
LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A FAVOR DE ANIMALES DE COMPAÑÍA¹

LIMITS OF SELF-DEFENSE IN FAVOR OF COMPANION ANIMALS

Recibido: 13 de junio de 2023

Aceptado: 01 de agosto de 2023

Carlos Andrés Pérez Calderón²

1 Artículo de revisión presentado como requisito de grado en la Especialización de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia. Aceptado el 25 de abril y subido al Repositorio el 11 de julio de 2022. <https://hdl.handle.net/10901/22802>

2 ²Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá, D.C. Contacto: carlosapcalderon@gmail.com. ID: 0009-0005-2682-7385.

Resumen

La procedencia de la legítima defensa como causal justificante de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito, requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos los cuales varían dependiendo del ordenamiento penal a examinar, más exactamente de la afiliación dogmática en que dicho ordenamiento se sustente y los objetivos en política criminal proyectados, sin perjuicio de otros aspectos determinantes. A propósito de la Ley 1774 de 2016 mediante la cual se penaliza el maltrato animal, Colombia avanzó en sintonía con la tendencia generalizada a nivel mundial sobre el reconocimiento de derechos subjetivos a los animales, considerándoles seres sintientes y por tanto atribuyéndoles prerrogativas susceptibles de protección incluso a través del derecho penal. Esta norma, aparte de constituirse en una auténtica herramienta jurídica propia de un estado social de derecho, sugiere cuestionamientos propios de la dogmática penal, como por ejemplo la viabilidad del ejercicio de la legítima defensa en favor de una mascota y los interrogantes que subyacen a la aplicación de dicha causal eximente, a propósito de una jurisprudencia proferida por un tribunal penal alemán en el año 2018 y expuesta por el profesor Luis Greco (2019), quien plantea tal discusión.

De esta manera, se revisará la importancia sobre el reconocimiento constitucional y legal del bien jurídico que protege de maltrato y sufrimiento causado por los humanos sobre los animales, analizando la legítima defensa como un instituto extensivo de esa protección sobre las mascotas, y se realizará una exploración dogmática sobre los requisitos de procedencia de la legítima defensa con el propósito de determinar hasta dónde resulta admisible el ejercicio de la causal justificante en favor de una mascota.

Palabras clave: Legítima defensa, animales de compañía, necesidad racional, medio menos lesivo.

Abstract

The validity of self-defense as a justifying cause of unlawfulness within the theory of crime requires the fulfillment of certain assumptions which vary depending on the criminal system to be examined, more precisely on the dogmatic affiliation on which such system is based and the criminal policy objectives projected, without prejudice to other determining aspects. Regarding Law 1774 of 2016 by which animal abuse is criminalized, Colombia advanced in line with the generalized worldwide trend on the recognition of subjective rights to animals, considering them sentient beings and therefore attributing to them prerogatives susceptible of protection even through criminal law. This norm, apart from constituting an authentic legal tool proper of a social state of law, suggests questions proper of criminal dogmatics, such as, for example, the viability of the exercise of self-defense in favor of a pet and the questions underlying the application of such exculpatory ground, apropos of a jurisprudence

rendered by a German criminal court in 2018 and exposed by Professor Luis Greco (2019), who raises such discussion.

In this way, the importance of the constitutional and legal recognition of the legal good that protects from mistreatment and suffering caused by humans on animals will be reviewed, analyzing self-defense as an extensive institute of that protection on pets, and a dogmatic exploration will be made on the requirements for the admissibility of self-defense with the purpose of determining to what extent the exercise of the justifying cause in favor of a pet is admissible.

Key words: Legitimate defense, companion animals, rational necessity, least harmful means.

Introducción

Entendiendo la institución jurídica de la legítima defensa como un derecho fundamental (Gómez, 1997, p. 298), el mismo a partir de la Constitución Política de Colombia presenta dos componentes: uno individual y otro social. Tal noción puede verse explícita en el artículo 32 numeral 6° del código penal colombiano, en donde el carácter personal de la justificante surge de la necesidad de defender de agresiones un derecho propio, mientras que el factor social de la legítima defensa corresponde al ejercicio de la misma con el propósito de proteger bienes jurídicos de terceros, en atención al principio constitucional de solidaridad social -artículos 1 y 95 sup.- como fundamento del estado social de derecho. En ese orden deberá comprenderse la defensa de intereses de terceros como un deber social con sustento constitucional y legal.

Las mascotas, entendidas como aquellos animales para la convivencia que, sin perjuicio de exclusión de los demás animales domésticos, tienen como fin exclusivo acompañar a las personas, sugieren una interrelación mediada por la dependencia la cual demanda de los tenedores el cuidado y la protección suficientes para garantizar al animal su ciclo vital normal, libre de maltrato y crueldad.

La idea de que a favor de los animales pudiera aplicarse la causal justificante de la legítima defensa al parecer surge a partir de jurisprudencia alemana del año 2017, donde el Tribunal de Magdeburgo resuelve un caso sometido a su conocimiento considerando posible ejercer la defensa legítima en favor de unos animales de granja, justificando de esa forma la violación a la morada ajena en que los defensores incurrieron para lograr material filmico que probara el maltrato sobre los animales de granja, puntualizando que éstos deben ser entendidos como sujetos de derechos defendibles desde la legítima defensa en favor de terceros.

Como resultado de la reflexión, surgen cuestionamientos sobre la misma naturaleza jurídica de la legítima defensa y la posibilidad de darse contradicciones dogmáticas que impidan asimilar, los derechos de los animales como bienes jurídicos susceptibles de protección, con la posibilidad de ser defendidos por un tercero justificado penalmente. Y ese en realidad es el punto de partida en cuanto al abordaje de la temática: la verificación de que al sistema jurídico determinado le asiste interés en proteger a través del derecho penal a los animales, positivizando un bien jurídico que se establece como el derecho ajeno a guardar mediante el justificante punitivo de la legítima defensa.

En consecuencia, el análisis debe proseguir en atención a examinar los requisitos que la doctrina penal ha decantado y que de entrada se asume no uniforme y por tanto está dada la posibilidad de examinar algunas posiciones y manifestar algún tipo de adherencia o inclinación hacia las mismas. Concretamente, uno de los propósitos de esta revisión documental es determinar cuáles pueden ser los condicionantes de la acción defensiva desde una mirada de la dogmática penal frente a la injusta arremetida de un agresor sobre una mascota -animal de compañía- por ejemplo. Además, para el caso colombiano, conviene revisar el estado actual de la defensa legítima y el tratamiento punitivo que implica el exceso en la justificante y los criterios para determinarlo. Finalmente se recogerá una interesante postura que señala, dentro de uno de los requisitos que por doctrina válida la legítima defensa y es la necesidad racional de la misma, lo que se ve concretizado en la exigencia de que quien ejerce defensa de un ataque antijurídico, deberá elegir el medio menos lesivo, y tal exigencia puede convertirse en una limitante del acceso a la figura justificante según las particularidades del caso, a partir de lo cual permite concluir que es erróneo condicionar la legítima defensa mediante una equivalencia proporcional de bienes jurídicos en conflicto, y por tanto la acción defensiva podría incluso hasta causar la muerte del agresor y seguir amparada por sus efectos justificantes.

Método

La indagación de fuentes que le dieran soporte y contenido argumental al tema propuesto estuvo determinada por el hallazgo de un artículo académico que el profesor alemán Luis Greco publicara en el año 2018, en el cual se abordaba un tema bastante sugerente: Legítima defensa de animales.

Con el propósito de hallar compatibilidad práctica entre la mencionada temática principal y la norma sustantiva penal colombiana, la búsqueda de fuentes fue inclinándose hacia el examen de los criterios de corte normativo y dogmático de la institución de la legítima defensa, descubriendo que aunque al respecto no es mucho lo que se ha escrito y con razón dado lo novísimo del debate, la cuestión puntual que se presenta en este artículo puede representar una modesta contribución al respecto.

Además de la recopilación y revisión documental hallada en bases de datos de la Universidad Libre, *Google Académico*, y algunos Repositorios de universidades nacionales,

se nos revela el estado incipiente de la temática particular de estudio, la proposición de un problema jurídico respecto de los alcances de la legítima defensa sobre animales nos sugiere la correlación entre los planteamientos exclusivamente dogmáticos y el proyecto político criminal que tiene siempre a la vista las consecuencias sociales de cada posición teórica traducida en práctica judicial, pues finalmente las decisiones de los jueces no se profieren solamente por su adecuación lógica, también por su contenido axiológico.

Discusión

Animales como sujetos de derechos protegidos por la norma penal

Previo al análisis de procedencia de la legítima defensa en favor de animales como una figura jurídica de aplicación viable, ineludiblemente debe atenderse al asunto del reconocimiento que determinado ordenamiento realice sobre los derechos de los animales y los comprenda como bienes de interés jurídico penal que tienen que ser protegidos.

Así lo entiende el profesor Greco (2019), quien aborda el tema afirmando de forma preliminar y desde las prescripciones del código penal alemán, que la defensa se establecerá a partir de una agresión sobre un bien jurídico estrictamente individual, y por tanto se podría actuar en defensa de los animales si estos se hallan reconocidos como sujetos de derechos.

El profesor afirma que el tipo penal que castiga la muerte y el maltrato injustificado de un animal vertebrado en Alemania goza de una legitimidad casi absoluta, es decir que no es objeto de reparo alguno, y la razón obedece a que los animales son considerados, en total armonía constitucional, sujetos de valor en sí mismos, respeto desprovisto de cualquier reconocimiento mediado o derivado, que obedece a postulados de la razón, la reflexión y la lógica jurídica.

En esa misma línea, se afirma que es la capacidad de experimentar estados mentales, sumado al ya señalado valor propio, que los animales se reportan como sujetos de derechos subjetivos. Y son precisamente estos elementos los que permiten una suerte de autodeterminación que aunque sea básica, y además de la posibilidad de ser determinados por otro, que configuran circunstancias que generan la posibilidad de un ataque antijurídico sobre el animal.

El profesor Greco de forma concluyente afirma que, para el propósito temático, es suficiente con decir que los derechos con que cuentan los animales tienen un carácter rudimentario, correspondientes a no ser privados de la vida injustificadamente, y a vivir libres de sufrimiento y dolores. Tales derechos no atribuyen a su sujeto capacidad de percibirlos, y precisan de alguien capaz para que los ejerza por ellos, y de esta forma surge el derecho a la defensa del animal, configurándose la defensa legítima de un

tercero. Se constituye de esa forma como un derecho secundario, que se desprende del derecho a defenderse del directo violentado.

Por su parte, dentro del debate de la procedencia de la legítima defensa en animales, la doctora argentina Nadia Espina (2020) centra su análisis a partir del reconocimiento de determinadas prerrogativas a los animales no humanos, enfocándose en precisar el titular del bien jurídico en los delitos de maltrato animal.

Refiere la Dra. Espina, del libro *La pachamama y el humano* del maestro E. Raúl Zaffaroni, que concebir el maltrato sobre los animales como un punible en contra los seres humanos, es decir, desde una mirada antropocéntrica, pasa por considerar que el bien jurídico en tal caso está fundado en el interés moral de la comunidad y como afrenta al medio ambiente. Pero lo cierto, y acorde con la posición del maestro Zaffaroni sobre la posibilidad de bienes jurídicos en cabeza de sujetos no humanos, es que a partir del reconocimiento del animal como un ser susceptible de percibir entre otras cosas dolor, sobresale la necesidad de determinar que en el delito de crueldad o maltrato sobre los animales el bien jurídico corresponde al mismo ser animal, por lo que se hace imperioso su comprensión como sujeto de derechos. (Zaffaroni 2012, 51 y ss.).

De esta manera se plantea que al reconocer que el animal es un ser dotado de capacidad para sentir entre otras sensaciones la de dolor, surge la necesidad de precisar que el bien tutelado en el delito de maltrato o crueldad animal es el derecho del mismo animal a no ser objeto de la crueldad del humano, para lo cual es imperioso reconocerle el estatus de sujeto de derechos. En tal dirección, la Dra. Espina adhiere a Roxin, manifestando que ante un punible de maltrato animal no hay que renunciar a la defensa de los bienes objeto de tutela jurídica, sino por el contrario hay que extender su ámbito de protección a través de la ampliación del contrato social a otros seres vivos, lo que permite inferir que el núcleo del bien jurídico radica en los derechos a la vida e integridad de los animales en sí mismos. (Roxin 2016, 446).

En una revisión sobre el estado de la situación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, Vásquez Rodas (2020) identifica que la respuesta en esta latitud parte de una previa consideración sobre si los animales a los cuales se estaría defendiendo son propiedad del mismo defensor, esto por el hecho de que en el código civil ecuatoriano los animales reciben un tratamiento de muebles semovientes, y bajo ese entendido la defensa legítima se entendería sobre el derecho de propiedad. Pero lo problemático se asoma al analizar si opera la legítima defensa sobre aquel que intercede por un animal que no es de su propiedad.

Y la conclusión, en sintonía con las tendencias normativas de los estados sociales y humanistas de derecho, es que a partir de la misma constitución del Ecuador, decisiones de derecho internacional y doctrina concordante, los animales pueden ser sujetos de derechos que posibilitan su defensa legítima por un tercero. Puntualmente, el artículo

249 del código orgánico integral penal³ prescribe en un párrafo único no un delito, pero sí una contravención como consecuencia al maltrato y/o muerte de mascotas o animales de compañía, lo cual permite inferir la existencia de un bien jurídico que pretende ser protegido por la ley penal.

Caso Colombiano: Ley 1774 de 2016

El derecho penal, en general, a partir de sus principios de subsidiariedad y fragmentariedad, protege bienes jurídicos que requieren de especial tutela dada la sociedad y la política criminal que lo determine, eso sí, bienes que por tradición han estado exclusivamente bajo la titularidad de los seres humanos.

En Colombia, la incorporación de la Ley 1774 del 6 de enero de 2016 significó un progreso en el objetivo trazado desde el Estatuto Nacional de Protección de los Animales⁴ frente a la proscripción del maltrato animal. Esta norma del 2016 se constituye como un conjunto de herramientas jurídicas con vocación de incidencia material que habrán de garantizar para los animales protección contra el maltrato, el dolor y la crueldad: modificó el Código Civil de 1887, reconociendo a los animales como seres que sienten, fijando una principalística y unos objetivos que regularán el ordenamiento colombiano en diversos ámbitos en relación con los animales, y tipificó como conducta punible el maltrato animal consagrando además unos tipos agravados de maltrato, estableciendo también un procedimiento sancionatorio en lo policivo y lo jurisdiccional.

Es mediante el artículo 5 de la Ley 1774 que se incorpora a la Ley 599 de 2000 el Título XI-A: *DE LOS DELITOS CONTRA LOS ANIMALES*. En un capítulo único, se explicita el bien jurídico que se incorpora al catálogo de prerrogativas de más valía para el legislador colombiano, el mismo que busca proteger el código sustantivo penal: delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales. De esta forma resulta palmario el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico penal colombiano de los derechos vitales de los animales y de su carácter intrínseco como titulares de los mismos. El artículo 339 del Código Penal prescribe:

Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3 Código Orgánico Integral Penal. (2020). Registro oficial. Ecuador: Asamblea Nacional.

4 Ley 84 de 1989.

El tipo penal anterior incluye además de los animales de compañía o domésticos, a los salvajes o silvestres que se hallen en territorio colombiano, a diferencia de otras legislaciones penales que penalizan el maltrato solo cuando se inflige contra animales domésticos que no se encuentren en estado salvaje, como en el caso de España⁵.

También se puede concluir de un examen objetivo del tipo que la exigencia del maltrato debe implicar un resultado material consistente en muerte o en lesión grave que afecte la salud o la integridad física del animal o mascota, de lo contrario se estaría frente a una conducta atípica que ya no interesaría a la norma penal, pero que de todas formas la misma Ley 1774 modificó el artículo 10 del Estatuto Nacional de Protección Animal, determinando para los actos perjudiciales y de crueldad contra los animales distintos a los descritos en el artículo 339A del C.P. sanciones de multa de 5 a 50 smlmv.

Frente a las circunstancias de agravación punitiva incluidas por la Ley 1774, su artículo 339B prescribe un aumento punitivo sobre el fijado para el tipo penal cuando el mismo se ejecute con sevicia, cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetren en vía o sitio público, valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos, cuando se cometan actos sexuales con los animales, y cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

De la misma forma, también existen algunas actividades contenidas en el parágrafo 3° del artículo 339A del C.P.⁶ que por remisión sugiere al artículo 7° del Estatuto Nacional de Protección Animal - Ley 84 de 1989:

Artículo 7. Quedan exceptuados de lo expuesto en el inciso 1, en los literales a), d), e), f) y g) del artículo anterior, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, las novilladas, corralejas, becerradas y tientas así, como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos.

Tales actividades, aunque no constituyen el tipo penal analizado, la Ley 1774 y el E.N.P.A. los sigue considerando como actos dañinos y crueles que implican maltrato en contra de los animales que se usan con estos fines de “espectáculo y entretenimiento”.

Otra excepción al maltrato penalizado por la Ley 1774 de 2016 son las prácticas de buen manejo de animales según las normas vigentes, con destinación al cuidado, reproducción, cría adiestramiento, mantenimiento, prácticas de beneficio y procesamiento que tengan que ver con la producción de alimentos y actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas, en atención al primer parágrafo del artículo 339A del C.P. Una última excepción al tipo penal se da frente a las personas autorizadas

5 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

6 Incorporado por el artículo 5° de la Ley 1774 de 2016.

legalmente para ejecutar medidas de salubridad pública con fines de control epidémico y transmisión de enfermedades zoonóticas.

Legítima defensa en favor de animales: Aspectos fundamentales para determinar su alcance

Frente a este particular, y habiendo establecido que la legítima defensa a favor de un tercero puede considerarse como una institución jurídica aplicable en razón al reconocimiento que un ordenamiento interno, también en armonía con el derecho internacional, realice sobre la vida y el bienestar de los animales como bienes objeto de tutela jurídica por la legislación penal respectiva, corresponde revisar los requisitos doctrinarios para la aplicación de la excluyente de la antijuridicidad. De esa forma, el profesor Greco afina su análisis, frente al tema de los límites, en una cuestión: *La necesidad de la defensa*, en relación con la posibilidad de evitación del ataque.

Concluye básicamente que no hay ni debe haber una obligación a evitar la agresión antijurídica, máxime cuando el agredido no es la misma persona que recibe el ataque, es un tercero y es una mascota, y se desecha la posibilidad de evaluar la capacidad de evitar del animal, por obvias razones. Más allá de argumentos como que la obligación de evitación resulta transgresora de otros derechos individuales como el honor, o la salvaguarda del ordenamiento jurídico en el entendido que el derecho no tiene por qué retroceder ante el injusto, circunstancias que no son aceptables frente a la obligación de la evitación de la agresión, asume una postura sincrética y más funcional: la libertad de la actuación general, en el sentido que si la persona evita un ataque antijurídico, abandona su derecho a quedarse -una suerte de constreñimiento ilegal-, renunciando a defender sus derechos no sólo cuando no es posible la retirada.

En suma, resulta inaceptable la obligación de evitación o huida frente a ataques en contra de animales que requieren defensa de terceros, porque el derecho a quedarse -falta de obligación de atacar- hace parte fundamental del bien jurídico atacado. Por otro lado, el derecho a la defensa fundamentado a partir del derecho individual o subjetivo agredido, no se aplicaría de forma absoluta, sino que estaría limitado por el interés general, en la medida que el ordenamiento jurídico deontológicamente debería perseguir la paz.

El profesor Greco (2019) particulariza como *estable y crónico* aquel maltrato animal, evidentemente contrario a derecho, que se realiza de forma duradera o por omisión como el que se puede encontrar en las granjas industriales de cría intensiva de animales. Aquí resalta la limitación de la defensa, consistente en equiparar el daño ocasionado y la acción defensiva, determinando hasta en lesiones graves a las personas, y la generación de algunos daños menores colaterales.

De la misma forma, existen ataques *puntuales y actuales*, aquellos acaecidos sobre una mascota de compañía, por ejemplo, ilustrando el profesor a un vecino que maltrata cruelmente a su mascota en el apartamento del lado. Afirma que, en circunstancias razonablemente similares, una lesión grave del agresor estaría justificada, en principio. Surge el problema de la desproporción, la cual, si se observa teniendo en cuenta los bienes jurídicos en colisión, la integridad de una mascota y la de un ser humano, la asimetría parece ostensible. Pero en la posición que en principio defiende el profesor Greco, deben excluirse limitaciones a la legítima defensa con base en la desproporción extrema, limitaciones que sí serían admisibles en atención al bien común y a la preservación de la juridicidad alineadas con el propósito de paz y armonía sociales, esto en el sentido de que un ordenamiento con tal aspiración superior, implicaría una serie de obligaciones jurídicas de soportar un injusto. Así, advierte que desde una visión eminentemente antropocéntrica que además parece no compartir del todo, defender a una mascota de compañía de maltratos agudos y puntuales de ninguna forma justificaría la muerte de un ser humano, es decir, se permite incluso hasta la generación de lesiones graves, pero no la muerte del agresor.

En esta misma línea temática la Dra. Nadia Espina (2020) parte de la relevancia que implica el reconocimiento en el seno de un ordenamiento, del derecho del animal mismo a no ser sujeto de maltrato humano, postura distante del narcisismo antropocéntrico basado en sentimientos de compasión de los hombres. También deja claro que en la actualidad es definitiva la inclinación de la doctrina en general al considerar que cualquier derecho individual es susceptible de ser defendido legítimamente, y la Argentina no es la excepción.

En el código penal argentino en su artículo 34⁷, se encuentra dentro de los eximentes de responsabilidad penal a la legítima defensa, exponiendo que la misma se justifica a partir del factor necesidad, pero su límite se encuentra dado en que el daño que se cause sea absurdo en comparación con el que se busca evitar.

En principio, está dada la justificación de afectar un bien jurídico de quien agrede antijurídicamente, pero el límite de esta defensa legítima es la racionalidad en términos de la no existencia de disparidad escandalosa. (Zaffaroni et. al. 2002, 612-613 citado por la Dra. Espina 2020). En tal sentido, el criterio racionalidad actúa como talanquera de la legítima defensa constituyendo un límite jurídico valorativo. Es la necesidad de defenderse un amplificador del alcance con el propósito de disuadir a quien pretende cometer un punible, pero la racionalidad de la defensa restringe el alcance de una defensa necesaria.

Señala también la Dra. Espina la postura de la doctrina alemana a partir de la función preventiva general de la pena, negativa o positiva, en cuanto que la ausencia de límites racionales a la defensa necesaria tendría como sustento teleológico la evitación de la comisión de nuevos delitos; en una postura como esta no son relevantes los bienes

7 Ley N°11.179, Código Penal de la Nación Argentina (actualizado). B.O. 1984.

jurídicos afectados de un injusto agresor, si se tiene en cuenta la posición de algunos autores (Frister 2011, 320 y ss. y Jescheck 470), para los cuales la función del derecho penal no es distinta a afirmar la norma vigente preservando bienes de interés jurídico. Este es el planteamiento por el que la doctrina alemana asume que si no es posible rechazar la injusta agresión de un modo distinto, la muerte del atacante se encuentra justificada (Jakobs 1995, 472).

Así, la proporcionalidad entre los bienes es imposible de justificar en la pugna del ordenamiento contra el injusto, mostrando una irrestricta preponderancia del derecho como principio lo que conlleva a la abdicación del análisis entre el daño que se causa frente al que se evita. (Roxin 1997, 632). En este sentido la Dra. Espina indica que el criterio de racionalidad es la respuesta a la cuestión sobre si la antijuridicidad de un ataque justifica la desproporción de la defensa, y es que la misma ya no es legítima “cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto, que por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoca más inseguridad jurídica que la agresión misma”. (Zaffaroni (y otros, 2002, 612-613 citado por Espina 2020).

En conclusión de este punto, dentro del ordenamiento jurídico argentino se establece expresamente el requisito de la racionalidad, lo que implica que no constituye legítima defensa aquellos eventos de lesiones con desproporción aberrante, no porque deban compararse los bienes jurídicos en conflicto, sino porque no es admisible jurídicamente la utilización de un medio, aun siendo el único del que se dispone, que provoque un resultado desproporcionado frente a lo que se dispuso amparar. Señala la Dra. Espina, que los casos de necesidad irracional son excepciones en que se impone el deber de soportar lo injusto. (Zaffaroni y otros, 2002, 613, citado por Espina (2020).

Con tales argumentos puede verse perfilado un criterio uniforme: en tratándose de las acciones de defensa que amparan de agresiones ilegítimas a los animales, están amparadas por la legítima defensa mientras no haya desproporción absurda entre las lesividades de la agresión originaria y la defensiva, pero la explicación no está dada por un cotejo entre los bienes jurídicos involucrados. De esta forma se va revelando un importante factor de análisis delimitante para que la acción defensiva siga estando cobijada por los efectos justificantes de la legítima defensa: la elección del medio, entendido como desarrollo defensivo.

Y dando por sentado que en el ordenamiento argentino se entiende admisible la defensa por parte de terceros del derecho de los animales a no ser objeto de maltratos humanos, la Dra. Espina retoma la pregunta que el profesor Greco en su análisis también hiciera: ¿Es posible quitar la vida de una persona para defender el derecho del animal a no ser objeto de crueldad humana?

La repuesta pasa por comprender que en Argentina existe la expresa prohibición sobre la privación arbitraria de la vida, incluidos los actos de irracionalidad frente a

la lesividad en los términos atrás referidos, en los cuales la defensa que sea necesaria es legítima en la medida que se observe una correspondencia racional de los males, mejor dicho, el que defiende al animal debe elegir el medio que ocasione el menor daño, cuando ello le sea posible.

Mediante una hipótesis casuística, bastante probable por demás, la Dra. Espina cuestiona sobre las consecuencias, dada la imposibilidad para denunciar, de acudir con un palo a defender, ante los gemidos de evidente dolor, a una mascota que está siendo desollada por un vecino. Reflexiona que, desde el entendido que los animales son titulares del bien jurídico que protege su vida e integridad de crueldad o maltrato, y de la misma forma que cuando corre peligro la vida de un humano, las lesiones y daños ocasionados para defenderle están justificados. En el evento de que esas mismas lesiones causaran la muerte del atacante del animal, la solución ya dependerá de si el ordenamiento jurídico se acepta la ponderación de bienes jurídicos en abstracto como un requisito de procedencia de la legítima defensa o ya del estado de necesidad. Si tal situación se analizara a la luz del inciso 7° del artículo 34 del código penal argentino, la defensa legítima estaría limitada por lo racional del medio idóneo para sortear el resultado daño, dejando de ser justificante solo ante una desequilibrio escandaloso entre la agresión y al defensa, y para el caso de marras y similares, parece darse la justificación, siempre que sea inminente el peligro sobre la vida del tercero, y que además en tal caso no existan medios lesivos.

Finalmente, para el caso argentino la defensa legítima en favor de animales requiere la exigencia de los mismos requisitos que si se realizara sobre un tercero humano.

Legítima defensa en Colombia

Para el caso colombiano, la consideración de la legítima defensa en favor de una mascota como justificante de la lesión o puesta en peligro de bienes tutelados del agresor, lo cual se asume procedente a la luz del artículo 32 - numeral 6° de la codificación sustantiva penal “Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno”, en sintonía con los planteamientos de la Dra. Espina, implicaría un análisis de todos y cada uno de los presupuestos desarrollados desde la ley penal colombiana: i) La existencia de una agresión, que debe ser actual o inminente, injusta, real, y faltar provocación de la misma; ii) que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno; iii) que exista necesidad de la defensa; iv) que haya proporcionalidad entre la defensa y la agresión, tanto de medios como de reacción y v) que exista el ánimo de defensa.

Desde la consideración de estos presupuestos, en principio se pueden inferir dos resultados adversos sobre la aspiración del reconocimiento de la causal justificante sobre una persona que ejerza la legítima defensa en favor de un tercero, en este caso de un animal como una mascota: que se desestime del todo tal reconocimiento, por no concretarse alguno o varios de los requisitos anteriormente mencionados, o que cumpliéndose, se evidencie un exceso, el que aparece cuando no se encuentra diáfano el

criterio actualidad o inminencia del ataque antijurídico, o se encuentre un desequilibrio de cualquier tipo entre la acción defensiva y la agresión. (Peláez, 2012).

La valoración de la disparidad entre agresión y defensa merece revisar una precisa referencia al criterio de proporcionalidad, entendido como ese principio superior desde el cual es posible determinar la correlación debida entre los derechos de los coasociados y el límite jurídicamente aceptable de renuncia o restricción frente a su disfrute en un contexto de administración de justicia, requiere para su aplicación en concreto y en el evento de encontrarse enfrentados bienes jurídicamente tutelados como resultado de una agresión antijurídica y su consecuente defensa, su ponderación la cual deberá obedecer a principios derivados: i) idoneidad de la defensa desplegada, lo cual requiere una comprobación sobre si el medio y el tipo de defensa empleados eran adecuados para contrarrestar el ataque antijurídico; ii) la necesidad de aquel medio y tipo de defensa empleados, dado que se reporta imprescindible hallar probado que no había más que esa forma defensiva y no otra menos lesiva que también hubiese sido eficaz; y iii) evaluación de resultados, en el sentido de apreciar si lo conseguido con la ejecución defensiva reportó más beneficios de lo que hubiese resultado sin su exteriorización. (Peláez, 2012).

Podemos ya prever que en Colombia, el principio de proporcionalidad se erige como un factor absolutamente condicionante para la procedencia de la legítima defensa en general, situación que sin dudarle habrá que extrapolar al análisis de casos cuando la defensa es ejercida en favor de una mascota. No es suficiente con probarse la necesidad de una acción defensiva, sino que tendrá que verificarse si tal despliegue se reporta como el adecuado para conjurar el ataque y que además la elección de esta forma de defensa era, dentro de las disponibles, la de menos afectación en cuanto a los bienes jurídicos del agresor. Una valoración en términos de eficiencia sobre la manera de proteger los derechos propios o de un tercero.

Frente a los requisitos para configurar el exceso defensivo, está dada la posibilidad de encontrar 2 tipos de excesos en virtud de su ejecución: i) cuando el ataque adolezca de actualidad o inminencia (exceso extensivo o cronológico), que no es otra cosa que la asincronía con la reacción defensiva, y ii) cuando se presente desproporción entre la acción defensiva y la agresión (intensivo o en la medida), significando una intensificación innecesaria de la conducta en principio admitida.

A partir del segundo inciso del numeral 7° del artículo 32 del Código Penal Colombiano, resulta clara la consecuencia punitiva para aquella persona que exceda en términos de proporcionalidad, entre otras la causal de la legítima defensa: la disminución de la pena del delito constitutivo del exceso. Pero esta rebaja no obedece a una especie de antijuridicidad disminuida dado que se está hablando de una categoría dogmática que no admite graduaciones -como si lo admiten, por ejemplo, los principios constitucionales-, sino se trata más bien de una carencia de lesividad. Peláez (2012). Explica el Dr. Peláez (2012) que es la disminución de la culpabilidad, entendida ésta como principio, la

razón por la que el legislador consideró tratar a través de una reducción punitiva el exceso en los justificantes del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, entre estos la legítima defensa. Y la explicación básicamente obedece a que el origen de dicho exceso es una acción justificada en su antijuridicidad y por tanto se extienden esos efectos a la defensa calificada como excesiva, precisamente al análisis en sede de culpabilidad -responsabilidad penal.

Elección del medio menos lesivo

El Dr. Vera (2019) parte de la idea de que, por principio, y en consonancia con lo expuesto en precedencia, el análisis de la legítima defensa deberá estar depurado de cualquier tipo de ponderación entre los bienes jurídicos en disputa so pena de entrar en el terreno de otros justificantes. Además, el análisis de esta causal de justificación pertenece, en cuanto estructura dogmática, al injusto y por tanto su aplicabilidad no debería estar mediada por elementos de corte psicológico del individuo defensor los cuales son propios del ámbito de la culpabilidad.

Para la revisión del presente artículo, la postura del Dr. Vera es imprescindible, en el sentido que entiende que dentro de los análisis hermenéuticos sobre la defensa legítima, uno de los más importantes se da sobre sus alcances como justificante de antijuridicidad de la conducta defensiva, mejor dicho, de la licitud de ciertas conductas, lo que en definitiva nos lleva a pensar que los límites de la legítima defensa en gran medida están determinados materialmente por una decisión político criminal sobre condenar conductas específicas dentro de una sociedad y un tiempo determinados. Su análisis se centra precisamente en un problema interpretativo dentro del estudio de la legítima defensa, y es que la misma, para su procedencia, reclama concretarse en una reacción que obedezca a una necesidad racional del medio utilizado para evitar o rechazar ese ataque injusto. La definición de este límite de la defensa está instituido entonces por la elección del medio menos dañoso.

Esta elección va más allá de la equiparación de instrumentos utilizados, tanto en el ataque como en su resistencia, y por tanto, deberá valorarse la situación defensiva en contexto. El Dr. Vera (2019) aquí señala que por medio de ésta “cláusula de la necesidad racional del medio empleado” desafortunadamente se ha entendido desde criterios de subsidiariedad (casos de restricción ético social) y proporcionalidad (ponderación entre el bien tutelado agredido por el ataque y el bien tutelado agredido por la defensa), o frente a la potencialidad de daño que implica el medio utilizado para la defensa, incluso sobre la disponibilidad de los mismos, todo lo cual genera problemas de interpretación dogmática.

Sirviéndose de una posición doctrinaria española, aprovechando que la legislación penal de la que surge es similar a la chilena -ordenamiento referencia de su tesis-, el Dr. Vera trae la distinción entre una defensa necesaria en un sentido abstracto y una defensa necesaria en concreto. Frente a la primera mencionada, es el mero riesgo sobre

bienes jurídicamente tutelados el que por necesidad llama a la ejecución de acciones defensivas para su preservación; la segunda indaga sobre la forma de concreción de esa necesidad de defensa a través de la elección de un medio idóneo, el menos dañino disponible, para hacer frente a la agresión injusta. Y esto último afectaría la necesidad concreta de la defensa, la que habla de los medios y las formas.

Mir Puig (2015) citado y compartido por Vera (2019), precisa que por racionalidad de la defensa ha de entenderse una necesidad inicial de defenderse desde una mirada *ex ante* y tal circunstancia debe ser constatada por un observador sensato. Ya en lo referente a la necesidad concreta, se apela a la proporcionalidad en medios, modos y/o medida, pero desde un entendimiento lato y/o flexibilizado, porque, como atrás se refería la Dra. Nadia Espina, pasamos de hablar de legítima defensa a estado de necesidad justificante. Lo cierto es que el estudio sobre la racionalidad de los medios no debe resultar en un balance cuantitativo de los mismos, sino que la evaluación tiene que tener por norte indagar por las posibilidades de defensa del individuo que reacciona, para sí o para un tercero, resultando la proporcionalidad como elemento periférico y complementario. Todo lo anterior permite rescatar una importante conclusión inicial y es que resultaría admisible la legítima defensa cuando se advierta desproporción evidente del medio defensivo cuando éste era el único a su disposición, máxime cuando eventos en los que media una tensión anímica y nerviosa extraordinaria, resultando irrazonable la exigencia de ponderar medios, evaluar sus alternativas, o asumir el riesgo.

Con esta idea, se refleja una postura doctrinal para la cual el estricto parangón entre males es intrascendente, aun si se advierte una desproporción escandalosa entre los mismos, en contraposición con lo dicho por la Dra. Espina citando a Zaffaroni. Para el Dr. Vera es ejemplo de este sentido la posición de doctrinantes españoles Diez Ripolles (2011) y Luzón Cuesta (2002) cuando exponen que “no se exige en absoluto la proporcionalidad entre los bienes jurídicos, pues ‘racional’ no significa proporcional, de modo que la defensa puede, si es preciso, dañar bienes del agresor de mayor valor que los agredidos. Ello es lógico dado el doble fundamento de la eximente y su diferencia con el estado de necesidad, pues por la agresión ilegítima los bienes del agresor no están en pie de igualdad con los bienes jurídicos y el Derecho agredidos”. Por tanto, se entiende bajo esta posición que la defensa legítima puede ir lo lejos que sea necesario para impedir la afectación del bien tutelado y la fractura de la norma, resultando justificados incluso daños mayores a los amenazados.

En suma, una defensa racional dentro de la legítima defensa justificante es la que responde a una necesidad abstracta y otra concreta, esta última y la realmente problemática como ya se mencionó, tenida en cuenta bajo la luz de un examen negativo: que obedezca al medio que genere menos daños, postura respaldada en Roxin (1997) y Welzel (1976) afirmando este último que la defensa puede ir tan lejos como se necesite para la salvaguardia efectiva de la agresión, pero precisamente sin exceder esa finalidad, nuevamente desatendiendo cualquier tipo de equivalencia de daños y más bien comprendiendo que la defensa legítima no tiene carácter punitivo, y parte de la disposición de un derecho de auto salvaguarda (Jescheck 1981). Además, el defensor no estaría en la obligación de elegir el medio menos gravoso si tal elección le supone esfuerzo, costo o riesgo adicionales. Roxin (1997). En la

misma sintonía, se indica que Welzel (1976) y Jakobs (1997) afirman que a pesar de que el violentado deba usar el medio menos letal, puede llegarse a la muerte del agresor si este es el último medio para la defensa, todo esto sujeto al análisis de aspectos como la fortaleza del agente agresor y quien se defiende, la fuerza de los ataques, los medios defensivos efectivos y disponibles, y circunstancias de ese tenor.

El Dr. Vera (2019), posterior a esta revisión dogmática, señala respecto de la doctrina chilena y la comisión redactora del código penal vigente en el país austral, que la posición adoptada corresponde a que i) la necesidad de defenderse es un presupuesto esencial, y que en consecuencia se tendrá que ii) elegir el medio menos dañino sobre los demás disponibles para hacer frente a la agresión: una especie de evaluación del medio y su lesividad en relación con el daño sobre los bienes jurídicamente protegidos del agresor, daño que encuentra su excusa en que por medio de este se haya conjurado la agresión original. No entran en juego los bienes jurídicos del que ejerce la defensa para sí o para un tercero -los cuales ya fueron considerados frente a la necesidad en abstracto de la defensa-, sino los del agresor en relación con el medio idóneo elegido.

Conclusiones

- La legítima defensa en favor de animales es admisible para el derecho penal, en la medida en que los coasociados tienen la posibilidad y/o el deber, de acuerdo con los principios de la solidaridad social, de ejercer la defensa de derechos ajenos incluidos los derechos de los animales como sujetos de bienes jurídicos individuales, máxime cuando normativamente esté dispuesta tal prescripción.
- Resulta jurídicamente inconveniente establecer el principio de proporcionalidad entre bienes jurídicos como la vida de una mascota y la vida del injusto agresor del animal para determinar el alcance justificante de la legítima defensa en favor de animales.
- Cuestionarse sobre los alcances de la legítima defensa corresponde en últimas a preguntarse sobre la licitud de ciertas conductas. En tal medida, la doctrina avala la posibilidad de que una acción defensiva pueda incluso provocar la muerte del agresor, incluso en favor de un animal, siempre y cuando del contexto resulte claridad en cuanto a la necesidad de la acción defensiva en general, y que tal necesidad lleve al defensor a servirse de un medio idóneo, en la medida de las posibilidades de escogencia del momento, todo esto sin pasar por alto los estados mentales de tensión en el desarrollo de la agresión - defensa concurrentes.
- En Colombia, el ordenamiento jurídico vigente reconoce a los animales como seres sintientes que gozan de prerrogativas subjetivas, derechos que hacen parte del catálogo de bienes jurídicos que protege la Ley 599 de 2000. Es a partir de esta posibilidad que se podría configurar la legítima defensa en favor de bienes jurídicos de terceros, por ejemplo, de una mascota. En ese sentido, para argumentar la legítima defensa en favor de una mascota implicaría las mismas exigencias como cuando se predica de una persona humana.

Referencias bibliográficas

- Contreras, C. (2016). Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal. *Revista de derecho animal*.
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000].
- Congreso de Colombia. (29 de enero de 2016). Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. [Ley 1774 de 2016].
- Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 1989). Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean en unas Contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia. [Ley 84 de 1989].
- Diez Ripollés, José Luis (2011): *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espina, N. (2020). La legítima defensa de animales no humanos: un análisis a propósito de una reciente jurisprudencia alemana. *Nueva Crítica Penal*, 2(4), 19-36. Recuperado de: <https://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/download/61/61>
- Gómez, J. (1997). *Legítima Defensa*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley.
- Greco, L. (2019). Legítima defensa de animales. *Nuevo foro penal*, 92, 23. Recuperado de: [file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/5819-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20609-1-10-20190628%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/5819-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20609-1-10-20190628%20(2).pdf)
- Jakobs G. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T.I. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- Luzón Cuesta, Diego (2002): “Legítima defensa”, en: Luzón, Diego (director), *Enciclopedia penal básica* (Granada: Comares), pp. 879 y ss.
- Mir Puig, Santiago (2015): *Derecho penal. Parte general*, 10a ed. (Barcelona, Reppertor).

Peláez Mejía, J. M. (2011). “Antijuridicidad y exceso en las causales de justificación (Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos)”. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2403/1849>

Rodas, J. V. (2020). “La legítima defensa en favor de animales: análisis caso ecuatoriano”. *Revista Ruptura*, (02), 457-476. Recuperado de: <http://www.revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/8/26>

Roxin C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier Vicente De Remesal (trads.), Civitas, Madrid, 1997, p. 632.

Roxin C. (2016). “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en Hefendehl, Hirsch y Wholers (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo: Marcial Pons.

Vera, J. S. (2019). “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”. *Ius et Praxis*, 25(2), 261-298. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n2/0718-0012-iusetp-25-02-00261.pdf>

Welzel H. (1970). *Derecho penal alemán*. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Zaffaroni E. (2012). *La Pachamama y el humano*. Ciudad de Buenos Aires: Colihu.

Conferencias

Greco, L. [CESJUL Colombia] (2019, 25 de julio). Legítima defensa en favor de animales a cargo del Prof. Luí Greco. Parte I [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=g3sowULIBLw&t=273s>

Greco, L. [CESJUL Colombia] (2019, 25 de julio). Legítima defensa en favor de animales a cargo del Prof. Luí Greco. Parte II [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=P9xwG3ufiwW0>

Espina, N. [Universitas Fundación] (2020, 21 de octubre). La legítima defensa de animales no humanos. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=sMjDIOXHxiQ>