	
De Unión o eclécticas	Roxin (Mir Puig, 2011, pág. 52) distingue <i>tres fases</i> esenciales de la vida de la pena: (i) la previsión de la pena en la ley (conminación legal), (ii) la aplicación judicial y (iii) la ejecución de la condena, pues según él “acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis”. Lo que importa es reunir los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico), aunque, en caso de antinomias, haya que inclinarse por uno u otro principio (Beloff, 1993, pág. 61).	

Tabla No. 1. Teorías de la pena en la Ley 1774 de 2016.

Fuente: Tomado de: (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2014).

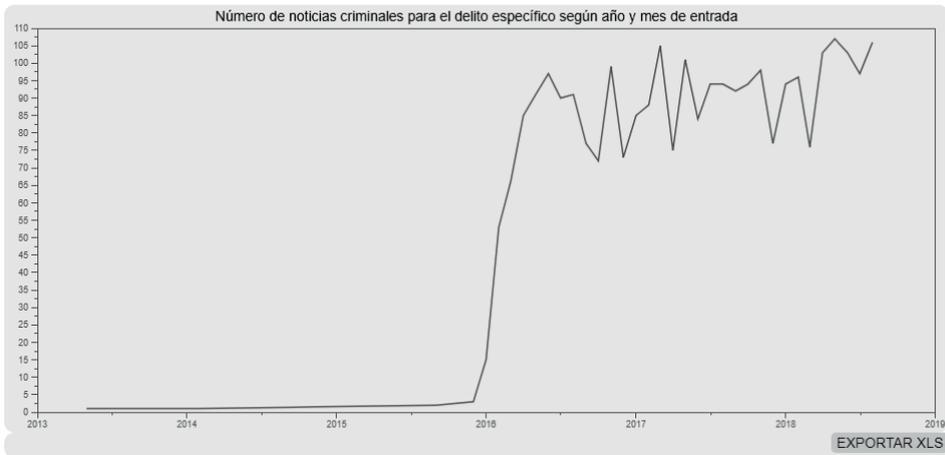
Al respecto se evidencian dos posturas claras y excluyentes respecto a la función de la pena enunciadas por los promotores de la ley: la primera corresponde a la indicada en el artículo 4 del Código Penal (Ley 599, 2000), según se observa en la Gaceta del 22 de octubre de 2014 y que no sería una novedad en el ordenamiento jurídico colombiano; la segunda corresponde a la prevención general positiva y a la negación de la retribución punitiva, lo cual sí sería una novedad en el ordenamiento jurídico, pues asignaría a este delito en especial una función diferente al resto de los consagrados en la legislación.

Es así como estas dos posturas frente a la función de la pena en la ley contra el maltrato animal, más allá de evidenciar una contradicción en términos jurídico-penales, evidencian una contradicción teleológica relacionada con el segundo interrogante planteado líneas atrás, siendo este: ¿tiene idoneidad la pena (y su función) para lograr la protección de los recursos naturales y velar por la conservación de un ambiente sano?

Si se asume la primera postura que asigna a la pena las funciones establecidas en el artículo 4 del Código Penal (prevención general, prevención especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado) la respuesta a la pregunta sería negativa por una razón esencial: el monto de la pena no supera los tres años de forma inicial, a menos que se presente alguna de las circunstancias de agravación punitiva, frente a lo cual procedería la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre y cuando se cumplan con los requisitos del artículo 63 del Código Penal. De esta manera no se cumpliría con los fines mencionados en el proyecto de ley, puesto que no podría darse la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, que son las funciones que se cumplen estando en prisión.

Si se asume la segunda postura que asigna a la pena exclusivamente la función de prevención general la respuesta a la pregunta sería afirmativa, siempre y cuando se pudiera verificar que la sanción logra atraer la conciencia social de la norma y una actitud de respeto por el derecho, así como también la intimidación o el deseo de impedir en los ciudadanos la comisión de los delitos.

No obstante, la estadística de la fiscalía muestra lo contrario a los propósitos de prevención general, puesto que un balance de los dos primeros años de la ley evidencia un incremento mínimo y paulatino que difiere de la estabilización o de la disminución como se tenía previsto inicialmente. La siguiente gráfica evidencia las noticias criminales recibidas en estos primeros años de vigencia del delito de maltrato animal (Fiscalía General de la Nación, 2019).



Gráfica No. 2. Noticia criminal (delitos específicos).

Fuente: (Fiscalía General de la Nación, 2019).

En cuanto al tercer interrogante que se interesa por saber si la pena es necesaria, esto es, por conocer si no existen medios jurídicos o fácticos menos lesivos para la libertad y demás derechos fundamentales de los asociados, la respuesta es afirmativa y la pena deviene en desproporcional en este nivel.

Esto es así, por cuanto en los argumentos expuestos no se percibe el porqué es necesaria la asignación de una pena para este delito. Es de recordar que la necesidad es uno de los requisitos indispensables para que la afectación a garantías fundamentales sea proporcional y lo que se exige argumentativamente es que quien defiende la medida [en este caso los defensores del proyecto] argumenten las razones por las cuales el resto de las medidas establecidas en el ordenamiento jurídico no lograban cumplir el fin perseguido, el cual era la protección y preservación de los recursos naturales.

De esta forma, al analizar los argumentos expuestos se evidencia que no se entregaron estadísticas que indicara que las agresiones se habían incrementado y que dichas agresiones provenían del desconocimiento voluntario de las leyes existentes de protección animal. Sobre esto se menciona:

Se observa entonces que la ineficacia de la Ley 84 de 1989 se debe a que contempla sanciones que hoy en día son irrisorias. Es así como, por citar solo dos ejemplos, las conductas crueles contra los animales son sancionadas con multas de cinco mil (\$5.000) a cincuenta mil (\$50.000) pesos y el daño a las reservas naturales que

afecte a animales salvajes se sanciona con una multa máxima de quinientos mil (\$500.000) pesos y pena de prisión de seis meses.

Adicionalmente, desde la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 228 de 1995 no existe claridad acerca de las autoridades competentes para conocer de las conductas contravencionales que contempla el Estatuto. Las conductas cometidas en contra de los animales son consideradas contravenciones, de las que debían conocer en primera instancia el Alcalde o Inspector de Policía y en Bogotá los inspectores penales de policía y en segunda instancia los Gobernadores y el Consejo de Justicia para el caso de Bogotá.

(...)

Lo anterior ha hecho que desde la expedición de la norma mencionada, son muy pocos los casos de condenas por maltrato animal, sin que eso signifique que se hayan disminuido las agresiones. Se colige de lo anterior que el Estatuto Nacional de Protección de los Animales necesita una urgente reforma que modifique los aspectos que han hecho que esta importante norma no sea eficaz (Gaceta 479, 2014).

Además de esto, cuando se hace referencia a la ineficacia de las multas, se hace énfasis es en el precio y en su poca monta, pero no se soporta mediante estudios que demuestren que este tipo de sanciones no funcionaron y que por tal motivo es necesario incluir una pena de prisión a las multas ya señaladas. El argumento no consistía solamente en señalar el bajo precio de las multas, sino que también debió indicarse por qué ya no era suficiente multar a una persona que agrediera a un animal.

Incluso, en el momento en el que se quiso entregar datos sobre el maltrato animal, las cifras correspondían a diez años atrás:

La problemática de maltrato animal en Colombia es tal que durante el año 2006 la Asociación de Animales y del Ambiente (ADA) recibió 476 denuncias de animales maltratados y 99 reportes de animales atropellados. De igual manera, albergó en sus instalaciones a 1203 animales que en su momento necesitaron protección, de enero a septiembre del 2007 recibieron 309 casos de denuncias por maltrato, 74 reportes de animales atropellados atendieron 758 casos de animales con diferente tipo de lesiones y maltrato (Gaceta 479, 2014).

Además de ello, se incurrió en una falacia de generalización apresurada que desfigura argumentativamente el debate, reduciéndolo a tópicos particulares sin respaldo. Aquí el ejemplo:

Yo tuve el caso de un niño que cogía a los pollitos y los ahogaba; cogía un gato, lo tiraba al agua y no lo dejaba salir hasta que el animal se moría; o cogía algún animal, lo amarraba a un árbol y lo dejaba allí hasta que el animal se muriera. Al investigar nos dimos cuenta que el niño vivía una situación muy difícil, su padre

lo insultaba, lo encerraba y lo amarraba a un árbol cuando se portaba mal; este comportamiento iba muchísimo más allá del acto de castigar, era el sufrimiento por el sufrimiento, el placer de hacerle daño; y ese placer era el que el niño estaba aprendiendo a disfrutar con los animales, por una parte se liberaba del dolor de haber sido objeto de estos actos, y por otra, también aprendía a experimentar placer con estos actos (Gaceta 479, 2014).

Intentando demostrar que la pena establecida en la ley procuraba una sociedad más sana y respetuosa de la vida, se relató el anterior caso clínico en el que se mostró la crueldad hacia los animales y se terminó por indicar un problema de crianza y de violencia intrafamiliar como la verdadera razón de la brutalidad infantil hacia los animales domésticos. Contradiciendo así el argumento que defiende estas penas con base en la opinión que indica que quien golpea a un animal puede maltratar a un ser humano, y por tal motivo es necesario encarcelarlo antes de que atente en contra de una persona.

Por esto resulta desproporcional la medida, por cuanto la carga argumentativa de soportar la necesidad de afectar mediante la pena las garantías fundamentales de los asociados no fue suplida, deviniendo en excesiva esta limitación.

Conclusiones

Desde el punto de vista filosófico.

(a) Teniendo en cuenta que un sujeto moral es todo ser vivo que tenga una capacidad cuya realización le permita **floreecer**, y justamente los animales no humanos tienen distintas capacidades cuya realización les permite **floreecer** de diversas formas, es posible concluir que ellos **son sujetos morales**.

(b) Así mismo, como son sujetos de derechos todos aquellos seres que tienen estatus moral, y según lo expuestos los animales no humanos poseen dicha categorización, a los mismos habrán de considerárseles **sujetos de derecho**.

Desde el punto de vista dogmático-constitucional: razonabilidad y finalidad legítima.

(a) Desde el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, que sería el encargado de determinar la existencia de un fundamento legítimo para el reconocimiento de “Derechos de los Animales” dignos de salvaguarda penal, nos encontramos con que la criminalización realizada mediante la ley 1774 de 2016 carece un bien **jurídico** que le otorgue legitimación constitucional. Si bien es cierto podría ensayarse argumentativamente la búsqueda de un bien jurídico

por *conexidad* con los bienes jurídicos humanos como lo pretenden hacer Roxin, Sternberg-Lieben o Gimbernat Ordeig, lo cierto es que eso no hace nada distinto que instrumentalizar o cosificar al animal no humano y soportar hipócritamente una doctrina de la compasión mediante la cual los animales jamás podrán esperar la realización de la justicia.

(b) Así las cosas, lo que debe hacerse es un acto legislativo que hunda sus raíces profundamente en la Constitución Política para ampliar la protección jurídica hasta los animales no humanos mediante la maximización de las capacidades centrales de los mismos como mandatos de optimización o principios que busquen otorgarles a ellos los derechos de los cuales hoy carecen en su totalidad.

(c) Lo anterior se afirma porque no es suficiente con que algo lo consideremos “bueno” para que ingrese a la protección penal, sino que se requiere de un estatus adicional: el estatus de ser un bien **jurídicamente protegido**, dado que si así no fuera cualquier cosa podría convertirse en un objeto susceptible de protección penal legitimándose con ello la criminalización de conductas mediante posturas meramente moralistas, ideológicas e inclusive mediadas por simples afinidades políticas, económicas y personales.

Desde el punto de vista político-criminal en los niveles de idoneidad y necesidad.

(a) Observando el contenido de la ley desde el punto de vista político-criminal y las garantías afectadas mediante su creación, tenemos que la ley protege un fin constitucionalmente legítimo y resulta idónea para su alcance. Sin embargo, la sanción penal allí establecida se muestra innecesaria porque no se demostró que el uso de otras herramientas jurídicas para el logro del mismo fin hubiera fracasado.

(b) En este sentido, no se observa el cumplimiento de la prueba de proporcionalidad, como requisito obligatorio para la expedición de cualquier ley que restrinja derechos fundamentales.

(c) En los debates legislativos en los que se abrió la discusión acerca de la protección penal de la ley sobre los animales no se abordó la prohibición de exceso como requisito de las iniciativas que pretenden controlar socialmente a los ciudadanos mediante el *ius puniendi*.

Referencias

ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho.

- ÁLVARO GONZÁLEZ, L. (2014). Neuroética (I): circuitos morales en el cerebro normal. *Revista Neurol*, 58(5), 225-233.
- AMBOS, K., & BÖHM, M. L. (2012). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- BELOFF, M. (1993). Teorías de la pena: La justificación imposible. En C. Roxin, *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- BUSTOS, J., & HORMAZÁBAL, H. (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Congreso de la República. (2014). Cámara de Representantes. *Gaceta 645*. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- DE WAAL, F. (2006). *Primates y filósofos. La evolución de la moral del simio al hombre*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Decreto 510. (05 de Marzo de 2003). Congreso de la República. *Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 3°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10 y 14*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45.118 del 6 de Marzo de 2003. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7224>
- DWORKIN, R. (2014). *Justicia para Erizos*. México D.F. : Fondo de Cultura Económica.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2011). *Derecho Penal, Parte General, Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Ibáñez.
- FERRATER MORA, J. (2012). *Diccionario de filosofía. Tomo IV. Q/Z*. Madrid, España: Editorial Ariel.
- FERRATER, J. (2012). *Diccionario de filosofía. Tomo IV*. Madrid, España: Editorial Ariel.
- Fiscalía General de la Nación. (2019). *Datos abiertos de la Fiscalía General de la Nación*. Bogotá D.C.: Datos abiertos de la Fiscalía General de la Nación. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>
- Gaceta 241. (2015). Congreso de la República. Cámara de Representantes. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- Gaceta 479. (10 de Septiembre de 2014). Congreso de la República. Cámara de Representantes. Bogotá D.C., Colombia.
- Gaceta 645. (2015). Congreso de la República. Cámara de Representantes. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- Gaceta 758/2015. (2015). Congreso de la República. Obtenido de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>
- GARCÍA GARCÍA, E. (2014). Neuropsicología del comportamiento. Neuronas espejo, funciones ejecutivas y ética universal. En J. De la Torre Díaz, *Neurociencia, neuroética y bioética* (pág. 70). Madrid, España: Universidad Pontificia ICAI ICADE.

- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2016). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- HASSEMER, W. (2007). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., & WOHLERS, W. (2016). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- JESCHECK, H.-H., & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada, España: Editorial Comares.
- KANT, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- KANT, I. (2013). *Crítica de la razón pura*. Madrid, España: Editorial Taurus.
- Ley 599. (24 de julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 746. (19 de Julio de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 44.872 de 19 de julio de 2002. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0746_2002.html
- Medellín. (08 de marzo de 2017). Por matar y comer gatos, condenan a hombre en Antioquia. *Periódico El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/hombre-condenado-por-matar-y-comer-gatos-en-antioquia-65388>
- MEJÍA QUINTANA, Ó. (2005). *Teoría Política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.
- MEZGER, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Valleta.
- MIR PUIG, S. (2011). *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, España: Iustel Publicaciones.
- MIR PUIG, S. (2012). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- MUÑOZ CONDE, F. (2011). Protección de los derechos fundamentales en el código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995. *Revista Derecho y Cambio Social*, 1-11.
- NIETZSCHE, F. (2010). *Genealogía de la moral*. Barcelona, España: Editorial Tecnos.
- NUSSBAUM, M. (2017). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona, España: Editorial Paidós Estado y Sociedad.

- PUTNAM, H. (2004). *El desplome de la dicotomía hecho/valor*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- RAWLS, J. (2010). *Teoría de la Justicia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- REALE, G., & ANTÍSERI, D. (2010). *Historia de la filosofía. Tomo 6. De Nietzsche a la escuela de Frankfurt*. Bogotá D.C., Colombia: San Pablo y Universidad Pedagógica Nacional.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- ROXIN, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01:1-01:27. Obtenido de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>
- SANGUINO CUELLAR, K. D., & BAENE ANGARITA, E. (2014). Arqueología de la Resocialización del Individuo Como Función de la Pena. (*Tesis de pregrado*), 33 y ss. San José de Cúcuta, Colombia: Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9510>
- SANGUINO CUELLAR, K., & BAENE ANGARITA, E. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 7(12), 1-30. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/121/109>
- SARLE, J. (2009). *Actos de habla; ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid, España: Editorial Cátedra.
- SEARL, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Sentencia C-048. (02 de Febrero de 2017). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-11476. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-048-17.htm>
- STERNBERG-LIEBEN, D. (2016). Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En R. Hefendehl, & A. & Von Hirsch, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- WITTGENSTEIN, L. (2007). *Observaciones filosóficas*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- WITTGENSTEIN, L. (2009). *Los cuadernos azul y marrón*. Londres, Inglaterra: Editorial Tecnos.
- WITTGENSTEIN, L. (2011). *Tractatus lógico-philosophicus*. Madrid, España: Tecnos.
- WITTGENSTEIN, L. (2014). Conferencia sobre la ética. En C. Gómez, *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX* (Segunda ed., págs. 137-150). Madrid, España: Alianza Editorial.
- ZAFFARONI, E. (2002). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
- ZAFFARONI, E., ALAGIA, A., & SLOKAR, A. (2000). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

