

EL DERECHO DE EXPRESIÓN CULTURAL Y ARTÍSTICA FRENTE AL CONCEPTO DE DIGNIDAD EN EL PRINCIPIO DE DEFENSA DE LA FAUNA, A PROPÓSITO DE LAS EXCEPCIONES AL MALTRATO Y TORTURA ANIMAL

THE RIGHT TO CULTURAL AND ARTISTIC EXPRESSION IN FRONT OF THE CONCEPT OF DIGNITY IN THE BEGINNING OF DEFENSE OF WILDLIFE, A PURPOSE OF THE EXCEPTIONS TO ANIMAL ABUSE AND TORTURE

*Omar Nathanael Alvarez Villanueva**

SUMARIO:- ¿Avances en la protección animal en el Perú?.- El caso de Colombia: justificación cultural para la tauromaquia en la Corte Constitucional Colombiana.- Categorías normativas en tensión en el marco del maltrato animal.- Primer argumento: crítica a la cultura como elemento normativo de excepción al maltrato y tortura animal.- Segundo argumento: fundamento axiológico del deber de protección de la fauna: alcances del concepto de dignidad.-Conclusiones.- Referencias.

SUMMARY:- ¿Advances in animal protection in Peru?.- The case of Colombia: cultural justification for bullfighting in the Colombian Constitutional Court.- Categories voltage regulations under the animal abuse.- First argument: critique of culture as a normative element exception to animal abuse and torture.- Second argument: axiological foundation of the duty to protect wildlife: scope of the concept of dignity.- Conclusions.- References.

RESUMEN

La tendencia tanto legislativa, de los debates legislativos y jurisdiccionales sobre el maltrato animal se ha dirigido a exceptuar la tauromaquia y la pelea de gallos, fundado en que éstas son expresiones culturales y artísticas y por tanto derechos subjetivos. En la ponderación, estos derechos subjetivos prevalecen sobre el principio deber protección de la fauna que es un bien colectivo. La expresión cultural, no puede ser no valorativa, es indefectible su dimensión

* Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Magistrado: Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Fiscal de Cajamarca. E-mail: onavth@gmail.com.

humanizadora. Precisa entonces en este contexto traslucir el concepto de “dignidad” (el hombre como fin) como fundamento normativo y axiológico en favor de la obligación de protección de la fauna en el marco del debate sobre las excepciones al maltrato, tortura y sufrimiento innecesario de los animales.

Palabras clave: Derecho subjetivo, bien colectivo, cultura, dignidad, fauna, maltrato animal, tortura animal, tauromaquia, pelea de gallos.

ABSTRACT

Both legislative trend of the legislative and judicial debates about animal abuse is to exclude bullfighting and cockfighting, they are based on cultural and artistic expression, and therefore individual rights. In weighing these individual rights prevail over the principle duty wildlife protection is a collective good. Cultural expression, can not be value-free, it is unfailing its humanizing dimension. Precisely in this context then betray the concept of "dignity" (the man as an end) as normative and axiological basis for the obligation to protect wildlife in the debate on exceptions to abuse, torture and unnecessary suffering of animals.

Keywords: Subjective right, collective good, culture, dignity, wildlife, animal abuse, animal torture, bullfighting, cockfighting.

Introducción

En diversos países se ha positivizado la protección de la vida y la integridad de los animales, justificado en que forman parte del ecosistema, por ejemplo por vía penal en el contenido de los delitos ecológicos. La protección también se ha extendido –sin considerar ecosistemas de protección- sobre actos humanos como fuente de dolor innecesarios que entrañen maltrato o “tortura”. De esta última forma nuestro país tiene regulada mediante la Ley No. 27265 la protección contra el maltrato animal. Sin embargo, pese a la admisión de maltrato en la tauromaquia y la pelea de gallos, se ha hecho de éstas sus excepciones, basadas en que son expresión cultural. A la fecha está vigente el debate legislativo la configuración delictiva del maltrato animal; sin embargo, se ha hecho *mutis* respecto la tauromaquia y los foros galleros. Recientemente la Corte Constitucional Colombiana se ha manifestado por la exequibilidad de la corrida de toros con argumento ponderativo y excepcional al deber de protección de la fauna, prevaleciendo el derecho a la *libre expresión cultural y artística*. En este contexto, en el presente ensayo desarrollaremos algunas ideas críticas contra la concepción actual del ascenso de la “cultura” como concepto desprovisto de valoración y que es la principal fuente argumentativa que permite subsistir a la tauromaquia y la pelea de gallos. Para ello descartaremos los argumentos *doxáticos* -pese a que se enumerarán algunos de ellos- a fin de poner en el relieve la “dimensión humana” sobre el pilar conceptual kantiano de “dignidad”, negando de antemano que la dignidad sea un atributo de los animales (como se ha pretendido hacer en la protesta popular e incluso filosófica). Con ello pretendemos

establecer una pauta argumentativa en favor del *deber protección de la fauna* (como bien colectivo) con la intención de un contenido general para dicho deber desde su estatus de bien colectivo. En todo caso, con la finalidad que en el debate ponderativo – en el foro legislativo y jurisdiccional- el argumento de la dignidad sobre el *deber de protección de la fauna* sea superior al principio de *expresión cultural y artística* (derecho subjetivo).

1. ¿AVANCES EN LA PROTECCIÓN ANIMAL EN EL PERÚ?

La segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 27265 establece una serie de declaraciones y una suerte de protección de orden administrativo contra el maltrato animal, alcanzando incluso un nivel punitivo leve mediante la incorporación del artículo 450-A del Código Penal, el cual establece su tipo de falta: *El que comete actos de crueldad contra un animal, lo somete a trabajos manifiestamente excesivos o lo maltrata, será sancionado hasta con sesenta días-multa. // Si el animal muriera a consecuencia de los maltratos sufridos, la pena será de ciento veinte a trescientos sesenta días-multa.// El juez podrá en estos casos prohibir al infractor la tenencia de animales bajo cualquier modalidad.* Sin embargo, el supuesto fáctico “maltrato animal” no es genérico, pues su restricción ha sido dada por la misma Ley en la Tercera Disposición Final y transitoria: *Exceptúase de la presente Ley las corridas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente.* En efecto, la corrida de Toros y la pelea de gallos fueron declarados como espectáculos culturales en el Perú por el Ministerio de Cultura., pero nótese que ésta última Disposición *in comento* insinúa que este Ministerio de Cultura podría incorporar espectáculos que incluyan maltrato animal bajo la etiqueta “carácter cultural”, porque ¡ajo! la norma asume infelizmente que en la corrida de toros y pelea de gallos hay maltrato animal, pero “permitido” por ser expresión cultural.

En el mismo sentido, actualmente se encuentra en discusión el proyecto de Ley que construye un bien jurídico de “mayor importancia” subyacente en la ya regulada falta descrita en el artículo 450-A del Código Penal; pretendiendo “elevar” el maltrato animal a delito. Al respecto debo manifestar que la formación delictiva de conductas otrora extrapenales es síntoma de impotencia y falta de ideación para enervar y/o extinguir los conflictos, en este caso los identificados con el maltrato animal, sin mencionar que la punición penal del maltrato animal también es corolario de la coyuntura mediática sobre un tema existente hace muchos años y que extrañamente “recién” parece afectar ahora en la sociedad civil¹⁶.

En fin, un avance cierto hubiese sido el tratamiento estructural del problema. Es decir, si se ha “identificado” un supuesto de hecho sancionado sancionable del maltrato animal, el siguiente paso es la concreción de programas educativos para la familia, la escuela, el colegio, la universidad y los ciudadanos en general orientados a internalizar el afecto, protección y empatía del ciudadano por los animales. Debió crear apoyos efectivos para las entidades privadas que en su personería de asociaciones apoyan a animales “indigentes”. Debió monitorearse la aplicación efectiva de las sanciones que contiene la Ley 27265, pues no se sabe de ninguna sanción administrativa por la

¹⁶ Muestra de ello es el denominado Bullying, el cual también ha promovido la Ley 29719.

comisión de maltrato animal en un caso concreto hasta el momento. Sin embargo, el nuevo proyecto se comprende solamente como un anodino esfuerzo de moralidad ecológica que ya subyace en la Ley 27265, la misma que de su lectura parece ser completa, salvo la excepción por la tauromaquia y pelea de gallos.

El timorato y a la vez atrevido proyecto legislativo¹⁷ no importa un verdadero avance en un tema de actual importancia como es el “maltrato animal”. Un avance cierto no sólo hubiese sido la implementación de la ya referida ley, sino también la interdicción – aunque sea liminar- de la tauromaquia y la pelea de gallos. Temas que ha hecho exósmosis del marco de la Ley 27265, fundado principalmente en un argumento “cultural” que se contiene en voz a medio garguero de quienes pensamos que se ha omitido la confrontación y debate real de: a) la restricción del sufrimiento animal innecesario y b) los límites de la libertad de expresión cultural y artística en el seno de actos objetivos de maltrato animal¹⁸. Sin embargo, paradójicamente, el proyecto de ley ha encontrado su contramarcha cogido del blasón centenario de “expresión cultural”¹⁹, habiéndose blindado quizás con una fuerte membrana de esencia constitucional en la invocación de éste derecho, sobre el que paradójicamente no se ha escuchado una argumentación jurídica, o ius filosófica en nuestro país.

2. EL CASO DE COLOMBIA: JUSTIFICACIÓN CULTURAL PARA LA TAUROMAQUIA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En Colombia se ha tratado ya de que todas las prácticas culturales y artísticas se encuentran en pie de igualdad en su protección –una impermeabilidad artística a los cuestionamientos éticos- incluso cuanto éstas sean minoritarias y no sean del gusto de los demás y que las prácticas culturales disímiles no son un privilegio de pocos sino una libertad de todos (Sentencia T-296/2013). En dicho país así como en el nuestro no faltan iniciativas legislativas y también ejecución de normas de carácter local para interceder por el cese del maltrato y tortura implícitas que entrañan las corridas de toros y las peleas de gallos. Si bien el problema peruano con relación a la intención de colocar puntos de debate va en estanco, el caso de Colombia parece más gravoso. El caso que se ha resuelto en la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-296/2013 contiene los siguientes hechos: resulta que desde el año 1999 la Corporación Taurina de Bogotá (CTB) y el Instituto de Recreación y Deporte (IDRD) de Colombia suscribieron contratos para la celebración de corrida de toros en la Plaza taurina Santa María de Bogotá. En abril de 2012 el alcalde de Bogotá junto con el

¹⁷ Timorato por no tratar la tauromaquia, la pelea de gallos y otros relacionados con la muerte de animales de consumo y atrevido porque agrega un nuevo delito al catálogo penal de éste país que se va convirtiendo la conducta antisocial en un menú de injustos penales.

¹⁸ El interés económico y cultural en la dación de las normas es un fundamento legítimo y constitucional del debate legislativo, de la validez de las normas y de su eficacia, siempre que éstos no entren en tensión evidente con otros intereses que depriman su fuerza justificadora.

¹⁹ El artículo 2.8 de la constitución establece que toda persona tiene derecho: *a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.* Sin embargo, la categorización de las conductas culturales es un estatus que lo otorga el legislativo e virtud del levantamiento de principios, bienes jurídicos de orden fundamental y definiciones éticas subyacentes a la sociedad. Sin embargo el legislador aún no se atreve abordar la tauromaquia y la peleas de gallos. Sus declaraciones son de postergación. Véase por ejemplo <http://diariocorreo.pe/politica/ley-contra-maltrato-animal-yonhy-lescano-expresa-necesidad-aprobar-proyecto-en-congreso-595419/>.

IDRD, pusieron como condición a la CTB que eliminaran de su espectáculo la muerte del toro para que el contrato que habían suscrito en el año 1999 siga siendo eficaz, cosa que no fue aceptado por la CTB. Posteriormente el IDRD prohibió a la CTB la venta de abonos de la temporada taurina del año 2013, así como solicitó a la CTB no organizar corridas en la temporada de verano, lo que fue materia de protesta y de incumplimiento por la CTB. Luego de un procedimiento administrativo seguido por la CTB, la IDRD terminó unilateralmente el contrato que suscribieron fundado en que *“la Administración imparte la instrucción de erradicar todo maltrato animal en el desarrollo de la actividad en el escenario de la Plaza de Toros de Santamaría de Bogotá, (...)”*²⁰. Esto ha motivado un proceso judicial que ha culminado con decisión de cierre por la Corte Constitucional Colombiana mediante la hoy polémica sentencia T-296/2013, que ha declarado fundada la pretensión de la CTB (Corporación Taurina de Bogotá) con las siguientes *ratios decidendi*:

La CTB fungía como responsable de la organización y difusión del espectáculo taurino, esto es, de la realización efectiva del derecho de libre expresión artística taurina; y en cuanto tal, es titular de las garantías jurídicas propias de este derecho fundamental. De este modo, la protección del organizador y difusor actividad artística, refuerza el amparo constitucional de las libertades del tauromáquico y de su público, en tanto la ejecución pública de la tauromaquia potencia efectivamente la realización del derecho fundamental de libre expresión artística. (Fundamento 8.4.1.2 de la T-296/2013)

Las decisiones de la administración frente a la actividad de la CTB se encaminaron a limitar la actividad de difusión de la expresión artística taurina, de la que se encargaba en la ciudad de Bogotá, buscando permitir solamente la puesta en escena de espectáculos taurinos que no contemplaran el tercio de muerte del toro. La desatención de esta imposición, derivó en medidas que agravaron el constreñimiento a la difusión de la tauromaquia a cargo de la CTB, impidiendo el uso del escenario público destinado especialmente a la realización de espectáculos taurinos en la ciudad de Bogotá. (Fundamento 8.4.3.2 de la T-296/2013)

(...) las medidas adoptadas por la administración distrital, se constituyen en medidas irrazonables que se encaminaron a afectar de manera excesiva el ámbito de difusión de la expresión artística a cargo de la CTB. Así, la decisión del IDRD de dar por concluida la relación contractual con la CTB para la utilización de la Plaza de Toros en actividades taurina por no aceptar la supresión de la muerte del toro durante los espectáculos acordados, y el consiguiente impedimento jurídico para la realización de las temporadas taurinas habituales, afectó el derecho de libre expresión artística del accionante. (Fundamento 8.4.3.8 de la T-296/2013)

Se han planteado de este modo argumentos para la exequibilidad²¹ de la corrida de toros con la respectiva muerte del animal luego de ser dañado físicamente en

²⁰ Fundamento 3.2.1 de la Sentencia T296/2013.

²¹ Conformidad de la Ley con la Constitución.

espectáculo. Esta posición de la Corte Constitucional de Colombia no parece nada lejano de la idea que cunde en el foro del congreso peruano, que supone la existencia de una expresión cultural incólume e incuestionable. La pregunta que deviene ante este argumento constitucional tan cerrado es ¿está desprovista la cultura de valoración? ¿qué argumentos permiten plantear la expresión cultural superior al sufrimiento de un animal? ¿es legítima o axiológicamente correcta la confrontación de estos dos temas?

Estas preguntas solamente se podría responder admitiendo anticipadamente que se trata de un *debate iusfilosófico* general y no concreto. Es decir que la definición del problema cultural y su impacto en el tema del maltrato y tortura animal, no puede restringirse a una decisión constitucional sobre un caso concreto en vía ponderación de principios²², como lo ha hecho la Corte Colombiana. Por el contrario merece un debate sobre conceptos fundamentales y de orden general que expresen un rector absoluto *erga omnes* en el orden constitucional general. Un debate semejante al que en algún momento estructuró las libertades del hombre.

3. CATEGORÍAS NORMATIVAS EN TENSIÓN EN EL MARCO DEL MALTRATO ANIMAL

La Corte Constitucional Colombiana en la T-296/2013 se ha valido de argumentos ponderativos y de orden moral (al hablar de dignidad, *Vid supra* punto 2), para lograr la exequibilidad de la tauromaquia en base al fundamento de la prevalencia de la “expresión cultural” por lo que indefectiblemente ha debido acudir al concepto de “dignidad”. Dejando traslucir el debate moral a que están expuestos los Tribunales Constitucionales al tratar principios. Si bien se ha vertido una luz argumentativa nueva sobre la dignidad en función reflexiva de la compasión y respeto a los animales, no obstante ha *ponderado* en prevalencia de la libertad de expresión cultural y de la expresión artística en el marco de una “cultura” específica.

En el análisis de los principios que ha ponderado la Corte Colombiana podemos advertir que ésta no se ha expresado (como debió hacerse) sobre las categorías normativas que corresponden a cada principio en tensión. Es decir, la Corte Colombiana ha hecho alusión a un *deber de protección de la fauna* como uno de los principios en tensión, pero no ha desarrollado si esta esta está categorizada normativamente como un *derecho individual* o un *bien colectivo*. No ha justificado porqué esta categoría normativa (bien colectivo) debe confrontarse con la *libertad de expresión cultural* que es un *derecho subjetivo*.

²² La ponderación supone la tensión de dos principios en un caso concreto, sin que ambos principios (que pueden estar contenidos en normas o en expresiones fácticas) resulten inválidos en el sistema vigente. “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello los principios son *mandatos de optimización*” (Alexy, 2008 p. 12). “La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos (...) [Bernal, 2008 p. 48]. Según Alexy: “La ponderación, por su parte, es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta sino “una relación de precedencia condicionada” entre los principios a la luz de las circunstancias del caso (Bernal, 2008 p. 49).

Aunque parece una cuestión meramente metodológica, es importante destacar este asunto, puesto que la ponderación implica la colocación en los frentes de categorías de igual naturaleza para conceder racionalidad. Para Robert Alexy los derechos individuales tienen un estatus deontológico (2004 p. 188), éste es el caso de la libertad de expresión artística y cultural, por lo tanto su confrontación debería hacerse con categorías semejantes. Ahora bien ¿qué categoría le corresponde al tema de maltrato y tortura animal?, en respuesta a ello coincidimos en que está comprometido con un *bien colectivo* bajo la etiqueta *deber de protección de la fauna*. El problema escala ahora a la elección de la versión del *bien colectivo*. Alexy refiere que los bienes colectivos en primer tienen una estructura no distributiva. En segundo lugar, en cuanto al su estatus normativo propone que:

“Los bienes colectivos tienen tres versiones a conceptuales: una antropológica, una axiológica y una deontológica (...) Desde el punto de vista de la jurisprudencia, es preferible la variante deontológica. (...) el *estatus* normativo de los bienes colectivos es aprehendido mejor a través de la versión ontológica que de la axiológica (...) Si del costado de los bienes colectivos se elige la versión axiológica entonces una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes. Eso puede evitarse fácilmente si se elige la variante deontológica. No hay inconveniente en hacerlo ya que la teoría de los principios permite aprehender en un lenguaje deontológico todo lo que puede decirse en una terminología axiológica” (2004 p. 187-188).

Finalmente, en la medida que un bien colectivo exige la regulación normativa requiere de una fundamentación. Alexy considera dos fundamentos pertinentes de los bienes colectivos “la economía del bienestar” y “la teoría del consenso”, ésta última fundamentación consiste en que un bien colectivo está justificado *si lo aprueban fácticamente todos* (Alexy, 2004 pp. 186-190). En este rail de ideas, podemos concluir que la categoría que encierra el “maltrato animal” y que debe entrar en tensión con la libre expresión cultural y artística, es un *bien colectivo* con carácter de *principio* (deontológico-axiológico), basado en la teoría del consenso.

Para el caso, queda más que claro que la Corte Colombiana en la confrontación con el bien colectivo *deber de protección de la fauna* y el *derecho de libre expresión cultural y artística* no ha ido por la vía del reduccionismo²³, sino ha optado por el camino de la ponderación para la precedencia condicionada en favor de la libre *expresión cultural y artística*. Si bien, en la teoría argumentativa y en la experiencia jurisdiccional la precedencia *prima facie* sobre los derechos individuales es corriente, sin embargo ello “no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente (...) No existe ninguna justificación suficiente para una eliminación o restricción si en un caso de colisión es dudoso que existan mejores razones para el derecho individual o para el bien colectivo o en un caso tal se constata que para ambos pueden hacerse valer razones igualmente buenas” (Alexy 2004 p.

²³ Por la cual se hace prevalecer la teoría de derecho individual como un medio para los bienes colectivos o viceversa.

207). Esta es la pretensión que con seriedad se debe seguir en la abolición de las excepciones normativas como la tauromaquia y la pelea de gallos. Es decir en la formación de razones que critiquen la cultura no valorativa y actualicen el concepto de dignidad para justificar (de manera general, sino ponderativa) como superior el contenido del bien colectivo *deber de protección de la fauna*.

4. PRIMER ARGUMENTO: CRÍTICA A LA CULTURA COMO ELEMENTO NORMATIVO DE EXCEPCIÓN AL MALTRATO Y TORTURA ANIMAL.

La conformación cultural para fundar las excepciones de maltrato animal, contenida en la Ley N° 27265 y en el actual proyecto de Ley, como son la corrida de toros y pelea de gallos, es una discusión limitante porque se parte del fundamento sociológico y etnológico de que no caben juicios de valor en las manifestaciones culturales, pues ninguna cultura es igual a la otra. Por tal motivo un argumento abolicionista de la tauromaquia basado en la expresión cultural es una batalla pírrica, porque se estaría expuesto a plantear que *sí* es expresión cultural, entonces no está permitido juzgarla, más bien simplemente corresponderá tolerarla.

Sin embargo, es indiscutible que la neutralidad de juicio sobre toda cultura nos deba hacer aceptar por ejemplo las ablaciones genitales de mujeres musulmanas en ciertos países que son de antigua praxis cultural²⁴. Desde luego es admisible liminarmente el cuestionamiento de que es incomparable la mutilación genital humana y el maltrato animal. Sin embargo, la pregunta en contraposición será ¿por qué es diferente?. Una respuesta ligera será: porque el primer caso involucra a un ser humano y el otro un animal. Una respuesta jurídica nos "ilustraría": porque en el primer caso se enfrenta la dignidad como concepto inmanente al hombre, mientras que en el segundo caso el juicio en base a la dignidad está ausente por cuanto un animal no la tiene. Siendo así así la discusión pareciera cerrada. Pero, ¿se ha cerrado en realidad?, acaso en ambos casos el hombre no se expresa en su fuero cultural y acaso el fuero cultural no debe estar imbuido de una conducta digna. Este es el punto de quiebre en la ética que debe contener el debate de las normas sobre el maltrato animal. La cultura debe contener expresiones de dignidad, sea cual fuere su forma de manifestarse. De allí que en la actualidad en el marco del concepto de cultura se acepta ineludiblemente la identidad humana y su esencia:

Cultura es, como dice Scheler, *humanización, pero esta humanización se refiere tanto al "proceso que nos hace hombres" como al hecho de que los productos culturales queden humanizados*. La historia del hombre como historia de la cultura es así el proceso de la transformación de su mundo y simultáneamente de la transformación del hombre (Ferrater 1950 p. 391 Tomo I). (Subrayado agregado)

Pero además acepta un contenido moral implícito:

²⁴ La mutilación del clítoris de la mujer musulmana no se rige en el Corán, su práctica es mucho más antigua que éste.

Según Mosterín, cultura es toda la información transmitida por aprendizaje social, y esto incluye ideas y costumbres de todo tipo. Pero que algo forme parte de nuestro acervo cultural, como ocurre con la tauromaquia, no significa que sea moralmente aceptable (Dorado 2010, p. 169).

Sin embargo, incluso puesto así la idea de cultura, ésta contiene límites tanto para la argumentación abolicionista de las excepciones del maltrato y tortura animal, cuanto para para la argumentación que acepta excepciones en la tauromaquia y pelea de gallos. Ejemplos concretos se pueden desprender de las principales polémicas que desatan los pro y anti taurinos (o galleros para cualquier caso) y que se representan con expresiones baladíes como: “todos comemos carne de dichos animales”, “el toro del camal no es torturado”, “el toro de la corrida sí lo hace”, “la tauromaquia es un arte”, “no es arte aquello que implique matar a un ser indefenso”, “los gallos y los toros son tradición de un pueblo”, “abolir las tradiciones que hacen sufrir”, “los animales no sienten sufrimiento por no tener conciencia ni espíritu”, “los animales sufren porque tiene un sistema nervioso que así los hace sentir”, “la tauromaquia es una libertad en la expresión”, “el hombre ha categorizado a los animales domésticos, a los no domésticos y a los de confrontación, el toro es de combate”, “los mataderos son también lugares de tortura”, etc. Estas expresiones son todas de corte cultural objetivo que ni siquiera están provistos de expresiones culturales distintas, pues los ciudadanos que reprochan la tauromaquia son conciudadanos, sino vecinos de quien la acepta y hasta práctica. Por ello la defensa o rechazo de ambos ni siquiera pasan los debates legislativos ni normativos, porque los argumentos de ambos “bandos” son opiniones legas. Por ello es que el debate sobre la tortura de los animales debe cambiar de escenario debiendo dejar *doxático*²⁵ (aunque cabe reconocer que la opinión contienen aleatoriamente contenido moral y crítico sobre el caso concreto) en temas de trascendencia como la cultura y la dignidad, para ser de rigor filosófico y de trascendencia jurídica.

5. SEGUNDO ARGUMENTO: FUNDAMENTO AXIOLICO DEL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FAUNA: ALCANCES DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD

El problema, entonces, es construir una justificación axiológica subyacente al principio *–deber de protección de la fauna* a fin de implantar precedencia general (en el debate congresal) o en todo caso en la ponderación jurisdiccional (en un caso concreto). El camino a seguir no es otro que el desarrollo del concepto de “dignidad” de corriente kantiana y que se propugna en nuestra Constitución como la interdicción del hombre como medio²⁶: “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” (2007 p. 42). La dignidad es un concepto que se enfoca en el ámbito de la ética y de las libertades del hombre. Por lo tanto es una categoría originalmente ligada a una concepción antropocéntrica²⁷ que vincula originariamente al

²⁵ Referido a la opinión más que a un conocimiento bien fundado (Bunge, 2007 p.55)

²⁶ El artículo 1º de la Constitución establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

²⁷ La epistemología del hombre en su vertiente antropocéntrica surge en el siglo XVI sustituyendo al Teocentrismo. Hasta la actualidad la concepción del hombre en el centro de todo cuanto existe se ha manifestado en el quehacer científico, Stephen Hawking por ejemplo

ser humano y no a otros seres, pues “el otro” al que se refiere Kant, cuando concluye sus categóricos, no es sino “otro ser humano”.

Como es sabido, Kant distingue claramente entre “valor” y “dignidad”. Concibe la “dignidad” como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía. “Persona es el sujeto cuyas acciones son imputables (...) Una cosa es algo que no es susceptible de imputación” (Kant, I. 1989, 30). De ahí que la ética, según Kant, llegue sólo hasta “los límites de los deberes recíprocos de los hombres” (Michelini, 2010 p. 42)

Un ejemplo antropocéntrico de la concepción jurisdiccional de dignidad lo ha dado la Corte Constitucional Colombiana en su sentido originario y lo ha hecho incursionado en su extensión por retroalimentación a la entidad humana, fundada en la compasión hacia los animales, véase el fundamento 5.1.2.2 de la T-296/2013:

En primer lugar, aparece el concepto ‘dignidad humana’. Si bien los animales no son sujetos de este atributo en el sentido que aplica a los seres humanos, la dignidad conlleva una obligación de consideración no solo con sus semejantes sino con los animales en tanto seres sintientes: “En otras palabras, la posibilidad de que se vean afectados por tratos crueles, por acciones que comportan maltrato, por hechos que los torturen o angustien obliga a que las acciones que respecto de ellos se realicen por parte de los seres humanos sean expresión del comportamiento digno que hacia ellos deben tener seres dignos. En efecto, la superioridad racional -moral- del hombre no puede significar la ausencia de límites para causar sufrimiento, dolor o angustia a seres sintientes no humanos” (...). En resumen, si bien el concepto de dignidad, en sentido humano, no es predicable de los animales, hay en el comportamiento digno de las personas un deber de consideración hacia ellos como especies sintientes y criaturas con las que compartimos el contexto o ambiente de la existencia, incluidos, por supuesto, aquellos animales situados en la esfera jurídica del derecho de propiedad. (Subrayado agregado)

Parece entonces que frente a la concepción antropocéntrica tradicional de dignidad, la referida Corte argumenta con suma corrección una suerte de ética de la compasión hacia los animales como un añadido en la formación ética de la dignidad del hombre. Esto podría confundirse con una posición *biocentrista* que propugna atributos morales a los animales a fin de justificar el respeto del hombre hacia ellos. Sin embargo, ésta no es y, según nuestro parecer, no puede ser interpretado como la incorporación del atributo “dignidad” a los animales, pues la metafísica de la dignidad aplica al contenido racional del hombre. En ese orden el imperativo “dignidad” deberá reestructurarse desde su concepción originaria en formas de expresión de la conducta humana para

se refería a esta concepción como el principio antrópico: “vemos el universo en la forma que es porque nosotros existimos” (Hawking, pág. 114)

retroalimentar su condición de “ser humano”. Ese parece ser el argumento que sigue la Corte Colombiana y al cual me adscribo.

Sin embargo, pese al encomiable argumento en favor de la integración del ecosistema y la fauna al concepto de la dignidad y de las libertades que de ésta emergen (comprendidas como derechos y deberes), la Corte Colombiana se ha valido de los límites al deber del Estado de proteger a los animales y -aunque no lo ha mencionado- del “derecho de los ciudadanos a que el Estado proteja a los animales” frente al daño y trato cruel, basado en la expresión cultural. Veamos lo que ha referido en el fundamento 5.1.2.3 y 5.1.2.4 de la sentencia T-296/2013:

El deber constitucional de protección de la fauna no es absoluto. La Corte Constitucional concluyó que resulta legítimo consagrar excepciones a la prohibición del daño y crueldad hacia los animales, cuando tal obligación entrare en tensión con otros principios o derechos de rango constitucional.

(...) En síntesis, el deber constitucional de protección del ambiente animal no es absoluto y, por el contrario, admite excepciones al entrar en tensión con otros principios y derechos constitucionales relevantes como los derechos alimentarios, la libertad religiosa, la libertad de investigación científica y médica, el derecho a la salud y el patrimonio cultural. Particularmente, la “cultura” es para el Constituyente de 1991 un bien público constitucionalmente relevante, fundamento de la nacionalidad, cuya diversidad y riqueza constituye el patrimonio cultural que el Estado y los particulares deben proteger, asegurando el acceso igualitario de todos los colombianos. Pero sólo las manifestaciones culturales “con arraigo social” son admisibles para la permisión excepcional de determinadas modalidades de maltrato animal. (Subrayado agregado)

Se ha establecido así excepciones al maltrato animal, en función de una concepción totalmente contradictoria a la posición originaria de la dignidad que diera la Corte Colombiana. Al principio asume posición ética irrefutable sobre la dignidad del hombre en virtud del respeto por la fauna, su protección y su rechazo al maltrato, para posteriormente plantear excepciones basadas en una tesis de distinto orden al filosófico-ético, como es la “expresión cultural objetiva, científica” de corte puro sociológico y etnológico prescindiendo de su valoración ética (*Vid supra* punto 4). Así las cosas, no resultaría sorpresivo que en la ponderación de principios en el fuero Jurisdiccional Constitucional peruano, pudiera tenerse construcciones argumentativas contradictorias que el descrito en la experiencia Colombiana. En tal caso es necesario construir definiciones y redefiniciones del concepto de dignidad que sin dejar de considerar al hombre como su destinatario incorporen (como lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana) aspectos del ecosistema que retroalimenten el concepto.

Conclusiones

1. La tendencia legislativa así como los proyectos legislativos en el Perú no comportan un avance cierto en el debate jurídico o iusfilosófico, relacionado con el maltrato y tortura animal, pues aún no se ha discutido la excepción de la tauromaquia y la pelea de gallos, a pesar que es evidente que éstos entrañan maltrato y tortura animal.

2. Las excepciones que amparan la tauromaquia y la pelea de gallos se fundan *normativamente* en que éstas son expresiones culturales y artísticas, y por tanto son derechos subjetivos.
3. Las excepciones que amparan la tauromaquia y pelea de gallos se fundan *jurisdiccionalmente* (caso de la Corte Constitucional de Colombia) en la prevalencia ponderativa de los derechos subjetivos *expresión cultural y artística* sobre sobre el principio-*deber protección de la fauna* que es un bien colectivo. Parece que esta decisión se ha dado por una tendencia jurisdiccional de preceder los derechos subjetivos por sobre los bienes colectivos más que por un argumento racional que lo justifique.
4. Un primer argumento a favor de la justificación de la abolición de las excepciones del maltrato y tortura animal (tauromaquia y pelea de gallos) consiste en que: La expresión cultural no es no valorativa, necesariamente requiere de dimensión humanizadora, por lo tanto es indefectible expresarse culturalmente en ámbitos de dignidad.
5. Un segundo argumento en favor de la abolición de las excepciones del maltrato y tortura animal (tauromaquia y pelea de gallos) consiste en que: El concepto kantiano de “dignidad” (el hombre como fin) es fundamento normativo y axiológico en favor de la *obligación de protección de la fauna* en el marco del debate sobre las excepciones al maltrato, tortura y sufrimiento innecesario de los animales. El concepto de dignidad como fundamento en favor de la abolición del maltrato y tortura animal en los actos de tauromaquia y pelea de gallos no comporta la atribución de dignidad a los animales, puesto que la dignidad es un atributo humano. Por lo tanto el concepto de dignidad kantiano se extiende en conductas humanas sobre los animales para retroalimentar la dignidad del propio individuo.

Referencias

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Gedisa
- Alexy, R. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editor Miguel Carbonell. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pullido, C. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editor Miguel Carbonell. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bunge, M. (2007). *Diccionario de Filosofía*. Quinta edición en español. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Dorado Alfaro, D. (2014). *La consideración moral de los animales: Jesús Mosterín y la tauromaquia*. En revista Internacional de Filosofía No. 61º. P. 167-174: Universidad Carlos III de Madrid.
- Ferrater Mora, J. (1950). *Diccionario de Filosofía*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Sudamericana
- Hawking, S. *Historia del Tiempo, del Big Bang a los Agujeros Negros*. Virtual disponible en <http://antroposmoderno.com/word/>
- Kant, M. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Puerto Rico: Edición Pedro Rosario Barbosa.

Michelini, D. J. (2010). *Dignidad humana en Kant y Habermas*. En Revista Anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las ideas. Vol. 12 No. 1. Mendoza. Páginas 41-49. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Correspondencia: Álvarez Villanueva, Oma Nathanael. Av. San Martín de Porres N° 861, Cajamarca-Perú.

Recibido: 15/02/2015

Aprobado: 13/05/2015