

# Legítima defensa de animales

*Luís Greco*

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemas de ambas sentencias. III. La cuestión previa: ¿legítima defensa de animales? O lo que es lo mismo: ¿animales como sujetos de derechos subjetivos? IV. El problema real: ¿derecho a la defensa completo a favor de los animales? V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos han ganado visibilidad dos sentencias (pronunciadas en el mismo proceso) en las que se plantea la cuestión de si cabe apreciar una legítima defensa (§ 32, CP alemán) también en aquellos casos en que la agresión antijurídica se encuentre dirigida contra un animal.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LG Madgeburg, StV 2018, 335 incluyendo otras sentencias. *Keller/Zetsche*; OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 con jurisprudencia. *Holtz*; Con anterioridad AG Haldensleben, sentencia de 26 de septiembre de 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14) –; muy crítico con ambas sentencias *Scheuerl/Glock*, NSTZ 2018, 448; *Hecker*, JuS 2018, 83 und *Mitsch*, studere – Rechtszeitschrift der Universität Potsdam 2018, p. 40 (pp. 41 y ss.) no afirman legítima defensa sino estado de necesidad; hace no mucho tiempo el OLG Naumburg consideraba que la destrucción de plantas modificadas genéticamente era un conducta justificada por el estado de necesidad, OLG

El caso fue el siguiente: activistas defensores de los animales irrumpieron en una granja industrial con el fin de dejar constancia por medio de grabaciones de las contravenciones a las normas que protegen a los animales que se producían en dicho establecimiento. El Tribunal regional de Magdeburgo<sup>2</sup> calificó la conducta como violación de morada ajena (§ 123, CP alemán) y señaló que la misma se encontraría justificada en virtud de la legítima defensa (§ 32, CP alemán). Los animales serían también un “otro” en el sentido de este precepto. El Tribunal afianza su conclusión sobre el artículo 20a de la Constitución alemana, los §§ 1 y 17 de la Ley de Protección Animal y también con base en la debida compasión hacia los animales. Se reconoce además un estado de necesidad justificante.<sup>3</sup> El Tribunal superior de Naumburgo es algo más comedido. Sólo se afirma el § 34, CP alemán (estado de necesidad). Sin desperdiciar una palabra en la cuestión de fondo acerca de si resulta posible o no defender a los animales, excluye la aplicación del § 32, CP alemán debido a la circunstancia de que las grabaciones se hicieron llegar a los funcionarios encargados cuando ya habían pasado cinco meses desde que se tomaron: dado que los animales son sacrificados a los pocos meses, con esa acción no se pretendía proteger a los animales vivos en aquel momento, sino a animales futuros, para los que no existía un “peligro” actual cuando entraron en la propiedad ajena.<sup>4</sup> Este proceso tuvo incluso efectos sobre el acuerdo de coalición de 2018, que incluyó la promesa de “castigar de manera efectiva las irrupciones en granjas industriales en tanto que conductas penalmente relevantes”.<sup>5</sup>

Estas sentencias constituyen un motivo para reflexionar sobre la aplicabilidad de la legítima defensa a favor de los animales, sobre todo si tenemos en cuenta que las sentencias absolutorias con seguridad podrían servir de acicate para otros compañeros

---

Naumburg NStZ 2013, 718; un retrato impresionante del maltrato animal en la agricultura lo ofrece *Bülte*, GA 2018, 35.

<sup>2</sup> LG Magdeburg, StV 2018, 335 Nm., pp. 19 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 21 y ss.

<sup>4</sup> OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 Nm. 22.

<sup>5</sup> Crítico *Bülte*, StV 2018, Editorial Cuaderno 6; Keller/Zetsche, StV 2018, p. 339.

para seguir llevando a cabo estas acciones. En éstas podría tratarse incluso de la salvación de los animales individuales que están siendo torturados, de manera que cabría afirmar legítima defensa incluso con base en la (dudosa) argumentación del Tribunal superior de Naumburgo (*infra* II). También podría ocurrir que los activistas se encontraran con resistencia, de manera que ya no se tratara sólo de la violación de morada ajena del § 123,<sup>6</sup> sino de lesiones o incluso de homicidios. Se intentará otorgar una respuesta a estos interrogantes más allá de las sentencias y de las particularidades del caso concreto.

Para ello, en primer lugar, se analizarán brevemente ambas resoluciones (*infra* II). En un siguiente paso (*infra* III) se planteará la pregunta central acerca de si la legítima defensa de animales resulta posible desde un plano teórico. Esto presupone el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho, es decir, como titulares de derechos. La respuesta afirmativa de ambas preguntas nos lleva a la pregunta más difícil, que ha de ser tratada en tercer lugar, como es la extensión o la amplitud de la legítima defensa de los animales o del estado de necesidad (*infra* IV): ¿existe en el caso de los animales un derecho de defensa tan extenso como el de los seres humanos (que incluye incluso la muerte del agresor)?

## II. PROBLEMAS DE AMBAS SENTENCIAS

Como ya se insinuó, el razonamiento de ambas sentencias no resulta particularmente acertado.

1. Para la afirmación de la legítima defensa el Tribunal de Magdeburgo se apoya en cuatro puntos de vista que no justifican el resultado ni de manera individual ni tomados en su conjunto. El primero, es la afirmación de que los animales serían un “otro” en el sentido de § 32, CP alemán. La pregunta es ¿y esto por qué es así, si la doctrina absolutamente mayoritaria mantiene deci-

---

<sup>6</sup> Cuyo contenido de injusto se ve disminuido en la medida en que la entrada no se produjo en una “vivienda” (en la que se expresa la personalidad: art. 10, Constitución alemana), sino en “espacios de trabajo” (en los que no se manifiesta la personalidad: art. 10, Constitución alemana).

didamente otra opinión<sup>7</sup> y no existe ningún precedente al respecto? Es posible que los tres puntos siguientes constituyan un intento de dar una respuesta a este interrogante. Dos y medio de estos puntos, se refieren a intereses institucionales-colectivos que precisamente no permiten una legítima defensa, orientada siempre a la protección individual.<sup>8</sup> El rol del “medio” punto de vista restante, el § 17 de la Ley de Protección Animal, tampoco es claro: lo primero, porque la norma no se afirma con la debida claridad en el caso concreto; lo segundo, porque sólo se podría reconocer la legítima defensa del tercero animal si la norma reconociera la condición de éstos como titulares de bienes jurídicos y por tanto, sujetos de derechos, lo que debería argumentarse en primera instancia.

2. Mientras que el Tribunal de Magdeburgo dicta sentencia sin argumentar de manera convincente, el Tribunal superior de Naumburgo procede aún peor: en su intento de evitar el terreno pantanoso, se enreda en una contradicción. Como ya se dijo, la sentencia no se pronuncia sobre la cuestión principal acerca de la aplicabilidad de la legítima de defensa a favor de los animales. Cree poder salir del paso con una particularidad del caso concreto como es que las tomas de video no se pusieron a disposición de los funcionarios inmediatamente, sino meses más tarde. “La acción ya no podía beneficiar a la mayoría de los animales filmados”.<sup>9</sup> El problema aquí no es tanto la clasificación dogmática de esta declaración, con vestimentas subjetivas, que más bien podría ponerse en relación con la adecuación o lo apropiado de la acción de defensa; sino la circunstancia de que el Tribunal reconoce de manera implícita que la acción podría beneficiar a una minoría de los animales. Con una población total de 62 000, esta

<sup>7</sup> *Duttge*, HK-StGB, 4a. ed., 2017, antes del § 32 Nm. 8 (al final); *Engländer*, MR-StGB, 2013, § 32 Nm. 11; *Erb*, MüKo-StGB, 3a. ed., 2017, § 32 Nm. 100; *Mitsch*, Jura 2017, 1388 (1393); *Scheuerl/Glock*, NSTz 2018, p. 448; dudoso al respecto *Jäger*, AT, 8a. ed., 2017, § 4 Nm. 101. De otra opinión véase sólo *Roxin*, AT I, 4a. ed., 2006, § 15 Nm. 34; *Herzog*, JZ 2016, p. 190; *Lackner/Kühl*, StGB, 29a. ed., 2018, § 32 Nm. 12.

<sup>8</sup> Cfr. *Roxin*, AT I, § 15 Nm. 36 y ss., con referencias; *Perron*, Sch/Sch-StGB, 29a. ed., 2014, § 32 Nm., pp. 8 y ss.; parcialmente diferente *Lackner/Kühl*, StGB, § 32 Nm. 3.

<sup>9</sup> OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 Nm. 22.

minoría no sería una cifra pequeña, sino que podría tratarse de algunos centenares, haciendo un cálculo conservador.<sup>10</sup> Lo más importante es que las cifras no son relevantes para la legítima defensa individual.

Con otras palabras: la argumentación del Tribunal superior de Naumburgo es contradictoria. Con base en su propia argumentación el Tribunal debía haber afirmado la legítima defensa o tenía que haber argumentado a partir de la negación de la tesis del Tribunal de Magdeburgo acerca de que los animales son “otros”. Desde el momento en que reconoce implícitamente que cientos de animales podían haberse salvado, no tiene escapatoria. Llama la atención el hecho de que el Tribunal opte por seguir el camino de la contradicción cuando la negación de la situación de necesidad resultaba la salida más fácil a la vista del espectro de opinión actual.

III. LA CUESTIÓN PREVIA:  
¿LEGÍTIMA DEFENSA DE ANIMALES?  
O LO QUE ES LO MISMO:  
¿ANIMALES COMO SUJETOS  
DE DERECHOS SUBJETIVOS?

La tesis del Tribunal regional de Magdeburgo, de que los animales constituyen un “otro” en el sentido del § 32, Código Penal alemán no puede pasarse por alto. Hay que mirarla con algo más de detenimiento.

1. Para hablar de situación defensiva en el sentido del § 32, CP alemán ha de darse previamente una “agresión”, es decir, una amenaza de un bien jurídico a partir de un comportamiento humano.<sup>11</sup> Ese bien jurídico ha de adjudicarse a un individuo, los bienes colectivos no son susceptibles de ser protegidos en legítima

---

<sup>10</sup> Cfr.: [<https://www.landwirtschaft.de/landwirtschaft-verstehen/haettensies-gewusst/tierhaltung/wann-ist-ein-schwein-schlachtreif/>]; los cerdos se sacrifican por regla general a la edad de seis meses como máximo.

<sup>11</sup> Por todos Roxin, AT I, § 15 Nm. 6; Kühl, AT, § 7 Nm. 23; Rosenau, SSW-StGB, 3a. ed., 2017, § 32 Nm. 4.

tima defensa.<sup>12</sup> De ese modo, sólo se podría actuar en legítima defensa de los animales si éstos fueran sujetos de derecho, así fuera en un sentido mínimo.

a) A este presupuesto teórico decisivo debemos dedicarle poco espacio en la medida en que un artículo sobre la legítima defensa no es el lugar para explayarse al respecto. Una toma de postura fundada acerca del estatus jurídico de los animales y, con ello, acerca del contenido de injusto del maltrato animal, requiere un tratamiento propio cuyos resultados tendrían un peso enorme en las reflexiones sobre la legítima defensa. Aquí debo contentarme con remitir a pensamientos desarrollados anteriormente, que sólo puedo exponer de manera muy comprimida y con poca finura.<sup>13</sup>

b) El tipo penal de maltrato animal (§ 17, Ley de Protección Animal), que castiga la muerte y el maltrato sin motivo de un animal vertebrado no busca ser abolido prácticamente por nadie. Ninguno de los fundamentos tradicionales de este precepto nos permite desprendernos de la certeza a la que nos amarramos de manera intuitiva. El argumento de baja moral de la conducta<sup>14</sup> o de las convicciones que se expresan con ella,<sup>15</sup> no es válido en un Derecho penal que considera que la moral y las convicciones de sus ciudadanos constituyen su propio asunto. No sirve la argumentación de que los maltratadores de animales de hoy serán los maltratadores de humanos de mañana:<sup>16</sup> si así fuera no tendría-

<sup>12</sup> Véase *supra* nota 8.

<sup>13</sup> Greco, FS Amelung, 2009, pp. 3 y ss.

<sup>14</sup> Schick, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung, 1936, pp. 7, 9, 59: “acción digna de rechazo que afecta a la sensibilidad y a las buenas costumbres”; H. Mayer, DStR 1938, pp. 73 y ss. (p. 84, nota 51).

<sup>15</sup> Gallas, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, pp. 1 y ss. (13, 15); Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11a. ed., 1969, p. 452.

<sup>16</sup> Hommel, Rhapsodia qvastianvm in foro qvotidie obvenientvm, 1769, Observatio CCLVI (pp. 38 y ss.); Kant, Die Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, 1797, p. A 108 (§ 17) (dazu Baranzke, Kant-Studien 96 [2005], pp. 336 y ss.; Potter, FS f. Hruschka, 2005, pp. 299 y ss.); Abegg, NArchCrim 1832, pp. 620 y ss. (p. 638, nota 21); *idem*, NArchCrimR 1834, pp. 93 y ss. (97); *idem*, NArchCrimR 1851, pp. 102 y ss. (109); Ihering, Der Zweck im Recht, tomo 2, 1883, p. 140; hoy v. Loeper, ZRP 1996, pp. 143 y ss. (146); von einer gesellschaftsgefährdenden Abstumpfung der Mitleidsgefühle der Bevölkerung und nicht mehr des Einzel-

mos ningún argumento para negarle a un condenado a muerte maltratar un animal como último deseo. La protección de sentimientos<sup>17</sup> es un reflejo; en un Derecho penal que proteja la libertad no puede tratarse exclusivamente de sentimientos, sino de sí detrás de ellos (que en determinados casos podrían ser racistas o discriminadores) se encuentran buenos motivos.<sup>18</sup> El artículo 20a de la Constitución alemana<sup>19</sup> nos acerca más a la cuestión (sería de hecho extraño que un Estado que se pronuncia a favor de la protección animal fuera indiferente hacia el maltrato animal desde la perspectiva penal), pero es expresión de una decisión que no sale del aire, sino que está convencida de su propio fundamento y corrección, de manera que ésta ha de ser expuesta inicialmente. El artículo 20a de la Constitución alemana es parte integrante de la argumentación convincente, como veremos a continuación.

c) De ahí queda clara una cosa: con el reconocimiento del tipo penal del maltrato animal, que se realiza con independencia de que un ser humano pueda ser afectado, reconocemos de manera implícita que la protección de los animales se produce no por los humanos, sino por los propios animales, seres que son sujetos de valor intrínseco, propio y originario y no sólo extrínseco, instrumental y derivado.<sup>20</sup>

---

täters spricht, v. Hippel Die Tierquälerei in der Gesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, p. 130, no habla del autor individual sino de un entumecimiento del sentimiento de compasión que hace peligrar la sociedad.

<sup>17</sup> Abegg, NArchCrimR 1834, p. 97; W. Lange, GS 42 (1889), pp. 43 y ss. (pp. 45 y ss., 49); v. Hippel (nota 16), pp. 125, 126; *idem*, DJZ 1933, pp. 1253 y ss. (1253); Rotering, ZStW 26 (1906), pp. 719 y ss. (736); Vierneisel, Das Delikt der Tierquälerei und seine Reformbedürftigkeit, 1914, pp. 18 y ss., 23; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23a. ed., 1921, pp. 655 y ss.; hoy Hirsch, en: Kühne/Miyazawa (eds.), Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuerer Kriminalitätsformen, 1995, pp. 11 y ss. (16: “compasión humana hacia una criatura sufriente”); Robles Planas, en: *Actualidad Penal*, 1996, pp. 686 y ss. (pp. 703 y ss.).

<sup>18</sup> En contra de cualquier clase de protección de sentimientos Amelung, en: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 155 y ss. (pp. 171 y ss.); Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, p. 84.

<sup>19</sup> En este sentido, destacadamente Roxin, AT I, § 2 Nm. 56.

<sup>20</sup> Se habla de “dignidad” ocasionalmente (destacadamente la Constitución suiza, en su art. 120 se refiere a la “dignidad de la criatura”, al respecto, Richter, ZaöRV 67 [2007], p. 319), lo que induce a error, dado que en el

d) Se puede hablar acá de un círculo vicioso. Existe un círculo, sin duda, pero no es vicioso, sino virtuoso. El tipo penal del § 17 de la Ley de Protección Animal nos conecta con la idea de que los animales tienen un valor propio. Este punto de vista se afirma a partir de una serie de fenómenos que confirman esta tesis como la más razonable en la medida en que ofrecen la explicación más lógica desde la perspectiva jurídica (y moral) para la realidad que percibimos. El valor intrínseco de un objeto no se desprende siempre de la deducción, sino también a través de un equilibrio en la reflexión, es decir, a partir del juego conjunto de varios componentes, también de naturaleza intuitiva.<sup>21</sup> No queremos renunciar al precepto que castiga el maltrato animal, incluso cuando reconocemos que lo que protege no es propiamente humano. Hemos decidido introducir en nuestra Constitución la protección animal y hemos previsto en el Código Civil de manera simbólica que los animales no son cosas (§ 90a).<sup>22</sup> Estamos dispuestos a cargar con costos no insignificantes para garantizar la protección animal. Las más diferentes tradiciones filosóficas fundamentan este ascenso de los animales.<sup>23</sup> Esta lista, que puede ampliarse a voluntad, constituye la prueba de que creemos en el valor propio de los animales. El tipo penal contra el maltrato animal constituye una parte de un paisaje jurídico coherente, en el que los animales se integran como sujeto de un valor propio.

---

contexto en que se aplica esta palabra no significa únicamente que su portador tiene un valor en sí mismo, sino también que ese valor propio está por encima de cualquier otra circunstancia (la dignidad es *absolutamente preeminente*), al margen de otras cuestiones acerca del contenido de esa dignidad (un intento de precisar este contenido en mayor medida lleva a cabo Hilgendorf, FS-Puppe, 2011, pp. 1653 y ss.: “teoría del conjunto”).

<sup>21</sup> En detalle Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, 1999 (ya en 1971), p. 18; Daniels, *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge, 1996, p. 21 y ss.; desde la perspectiva penal Greco, ZIS 2016, pp. 416 y ss. (p. 418). No se comparte el constructivismo que se encuentra frecuentemente unido a la idea del equilibrio.

<sup>22</sup> Sobre un estatus especial de los animales también en el marco del tipo penal de daños Höffler, HBdStR, en prensa.

<sup>23</sup> Cfr. las referencias de la nota 28; véase también Hager, *Das Tier in Ethik und Recht*, 2015.



e) Pero esto no es suficiente para afirmar un derecho subjetivo y, por tanto, la legítima defensa. Los animales no se distinguen de otros objetos que aparentemente también tienen un valor propio sin que, desde luego, se les adjudiquen derechos: basta recordar obras de arte como la Piedad de Miguel Ángel o la Catedral de Colonia. Ninguna de ellas es susceptible de ser defendida por sí misma, sino como bien jurídico individual de sus respectivos propietarios. Sin embargo, respecto de un ser que tiene valor propio y además tiene la capacidad de experimentar estados mentales, parece que una clasificación como sujetos de derechos subjetivos, es decir, como sujeto de derecho, resulta ineludible.<sup>24</sup> En la medida en que, a partir de este punto, se posibilita una autodeterminación, así sea rudimentaria, se abre la puerta a reconocer que un extraño pueda atentarse contra la misma. Y la determinación por otro, el poder, es en lo que debe interesar a un ordenamiento jurídico liberal, en tanto que el orden garantizaría la libertad.<sup>25</sup> Precisamente eso —una capacidad mental y con ello una capacidad para autodeterminarse y a una propensión a ser determinado por otro— es lo que le falta a la Piedad de Miguel Ángel y a la catedral de Colonia, y lo que sí encontramos respecto de los animales “más altos”.

f) Los animales son, por tanto, sujetos de derechos. La siguiente pregunta es qué derechos concretos les pertenecen. Sobre esto no podemos profundizar acá, tendremos que conformarnos con la constatación que tienen derechos rudimentarios o, formulado de manera positiva, que tienen los derechos que se encuentran implícitamente en la base del § 17 de la Ley de Protección Animal, a saber, el derecho a no ser matado sin una razón justa o defendible, así como el derecho a vivir libre de sufrimiento o dolores constantes. Si los animales tienen otros derechos no es objeto de análisis aquí.

2. El hecho de ser sujetos de derecho no presupone que posean la capacidad (sobre todo intelectual) de percibir tales dere-

---

<sup>24</sup> Subrayo: acá no se afirma que esos dos elementos sean una *condición necesaria* para afirmar el estatus de sujeto de derecho (piénsese en embriones, cuyo estatus jurídico sin embargo, es discutido [s.a. BVerfGE 88, 203 (251 ff.)] y comatosos). Lo que se dice es que resultan, a estos efectos, *suficientes*.

<sup>25</sup> Greco, FS Amelung, pp. 13 y ss.

chos. Pensemos simplemente en los nasciturus y en los comatosos. Estos sujetos de derechos precisan de alguien capaz, en todo el sentido de la palabra, que perciba esos derechos por ellos, por decirlo de alguna manera. Ya por esta razón el derecho a la defensa, que en sí correspondería al animal, se configura como una legítima defensa de tercero.<sup>26</sup> A partir de ahí cualquier auxilio —también el que se presta a favor de un humano— es un derecho secundario, derivado, cuyo fundamento o límites proceden del originario derecho a la defensa del inmediatamente agredido.<sup>27</sup> El auxilio al animal lo es en un doble sentido: primero, porque el humano (capaz de defenderse) actúa *en lugar* del animal (por regla general incapaz de defenderse); segundo, porque un defensor actúa *a favor* de un agredido, que en este caso es un animal.

3. Podemos concluir por tanto que los animales son, así sea en un sentido rudimentario, sujetos de derechos subjetivos y que, en consecuencia, pueden ser objeto de ataques antijurídicos.

<sup>26</sup> La cuestión acerca de si el propio animal puede actuar en legítima defensa no se tratará aquí. La conclusión de que sí debe tener tal derecho se extrae de la siguiente idea: no cabría afirmar una legítima defensa de tercero (secundaria, derivada) si no existiera un derecho de defensa (primario, originario) (cfr. las referencias de las siguientes notas a pie). Se tiende a considerar que esta es una cuestión meramente teórica, en la medida en que los animales no son susceptibles de realizar un tipo penal. Cuando el agresor se defiende del animal que reacciona frente a su agresión: ¿puede decirse que actúa en legítima defensa? Para responder primero ha de aclararse si la agresión del animal tiene carácter antijurídico (en relación con el concepto agresión véase la definición en la nota 11). De ello resulta claro que abrir una brecha, como es la protección de animales a partir de la legítima defensa de tercero, lleva necesariamente a una revisión completa de este derecho (otras preguntas grotescas en un primer momento, pero perfectamente justificadas: ¿ya no cabría “agresión” actual de un animal como provocación que tendría el efecto de limitar la legítima defensa? ¿Cabría defender contra su voluntad, en legítima defensa de tercero, a un perro absolutamente fiel a su dueño, así éste lo maltrate?). Éste no es el lugar para llevar a cabo esta revisión.

<sup>27</sup> Así Engländer, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 91; Engländer, MR-StGB, § 32 Nm. 35; Kuhlen, GA 2008, pp. 282 y ss. (288); Perron, Sch/Sch-StGB, § 32 Nm. 25/26; en sentido parcialmente diferente Hoyer, SK, 9a. ed., 2017, § 32 Nm. pp. 123 y ss.: La legítima defensa del tercero sería o encargo o gestión sin encargo, a la segunda hace referencia también Heller, *Die aufgedrängte Nothilfe* 2004, pp. 230 y ss.

De esta manera que se allana el camino para reconocer una legítima defensa de terceros, ¿no es cierto?

#### IV. EL PROBLEMA REAL: ¿DERECHO A LA DEFENSA COMPLETO A FAVOR DE LOS ANIMALES?

En realidad la cuestión que se acaba de tratar era, en cierto sentido, la parte fácil. Incluso aunque el resultado de que los animales tienen derechos es discutible y se fundamenta en un amplio número de argumentos alternativos,<sup>28</sup> esta posición parece corresponderse con el sentir general en nuestros días. Los derechos de los animales son *mainstream* hoy día, de manera que incluso un escéptico tiene que asumir su reconocimiento cada vez mayor en el derecho positivo y, con ello, las demás cuestiones, entre las cuales se encuentra la de la legítima defensa. Si los derechos de los animales están llegando, con o sin razón, entonces no habrá que esperar mucho a que se suscite la cuestión de la legítima defensa. Y ella plantea numerosos retos cuyo primer avistamiento y aproximación es el modesto objetivo de este artículo.

Tras la altamente problemática “agresión” que acaba de tratarse anteriormente (II), la “actualidad”, la “antijuridicidad” y la “acción defensiva” no plantean especificidades relevantes. Las dudas comienzan en el ámbito de la necesidad, en concreto, en lo que respecta a la cuestión de la *posibilidad de una evitación segura*. Este problema se hace más acuciente si se piensa que en la

---

<sup>28</sup> Desde una perspectiva utilitarista Singer, *Animal Liberation*, edición revisada, New York, 2002, pp. 1 y ss.; *idem*, *Practical Ethics*, 3a. ed., Cambridge, 2011, pp. 48 y ss.; desde una perspectiva kantiana (en su opinión) Regan, *The Case for Animal Rights*, 2a. ed., Berkeley/Los Angeles, 2004, pp. 243 y ss.; argumentando con una “moral compasiva” U. Wolf, *Das Tier in der Moral*, 2a. ed., 2004, pp. 72 y ss., 99 y ss.; desde un punto de partida “orientado al ciudadano” (Citizenship-Theory) Donaldson/Kymlica, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*, Oxford, 2001, pp. 19 y ss.; contra los derechos de los animales Carruthers, *The Animal Rights Issue*, 1992, pp. 98 y ss., en particular pp. 112 y ss. (desde las premisas de Rawls); Scruton, *Animals Rights and Wrongs*, 3a. ed., London, 2000, pp. 78 y ss., 123 y ss.; Hoerster, *Haben Tiere eine Würde?*, 2004, pp. 98 y ss.; véase también en relación con toda esta problemática Bode, *Einführung in die Tierethik*, 2018, pp. 49 y ss.

legítima defensa no se exige *una proporcionalidad en los bienes jurídicos*. Llevándolo al extremo: ¿se puede llegar a matar a los que maltratan animales en caso de ser necesario para repeler la agresión? Se trata por tanto de dos aspectos que se encuentran en la base de llevar el derecho de defensa hasta las últimas consecuencias.<sup>29</sup> Con otras palabras: se trata de la cuestión de si el derecho de defensa de los defensores de los animales no debería estar sujeto a ciertas limitaciones.

1. *¿Resulta “necesaria” la acción defensiva cuando se puede evitar el ataque?*

No es únicamente cuando el sujeto no puede evitar la agresión que tiene derecho a defenderse. El agredido no está obligado a evitar el ataque antijurídico y ello se argumenta de diferentes formas. Podemos distinguir, de manera esquemática, una justificación clásica individualista, una supraindividualista que es la defendida mayoritariamente, y otra moderna individualista que se va abriendo camino.

Antes de entrar a confrontarnos con estas argumentaciones es necesario hacer una observación. La discusión acerca de la probabilidad de evitar se encuentra dirigida siempre a constelaciones de casos de defensa propia, no de defensa de terceros, es decir, a casos en los que quien es atacado y quien se defiende resulta ser la misma persona. El problema no viene dado por la posibilidad de evitar el ataque de aquel que lleva a cabo la acción defensiva (propia o de tercero), sino del propio agredido. En el caso de la defensa de animales debería depender de la capacidad de evitar del animal. En la medida en que el auxiliador lleva a cabo una legítima defensa de terceros en lugar del propio animal (III.2) habrá que tener en cuenta sus posibilidades de proteger al animal de manera segura de la agresión (por ejemplo, huyendo él).

a) La argumentación clásica individualista se mueve dentro de las coordenadas del honor caballeresco y de la virilidad: huir es, desde esta perspectiva, débil, vergonzoso y poco masculino.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Por todos Perron, Sch-Sch-StGB, 29a. ed., 2014, § 32 Nm. 1a.

<sup>30</sup> Welcker, Nothwehr und Selbsthülfe, en: Rotteck/Welcker (eds.), Das Staats-Lexikon, 3a. ed., tomo 10, 1864, p. 682 (quien, apoyándose en el art.

Más preciso desde una perspectiva dogmática: huir supone renunciar a otro bien jurídico individual, como es el honor. Por más que la “cultura del honor”<sup>31</sup> se encuentre de capa caída cada vez en mayor medida no se puede caer en la tentación elitista de concebir la propia visión del mundo como la única discutible. Más importante incluso que esta advertencia es, desde luego, tener presente que no hay que llevar el compromiso acerca de los derechos de los animales hasta el punto de reconocerles honor.

b) La teoría dualista dominante de la legítima defensa fundamenta la inexistencia de una obligación de evitar el ataque con el argumento supraindividual de la salvaguardia del Derecho. El Derecho no tiene que ceder frente al injusto.<sup>32</sup> No se trataría únicamente del bien jurídico agredido de manera inmediata, sino del ordenamiento jurídico como tal, que sería puesto en cuestión por parte del agresor ¿Cabe aplicar esta idea sin más a los casos analizados acá?

No es fácil dar una respuesta. Por una parte se podría argumentar que quien maltrata animales actúa de manera tan antijurídica como el ladrón o el homicida. Todos contravendrían las prohibiciones recogidas en el ordenamiento jurídico, de manera que contra todos existiría un interés equivalente para salvaguardar el ordenamiento jurídico. Frente a ello podría contraargumentarse que el interés de la salvaguarda del Derecho es menor porque “sólo” se trataría de animales. Esto resulta particularmente claro cuando se conecta el interés de la salvaguarda del Derecho con la prevención general positiva,<sup>33</sup> en la medida en que resulta plau-

---

140, cc considera inaceptable tener que huir en mitad de la noche); de la jurisprudencia en NJW 1962, p. 308 (309): “cobardía”; BGH NJW 1980, p. 2263: “rendición inexigible”, “huida vergonzosa”, “abandono de su honor”.

<sup>31</sup> Al respecto, la investigación de Nisbett/Cohen, *Culture Of Honor: The Psychology of Violence in the South*, Colorado, 1996.

<sup>32</sup> RGSt 21, p. 168 (170); en la literatura actual por todos Hilgendorf/Valeurius, AT, 2a. ed., 2015, § 5 Nm. 39; con una interpretación particular de este principio que difícilmente con su origen Lesch, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, 2000, pp. 23 y ss.; *idem*, FS Dahs, 2005, pp. 81 y ss. (82 y ss.); Kindhäuser, FS Frisch, 2013, pp. 495 y ss.; Kindhäuser, NK-StGB, 5a. ed., 2017, § 32 Nm. pp. 11 y ss.

<sup>33</sup> En este sentido Roxin, ZStW 93 (1981), pp. 68 y ss. (73 y ss.); *idem*, AT I, § 15 Nm. 2; *idem*, FS Kühl, 2014, pp. 391 y ss. (394); Kaspar, RW 2013, pp.

sible que las agresiones contra bienes jurídicos humanos tienen el efecto de causar mayor inseguridad y, por tanto, de alterar en mayor medida la paz garantizada por el Derecho, que las agresiones contra los animales.

Una primera dificultad es que no existe claridad acerca del contenido de la salvaguarda del Derecho. Los críticos que afirman que los resultados de esta figura pueden resultar arbitrarios<sup>34</sup> no están faltos de razón. La segunda dificultad y, en sí, la fundamental es, sin embargo, que la salvaguarda del Derecho, en contra de lo que opina la doctrina mayoritaria, no constituye un fundamento válido para la obligación de evitar. Esta idea supone partir de la base de que el sujeto estaría siempre obligado a evitar la confrontación cuando “sólo” se trata de intereses individuales enfrentados entre sí. Únicamente el interés público de la salvaguarda del Derecho frente al injusto daría al agredido el derecho a defenderse. Ésta es una concepción colectivista inaceptable que eleva (o denigra) a quien actúa en legítima defensa a “representante del Estado”<sup>35</sup> o a un “órgano del ordenamiento jurídico”<sup>36</sup> sin siquiera consultarle, como si sus derechos no fueran dignos de defensa por sí mismos.

c) La llamada *fundamentación individualista moderna* encuentra cada vez más seguidores, sobre todo (pero no sólo) entre los defensores de una teoría de la legítima defensa puramente individualista. Ésta trata de justificar la ausencia de una obligación de evitación del ataque sin conjurar el honor caballeresco o una salvaguarda del Derecho colectiva. El lugar que ocupaba el bien jurídico honor en la concepción tradicional se integra por regla general en la *libertad de actuación general*: evitar una agresión

---

40 y ss. (52 y ss.); a este mismo resultado llega Schmidhäuser, Honig-FS, 1970, pp. 185 y ss. (193 y ss.); *idem.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2a. ed., 1984, Cap. 6 Nm. 51, refiriéndose a la protección de la “validez empírica del ordenamiento jurídico”.

<sup>34</sup> Por ejemplo, Kleszczewski, FS E.A. Wolff, 1998, pp. 225 y ss. (238); Perdomo Torres, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, 2011, p. 17; Kaspar, RW 2013, p. 49; Krauß, Puppe-FS, 2011, pp. 635 y ss. (641).

<sup>35</sup> Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, p. 27 (crítico).

<sup>36</sup> Wegner, Strafrecht AT, 1951, p. 122.

antijurídica significa abandonar el “derecho a quedarse”.<sup>37</sup> Con otras palabras: uno se convierte, además, en víctima del injusto de constreñimiento ilegal.<sup>38</sup> Iría incluso un paso más lejos al entender que la libertad de acción general de la que parten estos autores *constituiría en sí una parte del derecho subjetivo atacado*:<sup>39</sup> el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la propiedad, etc., abarca también el derecho a poder detentarlos (y defenderlos) no sólo cuando no es posible huir. Vida, integridad, propiedad otorgan también el derecho de mantener el cuerpo vivo con sus bienes allá donde uno se encuentre. Un derecho que obliga a su detentador a salir corriendo acaba volviéndose contra él y resulta, por tanto, contradictorio.

¿Qué significa esto para los animales y, sobre todo, para sus defensores? La falta de una obligación de evitar la agresión anti-jurídica se encontraría condicionada, a partir de la primera variante, al reconocimiento de una libertad de actuación general a los animales. Esto desborda el hallazgo de derechos rudimentarios que se les reconoce (así en II.2.f) y resulta particularmente difícil de defender. Esta argumentación nos llevaría a una legítima defensa de tercero limitada, que decaería cuando existe una posibilidad de evitar la confrontación.

La argumentación defendida por mí sustentaría el derecho a no tener que huir en aquellos casos en los que los derechos agredidos se corresponden con los derechos básicos de los animales a vivir libres de maltrato y a no sufrir una muerte sin motivo. Estos derechos son propios de ellos, de manera que no cabría hablar de una obligación de evitar la confrontación como punto de partida. Esto no significa que esta obligación de evitar no pudiera desprenderse de otras razones, que habrían de considerarse a la hora de analizar el requisito de la necesidad. Pero de primeras, conforme al punto de vista considerado correcto, si bien no del todo

---

<sup>37</sup> Berner, NArchCrim 1848, p. 547 (578).

<sup>38</sup> Wagner (nota 35), p. 32; Engländer, HRRS 2013, pp. 389 y ss. (390); también claramente Lesch, FS Dahs, p. 89.

<sup>39</sup> En detalle Greco, GA 2018/2019, en prensa; igualmente Lesch, FS Dahs, pp. 88 y ss.; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, pp. 84 y ss., 372, quien postula una relación entre derecho subjetivo y legítima defensa meramente “funcional” y no conceptual.

argumentado, en la legítima defensa de terceros a favor de los animales aplicaría lo mismo que para la legítima defensa de terceros a favor de las personas: evitar el ataque no constituye nunca un elemento relevante a la hora de valorar la “necesidad” de la acción de defensa.

d) Conclusión provisional: la cuestión acerca de la necesidad de la defensa cuando existe la posibilidad de evitar la agresión no goza de una respuesta consensuada, sino que encuentra estrechamente conectada con la cuestión acerca de la fundamentación de un derecho a la legítima defensa completo. Quien considera que el que huye es un cobarde sin honor, no va a reconocer la necesidad de la defensa en un animal, que no tiene honor, a pesar de que tenga la posibilidad de huir. Quien argumenta desde una perspectiva supraindividual llega a resultados que reflejan la inseguridad de su argumentación, pero que tienden claramente a la exclusión de la necesidad. La argumentación individualista con la libertad de acción general lleva asimismo a la negación de la necesidad de la manera más evidente. Sólo la concepción considerada correcta por mí —que concibe la falta de obligación de evitar como parte integrante del derecho subjetivo atacado—, resuelve la cuestión de la misma forma que cuando el agredido es un ser humano.

## *2. Campo problemático: la necesidad al hilo de las limitaciones ético sociales*

### *a) Lo básico*

i) La situación se torna particularmente confusa, cuando nos adentramos en el campo problemático de afirmar la necesidad cuando entran en juego restricciones ético sociales —no en vano, en este ámbito todo es discutido, desde las fundamentaciones hasta las consecuencias jurídicas—. Por ese motivo, en este punto no se puede ofrecer mucho más que una orientación sin grandes detalles.

ii) Ni siquiera es claro si la palabra “necesidad” ofrece un punto de conexión para las limitaciones ético sociales del derecho de legítima defensa o si todo ello no debería rechazarse a falta de un



anclaje legal.<sup>40</sup> Siguiendo a la doctrina mayoritaria éste no sería el camino: desde una perspectiva formal la palabra constituye efectivamente una base legal más que satisfactoria para las limitaciones a la legítima defensa,<sup>41</sup> sobre todo si tenemos en cuenta que el principio de legalidad en la Parte general, y particularmente en las causas de justificación, encuentra aplicación de manera muy debilitada.<sup>42</sup>

La cuestión es: ¿cuál es el motivo de esa limitación? Acá se defienden numerosas concepciones, cuyo contenido no siempre se distingue entre sí. Parecen primar aquellas que parten de la teoría de la legítima defensa dualista, es decir, del principio de salvaguarda del Derecho, de manera que las limitaciones ético sociales aplicarían cuando el interés de la salvaguarda del Derecho se encontrara limitado por las razones que sea.<sup>43</sup> Ocasionalmente, en particular en algunos grupos de casos, se echa mano de la idea del abuso de Derecho.<sup>44</sup> También se encuentra extendida la tesis de que al agresor se le debe una cierta solidaridad mínima, a pesar de su agresión.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Kratzsch, JuS 1975, pp. 437 y ss. (438); B. Koch, ZStW 104 (1992), pp. 785 y ss. (819 y s.); van Rienen, Die, sozialetischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, pp. 167 y ss.; von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, pp. 78 y ss., 259; Sinn, FS Wolter, 2013, pp. 512 y ss. (518 y ss.).

<sup>41</sup> De manera convincente Schroth, NJW 1984, 2562, pp. 2562 y ss.

<sup>42</sup> En mayor detalle próximamente Roxin/Greco, AT I, 5a. ed., 2019, § 5 Nm. 29b, pp. 41, 42.

<sup>43</sup> Por ejemplo, Schroth, NJW 1984, p. 2562 (p. 2563); Perron, Sch/Sch-StGB, § 32 Nm. 45; Roxin, FS Kühl, 2014, pp. 391 y ss. (400 y ss.); Kühl, AT, § 7 Nm. 161.

<sup>44</sup> BGH NJW 1983, p. 2267; NJW 1962, 308 (p. 309); BayOblG NJW 1954, 1337 (p. 1378); Schaffstein, MDR 1952, pp. 132 y ss. (135); Rosenau, SSW-StGB, § 32 Nm. 30.

<sup>45</sup> En detalle Jakobs, AT, 1991, § 12/46 y ss.; lo sigue de manera expresa en términos generales Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, p. 66; Grünewald, ZStW 122 (2010), pp. 51 y ss. (63 y ss.); Kargl, ZStW 110 (1998), 38 (p. 63); Pawlik, Jura 2002, 26 (p. 26); *idem*, GA 2003, p. 12 (16: pertenencia a la comunidad de ciudadanos); Lesch, FS Dahs, p. 103; Merkel, JZ 2007, pp. 373, 378 nota 25; Engländer (nota 39), pp. 355 y ss.; von Scherenberg (nota 40), p. 259; Kindhäuser, FS Frisch, p. 506; Erb, MK-StGB § 32 Nm. 214.

Sobre todo este asunto me limitaré a decir lo siguiente: la solidaridad frente a un agresor antijurídico a cuenta precisamente del agredido convence a duras penas.<sup>46</sup> La idea del abuso de Derecho resulta demasiado imprecisa en su fundamento y en sus límites como para poder limitar el derecho de defensa.<sup>47</sup> Se comporta mejor la idea de la salvaguarda del Derecho en la medida en que no pone el foco en el agresor, sino que se limita a recordar que las eventuales limitaciones en las posibilidades de defensa no se fundamentarían en virtud o a favor del agresor, sino exclusivamente del ordenamiento jurídico.

Ésta podría ser la manera correcta de construir esta idea:<sup>48</sup> incluso aunque el derecho de defensa se fundamenta de manera individualista en su núcleo básico, es decir, a partir del derecho subjetivo atacado, no operaría como derecho individual de manera ilimitada o absoluta. Los derechos individuales pueden estar sometidos a determinadas limitaciones en el marco de una *reserva de interés general*. Las limitaciones a un derecho individual por motivo del interés general se llaman tradicionalmente *sacrificio*.<sup>49</sup> El interés general prioritario, que no sólo se presenta en el problema tratado en este punto, sino también en la delimitación de los contornos de la legítima defensa, se corresponde con la idea de ordenamiento como un *ordenamiento jurídico que persigue la paz*<sup>50</sup> y en el que los conflictos se tratan de resolver a través de procedimientos jurídicos formales, y no a través de la violencia.

b) Limitación de la legítima defensa de tercero a favor de animales los supuestos de lesiones crónicas o estables de sus derechos

<sup>46</sup> Crítico al respecto Kühl, en: *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, 2008, p. 299 (301); véase también *idem*, *Jura* 1990, 244 (pp. 248 y ss.).

<sup>47</sup> Escéptico en cuanto a dar una base independiente a las restricciones para la legítima defensa, Roxin, *AT I*, § 15 Nm. 59.

<sup>48</sup> En detalle Greco, *GA* 2018/2019, en prensa.

<sup>49</sup> Véase también (en el contexto del derecho de defensa) Jakobs, en: Eser/Nishihara (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, tomo IV, 1995, pp. 143 y ss. (152); con mayor profundidad Greco, *GA* 2018/2019; véase también Lesch, *FS Dahs*, p. 102: “desposesión”.

<sup>50</sup> *Arzt*, *FS Schaffstein*, 1975, pp. 77 y ss. (82); *Montenbruck*, *Thesen zur Notwehr*, 1983, pp. 28, 74; *Kasiske*, *Jura* 2004, pp. 830 y ss. (837); véase también *Roxin*, *FS Kühl*, p. 394.

¿Qué significa esto en relación con los casos analizados? Supongo que estas reflexiones constituyen el punto de partida para una distinción relevante e intuitiva.

Incluso cuando el Tribunal superior de Naumburgo estaba en lo correcto cuando negó la adecuación de la acción de defensa, podría ser que la siguiente tropa de amigos de los animales leyera la resolución publicada y ello les llevara a pensárselo mejor para la próxima: *inmediatamente* después de la sesión fotográfica se dirigen al funcionario encargado para asegurar la salvación de los animales que están siendo *maltratados en ese momento*. La entrada en morada ajena llevada a cabo para hacerse con las pruebas jugaría a favor de los animales maltratados, de manera que, en esta ocasión, no cabría duda acerca de la adecuación de la acción.

Pero imagínense que los criadores (y también maltratadores) de animales también hubieran leído la sentencia del Tribunal y con base en ella hubieran incrementado las medidas de seguridad para prevenir este tipo de irrupciones en las granjas. La siguiente tropa de defensores de los animales se encuentra con resistencia, las cosas se recrudecen, finalmente se logran las imágenes. El precio: graves lesiones del vigilante nocturno recién contratado. Justificar algo así no resulta convincente.

Dejemos por un momento de lado a los activistas e imaginémonos la situación con ciudadanos medios no vegetarianos que, en mitad de la noche son arrancados del sueño por los aullidos de dolor provenientes de la casa del vecino, quien se encuentra torturando a su perro. Nuestro preocupado ciudadano llama a la puerta, pero es ignorado. El llanto del animal cada vez es más desgarrador. Avisa a la policía y responde una grabación “por favor, manténgase a la espera, en breves minutos lo atenderemos”. Aullidos cada vez más fuertes. El sujeto decide entrar en la casa del vecino para salvar al pobre animal. Ahora dos variantes: en la primera, el vecino sádico aparta sus manos del perro de inmediato. En la segunda, ofrece resistencia y acaba sufriendo lesiones de gravedad. La primera variante, me parece menos problemática (en ella tanto el § 34 del Código Penal alemán como § 228 del Código Civil resultarían de aplicación).<sup>51</sup> La segunda, lo es algo

---

<sup>51</sup> Cfr. solo Erb, MK-StGB, § 32 Nm. 65 y ss., Nm. 112.

más, pero de lejos menos que la conducta de nuestra segunda tropa de activistas defensores de los animales ¿Se trata sólo de intuiciones?

No lo creo. El caso de la granja se distingue fundamentalmente del vecino sádico, en la medida en que la situación contraria a Derecho es *estable y crónica*, mientras que la otra es *puntual y actual*. Traducido al lenguaje de la dogmática de la legítima defensa: en las granjas se dan ataques duraderos o ataques por omisión, en el caso del vecino se trata de una agresión muy poco espectacular a través de una acción. Según la doctrina mayoritaria (y correcta) las agresiones que se mantienen en el tiempo que se llevan a cabo por omisión (impropia) son tan susceptibles de defensa como las agresiones por acción.<sup>52</sup> Teniendo en cuenta que en estos grupos de casos los animales se encuentran desde hace tiempo en esta situación antijurídica, no se puede afirmar seriamente que cada segundo, cada minuto o cada hora cuenta. Este resultado, que parece claro desde el sentido común, se sostiene asimismo desde la psicología del pensamiento: a partir de determinado umbral el empeoramiento de un estado ya no resulta digno de ser mencionado.<sup>53</sup> Una sociedad no vegetariana podría tomar esto como indicio de que los intereses de la protección animal en los casos de lesiones crónicas y/o estables cuentan con determinados límites derivados del interés general y esa defensa del interés general se manifestaría en el aseguramiento del ordenamiento jurídico como uno *orientado a la paz*.

A partir de esto puede postularse una limitación en la legítima defensa para los estados crónicos o estables de sufrimiento animal en términos de gravedad del daño ocasionado con la acción de defensa: el límite está en las lesiones graves a personas. Contra las lesiones crónicas y/o estables hay que darse por satisfecho fundamentalmente con los tres pasos de entrar en propiedad ajena, documentar y denunciar. Podría considerarse el homólogo del segundo nivel de la restricción ético social: una acción defensiva

---

<sup>52</sup> Cfr. Kahnemann, en: Kahnemann/Tversky, *Choices, Values, and Frames*, Cambridge, 2000, pp. 693 y ss. (696); *idem*, *Thinking Fast and Slow*, London, 2011, pp. 380 y ss.: “duration neglect”.

<sup>53</sup> Al respecto, Roxin, AT I, § 15 Nm. 83 ff.; Kühl, AT, § 7 Nm. 171 ff.; Rosenau, SSW-StGB, § 32 Nm. 34; Hilgendorf/Valerius, AT, § 5 Nm. 46.

menos efectiva que supone la asunción de pequeñas lesiones por parte del agredido. El resultado parcial entre los tres pasos permitidos que acaban de describirse y el ámbito tabú de las lesiones graves —por ejemplo, otros daños en las granjas, la liberación, la sustracción o el robo de los animales maltratados— resulta menos claro. Lo más recomendable pareciera ser considerar estos actos como hechos de justicia de propia mano inaceptables.

En las situaciones puntuales y/o actuales cada segundo cuenta. Acá no aplica la limitación señalada. La lesión (incluso grave) del vecino parece justificada en un principio, a no ser que quepa esgrimir otras razones que aboguen contra este resultado.

c) ¿Desproporción extrema?

Una de ellas podría ser el caso de la gran desproporción.<sup>54</sup> ¿Una lesión grave a una persona en interés de un animal no resultaría ser el caso paradigmático de una desproporción inaceptable?<sup>55</sup>

Si tenemos en cuenta exclusivamente el valor de los bienes jurídicos en conflicto, la enorme desproporción resulta evidente. Incluso aunque reconozcamos un valor propio a los animales, en el caso de los humanos ha de sumarse la dignidad.<sup>56</sup> Esto se aprecia de manera clara en el pensamiento experimental, sobre todo en el campo problemático de la colisión de deberes: imaginemos alguien que trabaje medio tiempo como médico y el otro medio como veterinario. Si esta persona no emplea su última dosis de analgésico en su perro de 33 kilos de peso en lugar de en un paciente obeso de 100 kilos de peso respondería por lesiones personales en la medida en que incumpliría su obligación de mayor rango.

Quien, como hacen muchos pero no todos los defensores de la teoría de la legítima defensa dualista, comprende la legítima defensa como expresión del principio del interés preponderante,<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> En este sentido, para cada lesión corporal Herzog, JZ 2016, p. 195.

<sup>55</sup> Acerca de la delimitación entre “valor propio” y “dignidad” *supra* nota 20.

<sup>56</sup> En este sentido Seelmann, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, pp. 42 y ss.; Montenbruck (nota 50), pp. 9 y ss.; Lenckner, GA 1985, pp. 295 y ss. (300, 307).

<sup>57</sup> Este argumento goza de reconocimiento cada vez mayor, Frister, GA 1988, pp. 291 y ss. (301 y ss., 305); *idem*, AT, 6a. ed., 2013, Cap. 16 Nm. 4; Jak-

tenderá a trazar la frontera de la desproporción a más tardar cuando concurren lesiones graves. Quien por el contrario, y como se ha defendido aquí, concibe la legítima defensa a partir del derecho individual, no avanzará gran cosa con la comparación y ponderación de bienes jurídicos en este ámbito. Hay que recordar además que el agresor se encuentra en disposición de salvaguardar su bien jurídico en todo momento. Para ello simplemente tiene que hacer aquello a lo que de todos modos está obligado: omitir la agresión.<sup>58</sup>

Desde este punto de partida, la muerte de otra persona para salvar un pollo que se ha utilizado como prenda en un negocio (BayOblG NJW 1954, p. 1337) no habría que prohibirse con base en la ponderación de bienes jurídicos. Tampoco por consideración hacia el agresor o por un deber de solidaridad mínima. Sino porque atendiendo al bien común, es decir, al aseguramiento de un *ordenamiento jurídico encaminado a la consecución de la paz*, no parece descabellado que aquél que tiene el derecho asuma el daño, fundamentalmente porque existe la posibilidad de indemnizarlo por ese sacrificio (desde el refrán clásico: “debo y liquido”). Dado que resulta impensable indemnizar a un animal maltratado, desde esta perspectiva habría de excluirse una limitación a la legítima defensa con base en la extrema desproporción.

Esto se confirma con un *argumento extra de carácter intuitivo*. Partamos de la base de que A se va de viaje y deja su perro

---

obs, AT § 12/16 y ss.; *idem*, (nota 49), pp. 145, 147 y ss.; Freund, AT, 2a. ed., 2009, § 3 Nm. 92; Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, pp. 115 y ss. (con numerosas referencias en la p. 125) pp. 349 y ss.: quien es responsable de la pérdida de la posibilidad de una satisfacción de intereses “cumulativa” (preferida por el ordenamiento y, por tanto, primaria) tiene que pagar con sus propios intereses para satisfacer estos intereses de manera “alternativa” (subsidiaria); Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12a. ed., 2017, § 15 Nm. 2; Fasten, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, 2011, pp. 240 y ss.; llevado al extremo Merkel, FS Jakobs, 2007, pp. 375 y ss. (390 y ss.) y Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, pp. 45 y ss.: El agresor obliga al agredido a defenderse, a través de lo cual se lesiona a sí mismo en autoría mediata.

<sup>58</sup> Acerca de la necesidad de indemnización a raíz de las restricciones de la legítima defensa, en detalle Jakobs, AT, § 12/46 Nm. 97; *idem* (nota 49), p. 157; desarrolla esta idea Greco, GA 2018/2019.

al cuidado de sus compañeros de apartamento B, un verdadero amigo de los animales, y C, quien hace ver que le gustan, pero que en realidad es un sádico. Desde los presupuestos de la legítima defensa generales B podría detener a C, que comienza a “torturar” al perro, de cometer un delito de daños (en contra del propietario A), incluso causándole lesiones graves ¿Cambiaría en algo este resultado si cinco minutos antes de los hechos A le hace a C una oferta de transmisión de la propiedad sobre el perro conforme al § 929.2 del Código Civil alemán por teléfono y éste la acepta? Esto no resultaría compatible con las valoraciones recogidas en el artículo 20a de la Constitución alemana y el § 90a del Código Civil.

d) ¿Derecho a matar?

¿Hasta dónde se extiende el rechazo de la extrema desproporción en el caso de legítima defensa de tercero cuando ese tercero es un animal? Más concretamente: lo dicho legitimaría la producción de lesiones graves, ¿cómo sería en el caso de la muerte del agresor?

Acá entro en vacilación. En este punto reconozco que la orientación antropocéntrica (los defensores de los derechos de los animales dirían: especista) del ordenamiento jurídico puede reflejarse en una limitación a la legítima defensa en la capa más externa. La defensa de un animal nunca podría justificar la muerte de una persona. En estos casos el ordenamiento jurídico asumiría una injusticia para no lanzar el falso mensaje de que animales y humanos tienen, de alguna manera, el mismo rango. Por supuesto cabría objetar que por qué se introduce la limitación aquí y no ya en los casos anteriores. No tengo una réplica contundente, sino sólo la advertencia de que un ordenamiento jurídico sólo debería ejercer su “Derecho a ser injusto”<sup>59</sup> en los casos más extremos.

---

<sup>59</sup> Argumentando desde otro lado, pero con el mismo sentido, Kadecka, *östrZ* 1937, pp. 467, 469 y ss., hablaba de una “obligación jurídica de soportar el injusto”, que el propio ordenamiento jurídico concebido como ordenamiento de paz, exigiría de los individuos. (A pesar del año de publicación el texto no se ahoga en un pensamiento limitado a bienes jurídicos.)

3. *Un problema añadido: ¿justificación de agresiones con fines de investigación y justicia de propia mano?*

Los opositores a la legítima defensa de tercero a favor de animales reaccionan a las sentencias desde la óptica de la conspiración de Hobbes, en la que los activistas tienen autorización para irrumpir en granjas, mataderos o universidades buscando altercados.<sup>60</sup> Que estos resultados no son deseados por nadie no necesita ser resaltado.<sup>61</sup> Aquellos que están a favor de la legítima defensa de tercero de animales, también deberían estar en condiciones de explicar por qué este temor es infundado.

El problema ha de tomarse en serio. En una primera mirada parece tratarse de una situación de *win-win* para los activistas en perjuicio de los explotadores de animales afectados: tras las puertas pueden realizarse infracciones o no. En el primer caso, se daría una agresión real y, por tanto, legítima defensa. En el segundo, aplicarían las reglas del error: concurriría un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación que tiene el efecto de excluir el dolo (§ 16, I del Código Penal alemán) lo que, en el caso de la irrupción en morada ajena y la producción de daños llevaría a la impunidad, ya que para ninguno de estos tipos penales se contempla la modalidad comisiva imprudente. Desde ese ángulo, la desconcertante exigencia, al menos a primera vista, del acuerdo para formar gobierno de coalición,<sup>62</sup> resulta comprensible.

Estos temores son, sin embargo, infundados. Lo mejor es distinguir dos situaciones: la de la existencia de una sospecha objetiva y la de la falta de ésta. En las dos partimos de la base de que se han producido desaguisados (en caso contrario la aplicación de las reglas del error llevarían a una buena resolución).

Empecemos con las entradas con fines investigativos *basadas en sospechas infundadas*. La razón de que estén prohibidas no es

---

<sup>60</sup> Scheuerl/Glock, NStZ 2018, p. 451: llevadas a sus últimas consecuencias ambas decisiones conducen a “la disolución del monopolio de la violencia estatal y a abrir de par en par las puertas a una justicia de propia mano”.

<sup>61</sup> Herzog, JZ 2016, p. 195; Keller/Zetsche, StV 2018, p. 338.

<sup>62</sup> Véase *supra* en la nota 5.



que la agresión se dará eventualmente en el futuro.<sup>63</sup> Si lo miramos más detenidamente, lo que queda en el futuro es la confirmación de la sospecha del autor y no la agresión antijurídica. La razón se encuentra más bien en la idea del aseguramiento de un *ordenamiento jurídico orientado a la paz*, con lo que ello implica en términos de preeminencia del Estado a la hora de defender de los peligros, lo que hablaría en contra de una justificación del § 32 (y ya no digamos del § 34) del Código Penal. Si la limitación a la legítima defensa se realiza en el nivel de la necesidad en relación con las restricciones ético sociales o partiendo de la ausencia de la situación que daría lugar a legítima defensa, no resulta tan claro.<sup>64</sup> Lo único que es claro es que acá no se defiende una excepción *ad hoc* para salvar una construcción fallida: la sospecha, sin apoyo de ninguna clase, de que el vecino de al lado maltrata cada noche a sus hijos (el sujeto piensa, por ejemplo, que pertenecen a una minoría racial y que todos ellos llevan a cabo estas conductas) no justifica un allanamiento de morada ajena para comprobar que todo esté en orden. Y ello incluso si está de “suerte” y su sospecha se verifica.

En aquellos casos en que la *sospecha se encuentra fundamentada* adquiere relevancia nuestra diferenciación entre situaciones crónicas y/o estables y agudas y/o puntuales (*supra* 2.b). También para ellas resulta definitoria la idea del ordenamiento dirigido a la paz, junto con la reflexión de que acá el segundo, el minuto (o incluso el día) no resulta decisivo. Ello conduce a exigencias más estrictas respecto de la *subsidiaridad* de la legítima defensa.<sup>65</sup> Para que se dé la legítima defensa en su forma característica

---

<sup>63</sup> En este sentido, sin embargo Herzog, JZ 2016, 195.

<sup>64</sup> Ya se expuso que resulta indiscutible la actualidad de la agresión. Es posible que falta ya la propia “agresión”. Habitualmente se afirma que su existencia debe comprobarse de manera objetiva *ex post* (véase solo Erb, MK-StGB § 32 Nm. 63 con ulteriores referencias), lo que llevaría a su afirmación. Es posible que sea necesario precisar más para afirmar la agresión, en el sentido de que debe tratarse de una conducta peligrosa tanto *ex ante* como *ex post*: desde una perspectiva *ex ante* no cabría por definición afirmar la existencia de un peligro en las entradas basadas en una sospecha infundada.

<sup>65</sup> Acerca de este grupo de problemas, en detalle Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, pp. 235 y ss.

deben reducirse todos los medios defensivos necesarios<sup>66</sup> para acabar con la agresión *de manera inmediata*. Sólo cuando los funcionarios, contraviniendo sus obligaciones, se nieguen a actuar, cabe contemplar la iniciativa privada en el marco de los límites que fueron desarrollados anteriormente (sólo entrar, documentar, denunciar).

## V. CONCLUSIÓN

Si reconocemos que los animales tienen derechos —así sean mínimos y rudimentarios como es de Derecho a no ser matado sin una razón aceptable, así como el derecho a vivir sin dolor constante o repetitivo (§ 17 de la Ley de Protección Animal)— la consecuencia es que quedarían amparados por el Derecho a la legítima defensa en la medida en que tales derechos configurarían el derecho subjetivo atacado. Este derecho lo ejercen humanos en lugar de animales y lo hacen en su interés con base en una legítima defensa de tercero basada en un doble argumento.

La legítima defensa a favor de animales es, sin embargo, menos extensa que la que se realiza a favor de un humano. Según la tesis defendida aquí, no existen limitaciones en el nivel de la necesidad de la defensa (en particular se negó la existencia de una obligación de evitar la agresión). En el nivel de las restricciones ético sociales parece legitimable una limitación de la legítima defensa con el fin de salvaguardar la paz: en el caso de las lesiones a los derechos de los animales crónicas y/o estables —como aquellas que se producen en la cadena de producción animal— sólo se aceptarían agresiones mínimas (concretamente entrada en morada ajena y los daños que ésta lleva aparejada) y ello únicamente en el caso de que exista fundada sospecha y que los funcionarios omitan tomar acciones contraviniendo sus obligaciones.

La defensa de animales de maltratos agudos y puntuales permite incluso la causación de lesiones graves, pero no la muerte del agresor.

---

<sup>66</sup> Cfr. sólo *Erb*, MK-StGB, § 32 Nm. 129: “una defensa segura, inmediata y definitiva”.