

# EL INJUSTO DEL MALTRATO ANIMAL<sup>1\*</sup>

## THE WRONGNESS OF ANIMAL ABUSE

JUAN PABLO MAÑALICH<sup>2</sup>

**RESUMEN:** En atención a la evolución más reciente de la legislación penal española, se examina el fundamento de la criminalización del maltrato de animal. Tras clarificar la conexión existente entre la identificación del bien jurídico así protegido y la viabilidad de reconocer a los animales no humanos como portadores de intereses, se presenta un contraste pormenorizado de dos modelos puros de criminalización: el modelo del reforzamiento de la moral social, por un lado, y el modelo bienestarista, por otro. El artículo se cierra con una indagación en la pregunta acerca de si la hegemonía que el segundo modelo parece actualmente ostentar en el nivel del derecho comparado admite ser irrestrictamente valorada como un avance de la agenda de la protección de condiciones de bienestar para los animales no humanos.

**PALABRAS CLAVES:** criminalización del maltrato de animal, legislación anticruelista, bienestar animal

**ABSTRACT:** In view of the most recent developments in Spanish penal legislation, the basis for the criminalization of animal abuse is examined. After clarifying the connection between the identification of the thus protected “legal good” and the feasibility of recognizing nonhuman animals as interest-bearers, a detailed contrast of two pure models of criminalization is presented: the model of the reinforcement of social morality, on the one hand, and the welfare model, on the other. The article closes with an inquiry into whether the hegemony that the second model seems to currently exhibit at the level of comparative law admits to be unreservedly valued as an advance of the agenda of the protection of welfare conditions for nonhuman animals.

**KEYWORDS:** criminalization of animal abuse, anti-cruelty legislation, animal welfare

### I. LOS MODELOS ANTICRUDELISTA Y BIENESTARISTA DE CRIMINALIZACIÓN DEL MALTRATO DE ANIMAL: ¿*TERTIUM DATUR?*

En su estudio dedicado a la penalización del “maltrato de animales domésticos o amansados” bajo el artículo 337 del Código Penal español (en adelante: “CPe”), según la versión de la disposición

---

<sup>1\*</sup> Este trabajo ha sido preparado como homenaje al querido colega Julio Díaz-Maroto.

<sup>2</sup> Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile.

resultante de la reforma introducida mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio,<sup>3</sup> Díaz-Maroto examinaba el problema del injusto del delito así tipificado, en consideración a cuál pudiera ser el bien jurídico cuyo menoscabo quedaría asociado a la realización del tipo (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, pp. 495 ss.). Su muy clara toma de posición acerca del asunto resulta sintetizada en la afirmación de que lo protegido aquí no podría ser “el derecho a [la] integridad física o la vida [del animal en cuestión], que difícilmente puede ser merecedor de ser calificado como un bien jurídico penal”, pero tampoco el “sentimiento de compasión que tiene la sociedad respecto de los animales”, el cual no admitiría “ser catalogado realmente como un bien jurídico penal” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). De ahí que Díaz-Maroto se inclinara por sostener que el bien jurídico se correspondería con las “obligaciones bioéticas” que los seres humanos tendríamos para con los animales (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496).

El texto del artículo 337 del CPe se ha visto, en el ínterin, significativamente reformulado como resultado de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.<sup>4</sup> Y presumiblemente como consecuencia de múltiples dificultades y aprehensiones suscitadas por la regulación legal hoy vigente, ha sido anunciada la presentación de un Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CPe en materia de “maltrato animal”, según consta en la Referencia del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2022.<sup>5</sup> A pesar de ello, una aproximación como la favorecida por Díaz-Maroto sigue ameritando una consideración detenida, ante todo en cuanto a los compromisos axiológicos que a ella subyacen. Pues estos compromisos dan forma a un enfoque distintivamente escéptico en lo tocante a la admisibilidad valorativa —y, con ello, a la racionalidad político-criminal— de la criminalización del maltrato de animal. En lo fundamental, ello se expresa en un rechazo de los dos modelos que, tras la superación del paradigma dominical o “propietarista”, han tendencialmente marcado la orientación de la “legislación penal animal” de segunda y tercera generación.<sup>6</sup> Se trata de lo que podríamos etiquetar, respectivamente, como un modelo “anticrudelista” y otro “bienestarista”.<sup>7</sup>

Díaz-Maroto rechazaba la identificación del bien jurídico protegido por la prohibición del maltrato de animal con un bien jurídico colectivo (o “difuso”), consistente en el sentimiento humano de compasión capaz de verse afectado por la constatación del sufrimiento padecido por uno o más animales. Con ello, él implícitamente descartaba que la regulación legal pudiera ser reconstruida como la implementación de un modelo anticrudelista. A este ha tendido a responder, históricamente, la tipificación del maltrato de animal como un delito cuyo núcleo se encontraría en un despliegue de crueldad, y cuya penalización se orientaría al reforzamiento de ese sentimiento de compasión, expresivo de una valoración arraigada en la moral (social) convencional.<sup>8</sup> Pero Díaz-Maroto también negaba que el objeto de protección de la prohibición del maltrato de animal admitiera ser identificado con la integridad física o la vida del animal afectado, entendidas como

<sup>3</sup> Al respecto, Díaz-Maroto y Villarejo (2011), pp. 495 ss., 497 ss., 500 ss. Para una reseña de la orientación general de la modificación legislativa dispuesta por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, véase Hava García (2011), pp. 270 ss.

<sup>4</sup> Al respecto, Requejo Conde (2015).

<sup>5</sup> Cuyo texto puede consultarse aquí: [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220218\\_correcci%C3%B3n.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220218_correcci%C3%B3n.aspx) (visitada el 23 de junio de 2022).

<sup>6</sup> Al respecto, BLATTNER (2019), pp. 280 ss.

<sup>7</sup> Para una reseña de los modelos de criminalización del maltrato de animal, en referencia a la evolución del derecho penal angloamericano, véase Chiesa (2008), pp. 1 ss., 24 ss., 30 ss.

<sup>8</sup> Al respecto, Wiegand (1979), pp. 124 s.; Guzmán Dalbora (2007), pp. 215 ss. Para la distinción entre las nociones de moral convencional (o “positiva”) y moral crítica, véase Hart (1963), pp. 17 ss.

bienes jurídicos individuales cuya titularidad correspondería al animal en cuestión. Esto supone rechazar que la correspondiente decisión de criminalización pueda ser vista como implementando un modelo bienestarista, en correspondencia con el cual la integridad corporal o la vida de un animal tendrían que ser entendidas como aspectos de su bienestar individual, que a su vez sería aquello en lo que consiste el objeto de protección.<sup>9</sup>

Quisiera dedicar esta contribución a contrastar, con algún detenimiento, estos dos modelos,<sup>10</sup> que Díaz-Maroto tenía por igualmente implausibles como eventuales bases para la decisión de criminalización plasmada en el artículo 337 del CPe. Puesto que “anticrudelismo” y “bienestarismo” designan aquí modelos puros —y con ello: abstractos—, su ejemplificación por la legislación penal de un determinado Estado, vigente en un determinado punto de tiempo, necesariamente será una cuestión de grado. Con todo, su consideración puede contribuir a esclarecer los posibles fundamentos de criminalización del delito en cuestión. Y esto quizá pueda arrojar algo de luz en la evaluación de la trayectoria que el derecho penal español ha recorrido, y seguirá recorriendo, en este preciso ámbito.

## II.- EL ESCEPTICISMO ACERCA DE LA RATIO PARA LA CRIMINALIZACIÓN

### 1. ¿El maltrato de animal como delito medioambiental?

Para advertir dónde radica el escepticismo del enfoque asumido por Díaz-Maroto, cabe partir prestando atención a la determinación del bien jurídico protegido por él sugerida. Según ya se observara, su tesis consiste en identificar lo protegido por la regulación legal con las obligaciones bioéticas concernientes al trato que habrían de recibir los animales “como un elemento más de la naturaleza” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, pp. 495 s.). El problema es que no resulta plausible en lo absoluto convertir las obligaciones cuya infracción pudiera estar asociada a la perpetración de un delito de maltrato de animal en el correspondiente bien jurídico. Parece mucho más “natural” identificar ese bien jurídico, más bien, con aquello a cuya protección se orientan las normas que imponen las obligaciones en cuestión.

Si nos preguntamos, entonces, por el foco de protección al que, según Díaz-Maroto, respondería la imposición de las obligaciones bioéticas aquí relevantes, la respuesta parecería favorecer una reconducción del injusto del maltrato de animal hacia el menoscabo de la biodiversidad. Esto, porque su sugerencia es que las obligaciones bioéticas referidas al trato que tendrían que recibir los animales harían aparecer a estos “como un elemento más de la naturaleza” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). De manera enteramente convincente, sin embargo, Díaz-Maroto negaba que el maltrato de animal admitiera ser entendido como un delito medioambiental, denunciando el yerro técnico implicado en que su penalización quedara situada en el Capítulo IV del Título XVI del Libro II.<sup>11</sup> Esto sería incompatible con el reconocimiento doctrinal, prácticamente unánime, de que “los animales domésticos no forman parte del medio ambiente” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496).

<sup>9</sup> Véase Guzmán Dalbora (2007), pp. 219 ss.; Hava García (2011), pp. 288 ss.

<sup>10</sup> Una presentación más detallada de ese mismo contraste puede encontrarse en Mañalich (2023).

<sup>11</sup> Según HAVA GARCÍA (2011), p. 279, ello sólo podría ser calificado como “un dislate”.

La posición que el artículo 337 ocupa al interior del texto del CPe, dentro de un capítulo que versa sobre los “delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, no puede zanjar cuál sea la reconstrucción dogmática mejor aspectada de la correspondiente decisión de criminalización.<sup>12</sup> Pues el etiquetamiento legislativo de tal o cual especie de hecho punible, resultante de la ubicación de la o las disposiciones que la penalizan en un determinado lugar del respectivo texto legal, no logra prejuzgar cómo tendría que ser determinado su específico contenido de injusto. A modo de ejemplo: que el hurto, penalizado en los artículos 234 y siguientes del CPe, quede así comprendido entre los “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, no obsta a su categorización dogmática como un delito contra la propiedad. Y esto último vale con independencia de cuál sea la relación sistemática en la que se encuentren los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio, según cómo sean definidos uno y otro bien jurídico.<sup>13</sup>

La objeción decisiva contra el entendimiento del maltrato de animal como un delito cuya criminalización respondería a una preocupación (antropocéntricamente) ecológica apunta a la circunstancia de que, en este preciso contexto, el animal que puede fungir como objeto del comportamiento típicamente relevante aparece concebido como un ser individual, y no en cambio como un ejemplar de tal o cual especie, y tampoco como un componente de algún ecosistema. Bajo el texto actual de los artículos 337 y 337 bis del CPe, esta especificación del objeto del delito como un animal individual se ve gramaticalmente reflejada en el uso del singular para aludir a aquel.<sup>14</sup> La excepción a esto último la provee el tenor del apartado 4 del primero de esos dos artículos, lo cual se explica, empero, por la circunstancia de que la forma de comportamiento allí penalizada se corresponda con la reformulación de la falta que hasta la modificación de 2015 se encontraba tipificada en el artículo 632.2.

## 2. Bienes jurídicos, derechos subjetivos e intereses

Pero lo anterior no basta para identificar el objeto de protección de la prohibición del maltrato de animal. Y a este respecto, la aproximación de Díaz-Maroto sólo puede ser calificada como escéptica. A su juicio, y coincidiendo con Martínez-Buján, el artículo 337 —según la versión resultante de la modificación de 2010— no sería sino “un nuevo ejemplo de legislación simbólica, que debería haber permanecido confinado en la órbita de las faltas o, mejor aún, en la de las infracciones administrativas” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). Esto, por cuanto “[e]l derecho penal [...] no parece ser el sector del ordenamiento jurídico más idóneo para resolver cuestiones relacionadas con el maltrato de los animales, por muy queridos que sean” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496). Contra lo sugerido por Díaz-Maroto, esto último no es algo que logre ser iluminadoramente planteado a través de la simple puesta en entredicho de que “exista un bien jurídico de esta específica naturaleza susceptible de ser protegido” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 496), como si el problema de legitimación del que aquí se trata pudiera recibir una solución ontológica.

En contraste con lo que sugiere el tenor de muchas de las controversias de las que suele ocuparse la llamada “teoría del bien jurídico”, aquí asumiré que, para resultar dogmáticamente aprovechable

<sup>12</sup> Al respecto, y rechazando la posible categorización del maltrato de animal como un delito medioambiental, véase Hava García (2011), pp. 277 ss.

<sup>13</sup> Sobre ello, en inmediata referencia a las particularidades de la tipificación de la apropiación y distracción indebidas en el artículo 470.1 del Código Penal chileno (“CPch”), Mañalich (2020a), pp. 319 ss.

<sup>14</sup> Para una defensa de la relevancia interpretativa de ese mismo aspecto gramatical, a propósito de la tipificación del maltrato de animal bajo el CPch, MAÑALICH (2020a), pp. 499 ss.

como herramienta de reconstrucción de las decisiones de criminalización expresadas a través de algún conjunto de normas de sanción penal, el concepto de bien jurídico necesita ser definido como “inmanente” —y no como “trascendente”— a la correspondiente regulación legal.<sup>15</sup> La inmanencia así predicada del concepto de bien jurídico expresa la renuncia a la pretensión de conferirle una función no puramente reconstructiva, sino al mismo tiempo crítica o “político-criminal”. En los términos de una distinción propuesta por Lascuráin, ello hace imprescindible diferenciar la pregunta (dogmática) acerca de “lo protegido” frente a la pregunta (político-criminal) acerca de “lo protegible”, pudiendo reservarse el concepto de bien jurídico para la articulación de la respuesta a la primera (Lascuráin, 2007, pp. 119 ss., 122 ss. y 144 ss.).

Con ello, la pregunta inicial no puede ser si “existe” tal cosa como un bien jurídico susceptible de ser protegido por la prohibición del maltrato de animal qua norma punitivamente reforzada.<sup>16</sup> Antes bien, la pregunta tiene que apuntar a si la criminalización del maltrato de animal puede entenderse apoyada en algún repertorio de razones provistas por uno o más principios de criminalización que, siendo compatibles con el marco constitucional del Estado respectivo, admitan ser tratados como los criterios últimos con base en los cuales habría que evaluar la aceptabilidad axiológica de tal o cual muestra de legislación penal.<sup>17</sup> Y será recién en el esfuerzo por reconstruir dogmáticamente la decisión de criminalización en cuestión, en congruencia con los parámetros de legitimación así obtenidos, que tendrá sentido tematizar el bien jurídico que pueda entenderse protegido por la o las normas de cuyo reforzamiento punitivo se trate.

Desde este punto de vista, hay un aspecto del escepticismo de Díaz-Maroto que tiene relevancia inmediata para el problema de la legitimación de la criminalización del maltrato de animal, y que emerge con la observación con la que arranca su argumentación: “[p]uede decirse que no existen derechos de los animales” (Díaz-Maroto y Villarejo, 2011, p. 495). Esta es la premisa esgrimida por Díaz-Maroto para negar que la integridad física o la vida del animal maltratado pudieran ser los bienes jurídicos en cuyo menoscabo radicaría el injusto del delito. Pero esa premisa admite ser entendida, a lo menos, en dos sentidos diferentes.

Que los animales no pertenecientes a la especie del *homo sapiens* sean titulares de derechos subjetivos es —como toda proposición de *lege lata*— una proposición contingente, cuyo valor de verdad depende de las definiciones que a ese respecto adopte el respectivo sistema jurídico. Y a menos que estuviéramos inclinados a asimilar —à la Feuerbach— lo que puede ser protegido por una norma punitivamente reforzada a uno o más derechos subjetivos, de la verdad o falsedad (contingente) de esa proposición no tendría por qué depender que lo aquí protegido pueda o no identificarse con uno o más bienes jurídicos cuya titularidad corresponda al respectivo animal en cuanto tal.<sup>18</sup>

Pero si la pregunta se reformula en términos de si los animales pueden o no ser considerados aptos para ser reconocidos como titulares de derechos subjetivos —con independencia de que de *lege lata* lo sean o no—, el escenario cambia. Pues, en la medida en que como concepción general de los

<sup>15</sup> Más detalladamente sobre esto, Mañalich (2022), pp. 557 ss.

<sup>16</sup> Sobre la función puramente analítica que habría que atribuir a la noción de bien jurídico, en referencia directa a la criminalización del maltrato de animal, WOHLERS (2016), pp. 416 ss., 426 ss.

<sup>17</sup> Acerca de los principios de criminalización y su clasificación, véase Duff (2018), pp. 234 ss.; también Tadros (2016), pp. 91 ss.

<sup>18</sup> En esta dirección, HAVA GARCÍA (2011), pp. 279 ss.

derechos subjetivos adoptemos la llamada “teoría del interés”, todo habla a favor de asumir que todos aquellos animales —humanos o no humanos— a los cuales puedan ser atribuidos “estados intencionales” consistentes en deseos, creencias, temores, entre otros, tendrían que ser considerados sujetos de intereses susceptibles de ser jurídicamente tutelados en la forma de derechos.<sup>19</sup> Y esto tendría que traer aparejada una respuesta afirmativa a la pregunta (categorialmente distinta) de si los animales que exhiben esa misma capacidad tendrían que ser reconocidos como “portadores” de atributos o propiedades que, en consideración a los intereses individuales que les sirven de sustento, pudieran ameritar ser protegidos, *qua* bienes jurídicos, a través de normas de comportamiento punitivamente reforzadas.<sup>20</sup>

### III. ¿EL MALTRATO DE ANIMAL COMO ATENTADO CONTRA LA MORAL SOCIAL?

#### 1. El reforzamiento de la moral social como *telos*

En su estudio monográfico dedicado a la criminalización del maltrato o “tormento” de animal (*Tierquälerei*), Robert von Hippel planteaba la pregunta de si el injusto del delito debía identificarse con la “lesión de un sentido humano por la moralidad social” o, en cambio, con una “violación de los derechos de los animales” (Von Hippel, 1891, p. 124). Inmediatamente a continuación, empero, él sostenía que el esfuerzo por responder esa pregunta sería “completamente fútil” (Von Hippel, 1891, p. 124). Esto, porque la implementación legislativa de cualquiera de esas dos aproximaciones llevaría exactamente a las mismas consecuencias. Pues el fundamento último de la criminalización del maltrato de animal no podría ser otro que el sentimiento humano de compasión afectado por la constatación del sufrimiento irrogado a seres “cuya capacidad para experimentar dolor presuponemos” (Von Hippel, 1891, p. 125).

Von Hippel afirmaba que, desde una perspectiva comparativista, el maltrato de animal debía ser clasificado como un delito contra la “moral social” (Von Hippel, 1891, pp. 106 ss.), cuyo injusto supervendría a la “lesión de un sentimiento de compasión” (Von Hippel, 1891, p. 125). Él describía los textos legales entonces vigentes como orientados al reforzamiento de la moral social, lo cual puede ser considerado definitorio de la adopción de un modelo anticrudelista de criminalización (Guzmán Dalbora, 2007, pp. 215 ss.; Chiesa, 2008, pp. 35 s.). De acuerdo con esto, la penalización de comportamientos consistentes en un despliegue de crueldad hacia uno o más animales sería expresiva de una deferencia (antropocéntrica) hacia la preocupación humana por el modo en el cual aquellos deberían ser tratados. El hecho de que un animal cruelmente tratado aparezca, bajo semejante régimen regulativo, como un “cuerpo animado” y no como un mero elemento del “mundo externo inerte” no sería suficiente para sostener que el animal en cuestión se vería protegido “por mor de sí mismo” (Von Hippel, 1891, p. 126). Bajo semejante modelo, el maltrato de animal exhibe el estatus de un delito “sin víctima”.<sup>21</sup>

Es importante no confundir el modelo anticrudelista, así caracterizado, con lo que a veces se tematiza como un modelo “antropocéntrico-estético” de criminalización (Wiegand, 1979, pp. 123 s.; Guzmán Dalbora, 2007, pp. 208 ss.). Este último se entiende decisivamente inspirado por la

<sup>19</sup> Detalladamente al respecto, MAÑALICH (2020b), pp. 156 ss.

<sup>20</sup> Véase MAÑALICH (2022), pp. 160 ss., 163 ss.

<sup>21</sup> Véase WIEGAND (1979), p. 127; GUZMÁN DALBORA (2007), p. 218. También CHIESA (2008), pp. 16 s.



observación de Kant en cuanto a que el despliegue de crueldad sobre uno o más animales “adormece[ría]” en el ser humano “la compasión por su dolor”, debilitando y así desarraigando gradualmente “una inclinación natural muy provechosa para la moralidad en las relaciones con otros seres humanos” (Kant, 1870, p. 290).<sup>22</sup> Esto último suele quedar asociado a una hipótesis empírica acerca del efecto que la exhibición de crueldad hacia los animales tendría en la aparición y solidificación de disposiciones favorables a tratar cruelmente a otros seres humanos. Esta hipótesis encontraría apoyo en evidencia que sugeriría la existencia de una “correlación entre la crueldad hacia los animales y la violencia interpersonal”,<sup>23</sup> una interpretación bien conocida de la cual ofrece la llamada “tesis de la progresión”.<sup>24</sup> Sin embargo, y aun suponiendo que exista tal correlación,<sup>25</sup> ello no justificaría la afirmación de que la prevención (indirecta) de daños futuros para otros seres humanos sería la razón determinante para la criminalización del maltrato de animal. Pues, de asumirse esto último, el maltrato padecido por el o los animales respectivamente afectados quedaría sólo contingentemente conectado con el pretendido fundamento de su relevancia jurídico-penal, lo cual es muy poco plausible.<sup>26</sup>

## 2. ¿La crueldad como foco apropiado de criminalización?

El modelo anticrudelista, enfocado en el menoscabo del sentimiento humano de compasión “irritado” por la constatación de la irrogación de sufrimiento a los animales, no se enfrenta a la objeción recién apuntada. Pero esto no basta para tenerlo por axiológicamente satisfactorio. Una primera dificultad radica en la inadecuación de la noción misma de crueldad para perfilar la o las formas de comportamiento de cuya criminalización se trata. El problema se vuelve evidente si prestamos atención al argumento de Regan para rechazar la afirmación de que “nuestros deberes negativos para con los animales est[é]n adecuadamente fundamentados si nos empeñamos en basarlos en la prohibición de la crueldad” (Regan, 1980, p. 533).

Regan observaba que “crueldad” es un término que apunta a estados mentales de dos tipos básicos, lo cual sustentaría una distinción entre una “crueldad sádica” y una “crueldad brutal”: mientras que la primera estaría involucrada en el placer que alguien siente “al hacer sufrir a otro ser”, la segunda “implica la indiferencia, más que el disfrute, del sufrimiento causado a otros” (Regan, 1980, p. 534).<sup>27</sup> Esto explica por qué poner el foco en la crueldad sería “manifiestamente inadecuado” para determinar cómo habrían de ser tratados los animales: hablar de “crueldad”, en cualquiera de sus formas, supone hacer referencia a los estados mentales de un individuo, siendo el caso que “lo que uno siente acerca del sufrimiento causado a un animal es lógicamente distinto de si es incorrecto hacer sufrir al animal” (Regan, 1980, p. 535).

Al apelar a la noción de una “lesión de un sentimiento [humano] de compasión” (Von Hippel, 1891, p. 125), la criminalización anticrudelista del maltrato de animal parece aludir a una especie de

---

<sup>22</sup> Para una presentación detallada de la objeción “kantiana” que Christine Korsgaard ha dirigido al tratamiento que Kant da al problema del estatus moral y jurídico de los animales, véase MAÑALICH (2020a), pp. 511 ss., con referencias ulteriores.

<sup>23</sup> Así, CHIESA (2008), p. 32.

<sup>24</sup> Véase BEIRNE (2009), pp. 166 ss.

<sup>25</sup> Una impugnación de esa evidencia es presentada por MARCEAU (2019), pp. 193 ss.

<sup>26</sup> Véase WOHLERS (2016), p. 431.

<sup>27</sup> En estos términos, la concepción de la crueldad que Díaz-Maroto rastreaba en la jurisprudencia relativa a la falta del artículo 632.2 parecía reducirla a su variante sádica; véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), p. 502.

“daño moral”. Pero si por “daño” se entiende, de acuerdo con la propuesta de Lacey, un “revés para uno o más intereses fundamentales” (Lacey, 1988, pp. 108 ss., 110 s.), entonces una forma de comportamiento “moralmente dañina” no debería ser seleccionable como objeto admisible de criminalización.<sup>28</sup> No deja de ser interesante notar que, a pesar de su defensa de la admisibilidad de la criminalización de comportamientos generadores de “conmoción para sensibilidades morales, religiosas o prácticas” bajo lo que él propuso llamar el “principio de la ofensa” (Feinberg, 1985, p. 11), Feinberg descartaba que la penalización de la crueldad desplegada contra animales pudiera quedar basada en una preocupación por la afrenta a las sensibilidades de los animal lovers (Feinberg, 1980, p. 161). Antes bien, sería “mucho más natural” decir que el propósito es proteger a los animales potencialmente afectados frente a determinadas formas de sufrimiento. Pues “justamente las personas cuya sensibilidad se invoca [...] insistirían en que la protección es debida a los animales mismos” (Feinberg, 1980, p. 161).

Por lo tanto, cuando nos preguntamos por qué el atormentar a un animal podría ser legítimamente penalizado, la respuesta no podrá ser, como observa Tadros, que comportarse de tal manera “haría imposible compartir una comunidad de respeto mutuo con otras personas que tienen actitudes sensibles al discernimiento (moral)” (Tadros, 2016, p. 38). Antes bien, la evitación de daños como el infligido al animal respectivamente maltratado debería contar aquí como el objetivo de las normas de cuyo reforzamiento punitivo se trata.<sup>29</sup> Esta consideración compromete severamente la plausibilidad axiológica del modelo anticrudelista. Tal como observara Hart en su impugnación del “moralismo jurídico” defendido por Lord Devlin, la promulgación de leyes que penalizan la “crueldad hacia los animales” puede ser indicativa de que “el derecho se preocupa aquí por el sufrimiento, aunque solo sea de los animales, más que por la inmoralidad de torturarlos” (Hart, 1963, p. 34).

#### IV. ¿EL MALTRATO DE ANIMAL COMO ATENTADO CONTRA EL BIENESTAR ANIMAL?

##### 1. La “sintiencia” como sustrato del bienestar animal

El compromiso que define al modelo de criminalización bienestarista consiste en que los intereses susceptibles de ser atribuidos a animales de muy diferente índole, capaces de sustentar la protección de múltiples aspectos de su propio bienestar, están anclados en su condición de seres “sintientes” (Chiesa, 2008, pp. 38 s.). Una consecuencia de esto debería ser que el respectivo animal criminalmente maltratado cuente como víctima del delito, a pesar de su falta de capacidad de agencia racional. Si esta capacidad no es necesaria para que un ser humano pueda ser víctima de algún delito, entonces —como implicación del “argumento de los casos marginales”— tampoco deberíamos hacer depender la eventual condición de víctima de un animal de su posesión de esa misma capacidad.<sup>30</sup> Esto último sigue encontrando resistencia, empero, debido a la suposición de

<sup>28</sup> Para un rechazo de la categorización del llamado “daño moral” como una especie de daño en el sentido del “principio del daño”, véase FEINBERG (1990), pp. 65 ss.

<sup>29</sup> Para el rechazo de las justificaciones antropocéntricas de la criminalización del maltrato de animal, véase WOHLERS (2016), pp. 430 ss.

<sup>30</sup> El argumento de los casos marginales funciona mostrando cómo, a partir del reconocimiento de la existencia de casos —más o menos marginales— en los cuales se reconoce el estatus de sujeto de derecho a individuos de la especie humana que carecen de la capacidad de agencia racional, se hace necesario concluir, de acuerdo con el principio de consistencia que tendría que guiar nuestra consideración de situaciones moralmente equivalentes, que nada distinto tendría que



que solo un ser o entidad que exhiba el estatus jurídico de persona podría ser reconocido como víctima de un delito.<sup>31</sup> Al menos en el nivel de la literalidad de las disposiciones legales, una excepción relevante se encuentra en el artículo 1 de la Ley argentina sobre Malos Tratos contra Animales,<sup>32</sup> que explícitamente penaliza el “infligi[r] malos tratos o [hacer] víctima de actos de crueldad a los animales”.<sup>33</sup>

Contra lo que a veces se asume, es infundado suponer que, bajo el modelo bienestarista, la potencial dañosidad del maltrato de animal tendría que ser establecida, exclusivamente, en referencia a un único interés consistente en “no sufrir innecesariamente”.<sup>34</sup> Como ha observado Ladwig, aunque “el bienestar de los animales puede [...] determinarse por completo en términos de su sintiencia”, de modo que “todos los animales sintientes pueden ser dañados si son expuestos a un sufrimiento físico o mental”, ocurre que “los animales más complejos son también seres intencionales y activos, con intereses en [gozar de] un entorno vital rico y diverso, así como en la libertad de movimiento y acción”, de lo que se seguiría que “[c]iertas actividades contribuyen constitutivamente a su bienestar” (Ladwig, 2015, p. 284). Por ello, agrega, “también podemos dañar a los animales impidiéndoles realizar actividades que les habrían resultado agradables”, lo cual significa que “la posibilidad de daño mediante una irrogación de sufrimiento se ve complementada por la posibilidad de daño mediante una privación” (Ladwig, 2015, p. 284).

Un ejemplo importante de la posible irrogación de daño a un animal que parece irreductible a la irrogación de sufrimiento físico o mental es el de un comportamiento consistente en (“meramente”) matarlo. Es una tendencia reconocible en las legislaciones bienestaristas más avanzadas la de convertir en punible el dar muerte a un animal bajo la condición de que la ejecución de la acción letal satisfaga alguna cualificación adverbial. Así, por ejemplo, mientras que el artículo 26.b) de la Ley suiza de Protección Animal tipifica como delito la matanza de animales bajo la condición de que el agente actúe “de manera atormentadora” (*auf qualvolle Art*) o “por mero arbitrio” (*aus Mutwillen*),<sup>35</sup> bajo el artículo 17 de la correspondiente ley alemana basta con que la producción de la muerte de un vertebrado tenga lugar “sin un motivo razonable” (*ohne vernünftigen Grund*).<sup>36</sup>

Decisiones de criminalización como estas son indicativas de que, al menos en lo que respecta a animales de cierta índole, su muerte es considerada dañina para ellos, con independencia de que su producción lleve o no aparejada una irrogación de sufrimiento.<sup>37</sup> Y un animal cuya muerte puede ser dañina para sí necesita tener un interés en su propia supervivencia, el cual puede ser caracterizado como un “interés supremo de bienestar”.<sup>38</sup> Aunque la cuestión de cuál pudiera ser su

---

valer tratándose de animales de otras especies. Al respecto, DE LORA (2003), pp. 234 ss.; también MAÑALICH, (2020b), pp. 163 ss.

<sup>31</sup> Véase BLATTNER (2019), pp. 334 s. En detalle sobre el asunto, en referencia al derecho penal estadounidense, MOORE (2005), pp. 93 ss.

<sup>32</sup> Ley Nacional 14.346, de 27 de septiembre de 1954.

<sup>33</sup> Al respecto, DESPOUY y SANTORO (2013), pp. 30 ss., 43 ss.

<sup>34</sup> Así, CHIESA (2008), p. 38.

<sup>35</sup> Al respecto, BOLLIGER, RICHNER, RÜTTIMANN y STOHNER (2019), pp. 160 ss.

<sup>36</sup> Véase WOHLERS (2016), p. 422.

<sup>37</sup> Véase FEINBERG (1980), p. 201.

<sup>38</sup> Al respecto, FEINBERG (1984), pp. 81 s.

sustento último es controvertida,<sup>39</sup> tendría que ser claro que semejante interés no puede confundirse con un interés en no sufrir.

## 2. ¿“Dignidad animal”?

El hecho de que el modelo bienestarista quede asentado en el criterio de la “sintiencia” hace que su compatibilidad con el llamado “enfoque de la dignidad” sea a lo menos discutible.<sup>40</sup> Como muestra de esta última orientación, considérese el artículo 26.1.a) de la ya aludida Ley suiza de Protección Animal, que declara punibles comportamientos consistentes en “menospreciar la dignidad de los animales” como una especie de maltrato de animal.<sup>41</sup> Más allá del escepticismo genérico que cabe albergar acerca de la pertinencia del concepto de dignidad para fijar el foco de cualesquiera decisiones de criminalización,<sup>42</sup> la manera en que el ámbito de aplicación de la disposición legal suiza es doctrinal y judicialmente determinado refuerza la sospecha más específica de que asimilar la “dignidad animal” a un bien jurídico merecedor de protección pudiera no ser tan progresista como cabría suponer a primera vista.

En efecto, la sugerencia de que la dignidad atribuida a los animales sería graduable,<sup>43</sup> así como la afirmación de que en algunos casos la vulneración de la “dignidad animal” debería considerarse jurídicamente justificada en razón de la preponderancia de uno o varios intereses humanos de diversa naturaleza,<sup>44</sup> hacen reconocible una banalización de la noción misma de dignidad.<sup>45</sup> Y el hecho de que, entre otros, comportamientos pretendidamente capaces de “ridiculizar” a un animal queden así penalizados, sin mostrar conexión alguna con la irrogación de un daño, vuelve plausible la observación de que al enfoque de la dignidad subyace una “superstición antropomórfica” (Pietrzykowski, 2021, p. 76). Pues la mayoría de los animales no es capaz de exhibir la especie de autorrespeto necesaria para sustentar la proposición de que ellos pudieran ser dañados, o en cualquier caso agraviados, mediante semejantes actos de ridiculización.<sup>46</sup>

## 3. El “paradigma del uso” y los límites del bienestarismo

Aun bajo las regulaciones bienestaristas “de vanguardia”, la criminalización del maltrato de animal muestra un compromiso con lo que Blattner denomina el “paradigma del uso”. En sus términos, esto resulta en que las condiciones de bienestar de los animales sean tratadas como merecedoras de protección solo en la medida en que los intereses que exigen esa protección “no choquen con el 99% de los intereses humanos” (Blattner, 2019, p. 339). Esta muy drástica restricción del correspondiente ámbito de protección sería definitoria del “bienestarismo jurídico” (Blattner, 2019,

<sup>39</sup> Para una defensa del “enfoque de la privación”, véase LADWIG (2015), pp. 284 s., según quien “al matar a un animal sintiente, normalmente lo privamos de un futuro que podría haber sido, en general, próspero para el individuo en cuestión”. Para una defensa (matizada) de un “enfoque basado en deseos”, véase MAÑALICH (2020b), pp. 165

<sup>40</sup> Al respecto, y críticamente, PIETRZYKOWSKI (2021), pp. 70 ss.

<sup>41</sup> El artículo 35.1.a) de la Ley de Protección de Animal de Liechtenstein formula una norma de sanción equivalente, en lo que a su supuesto de hecho concierne.

<sup>42</sup> Véase DUFF (2018), p. 193.

<sup>43</sup> Véase PIETRZYKOWSKI (2021), pp. 75 s.

<sup>44</sup> Así, BOLLIGER, RICHNER, RÜTTIMANN y STOHNER (2019), pp. 142 s.; críticamente al respecto, BLATTNER (2019), pp. 332 ss.

<sup>45</sup> Como observa PIETRZYKOWSKI (2021), p. 75, tal estrategia de graduación “trastocaría profundamente el concepto de dignidad en comparación con cómo se lo ha concebido y utilizado en el discurso moral y jurídico moderno”.

<sup>46</sup> Véase LADWIG (2015), p. 285: “Los animales [...] son incapaces de captar su propio estatus moral. Por lo tanto, no se preocupan ni pueden preocuparse por el autorrespeto”.

p. 37), lo cual da pie a que se sostenga que la función latente de una regulación legal así orientada sería posibilitar la “explotación animal institucionalizada” (Francione, 2007, pp. 128 ss.).

Independientemente de su categorización dogmática como causas de justificación o como elementos negativos del respectivo tipo de delito,<sup>47</sup> la consagración de “excepciones” a las normas de comportamiento cuya contravención puede ser constitutiva de maltrato de animal restringe el alcance de la protección brindada por esas mismas normas, y en cuanto tal debe ser vista como un aspecto interno de su criminalización.<sup>48</sup> Un ejemplo elocuente de las implicaciones de tal restricción lo provee la controversia acerca de lo que cuenta como un “motivo razonable” para dar muerte a un animal vertebrado bajo el artículo 17.1 de la Ley alemana de Protección Animal.<sup>49</sup>

En su análisis del reciente “giro carcelario” —esto es, punitivista— del derecho penal animal estadounidense, Marceau presta especial atención al establecimiento de las llamadas “exenciones agrícolas”, observando que a partir de 2017, la legislación de cuarenta de los cincuenta estados reconoce una exención de esa clase, lo cual conduciría a que “el sufrimiento de miles de millones de animales al año [se vuelva] invisible para el derecho penal” (Marceau, 2019, p. 98). A su juicio, “el hecho de que un tercio de los estados cuya regulación contiene exenciones para la práctica de la ganadería industrial las haya promulgado con ocasión de la aprobación de una penalización más bien severa del maltrato de animal tendría que llevar a la conclusión de que las organizaciones promotoras de semejantes “compromisos” legislativos habrían celebrado “un pacto con el diablo” (Marceau, 2019, p. 102).

El punto crucial aquí es que la extensión de las exenciones en cuestión resulta ser directamente sensible a la aceptación más o menos generalizada de las prácticas agrícolas así privadas de significación criminal (Marceau, 2019, p. 98). Esta deferencia hacia el anclaje consuetudinario de actividades cuyo desarrollo trae aparejada, anualmente, la administración sistemática de daño para miles de millones de animales sugiere que la axiología subyacente a la criminalización bienestarista del maltrato de animal quizá no sea demasiado divergente de la subyacente a su criminalización anticrudelista. Pues las tempranas leyes penalizadoras de la crueldad contra animales hacían ya depender la significación criminal del maltrato de animal del carácter “innecesario” del sufrimiento irrogado, tomado el adjetivo en lo que Regan llamó su “sentido fáctico”: “cuando uno dice [...] que una determinada cantidad de sufrimiento es necesaria en este [...] sentido, uno comunica meramente que, como cuestión de hecho, el objetivo de la acción o actividad no habría podido ser alcanzado si no se hubiera causado, o permitido causar, esa cantidad de sufrimiento” (Regan, 1980, p. 538).

Lo anterior hace posible poner término a esta contribución observando lo siguiente. El modelo bienestarista hace descansar la criminalización del maltrato de animal en el reconocimiento de que al animal potencialmente afectado son atribuibles intereses que volverían dañino, para ese mismo animal, el maltrato típicamente relevante al que pudiera sometérsele. Pero el modelo bienestarista

<sup>47</sup> Para la caracterización de la exigencia de que el comportamiento constitutivo de maltrato sea injustificado, en los términos del artículo 337 del CPe, como un presupuesto de la tipicidad, véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2011), p. 503.

<sup>48</sup> Véase, sin embargo, CHIESA (2008), pp. 55 ss., quien cree que la categorización de esas excepciones como causas de justificación sería suficiente para desvirtuar la objeción aquí considerada contra la criminalización bienestarista del maltrato de animal.

<sup>49</sup> Véase CRISOVIUS (2017), pp. 668 ss., respecto del problema de si los motivos económicos habrían de ser calificados como “razonables”.

atribuye a la promoción de intereses humanos de la más variada naturaleza e importancia una fuerza suficiente para convertir en permisibles formas de trato que resultan masiva y agudamente dañinas para los animales expuestos a ellas. En la medida en que una decisión de criminalización guiada por lo que Lacey denominó el principio “de los intereses fundamentales” tendría que ser al mismo tiempo sensible a un principio (mediador) “de propósito legítimo mediante igual consideración” (Lacey, 1988, pp. 108 ss., 110), cabe sostener que el modelo bienestarista no satisface los estándares de legitimación sobre los cuales, pretendidamente, reposa.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEIRNE, P. (2009). *Confronting Animal Abuse*. Nueva York: Rowman & Littlefield
- BLATTNER, C. (2019). *Protecting Animals Within and Across Borders*. Nueva York: Oxford University Press
- BOLLIGER, G., RICHNER, M., RÜTTIMANN, A. y STOHNER, N. (2019). *Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis* (2ª ed.). Zúrich: Schulthess
- CHIESA, L.E. (2008). Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? – Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses. *Mississippi Law Journal*, 78, 1-67
- CIRSOVIUS, T (2017). Rechtfertigen wirtschaftliche Motive Verstöße gegen das Tierschutzgesetz?. *Natur und Recht*, 39, 665-670
- DE LORA, P. (2003). *Justicia para los animales*. Madrid: Alianza
- DESPOUY, P. y SANTORO, M.C. (2013). *Protección Penal a los Animales*. Córdoba: Lerner
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (2011). El maltrato de animales domésticos o amansados. En J. Díaz-Maroto y Villarejo (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal* (pp. 493-504). Madrid: Civitas y Thomson Reuters
- DUFF, R.A. (2018). *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1984). *Harm to Others*. Nueva York: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1985). *Offense to Others*. Nueva York: Oxford University Press
- FEINBERG, J. (1990). *Harmless Wrongdoing*. Nueva York: Oxford University Press
- FRANCIONE, G. (2007). *Animals, Property, and the Law*. Filadelfia: Temple University Press
- GUZMÁN DALBORA, J.L. (2007). *Estudios y Defensas Penales*. Santiago: LexisNexis
- HART, H.L.A. (1963). *Law, Liberty, and Morality*. Oxford: Oxford University Press
- HAVA GARCÍA, E. (2011). La protección del bienestar animal a través del derecho penal, *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, 259-304
- KANT, I. (1870). *Metaphysik der Sitten*. Léipzig: Verlag der deutschen Buchhandlung
- LACEY, N. (1988). *State Punishment*. Londres y Nueva York: Routledge
- LADWIG, B. (2015). Against Wild Animal Sovereignty: An Interest-based Critique of Zoopolis, *The Journal of Political Philosophy*, 23 (3), 282-301

- LASCURAÍN, J.A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible, *ADPCP*, 60, 119-163
- MAÑALICH, J.P. (2020a). *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*. Santiago: Thomson Reuters
- MAÑALICH, J.P. (2020b). Animalhood, Interests, and Rights, *Journal of Human Rights and the Environment*, 2 (11), 156-172
- MAÑALICH, J.P. (2022). ¿La salud pública como bien jurídico colectivo?. En J. Urquiza (Dir.), *El Código Penal del bicentenario* (pp. 557-582). Lima: Gaceta Jurídica
- MAÑALICH, J.P. (2023). An Animal Turn in Criminal Law. En AA.VV. (eds. Peters, Stilt y Stucki), *Handbook on Global Animal Law*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press, de próxima aparición
- MARCEAU, J. (2019). *Beyond Cages*. Cambridge: Cambridge University Press
- MOORE, A.I. (2005). Defining Animals as Crime Victims, *Journal of Animal Law*, 1 (1), 91-108
- PIETRZYKOWSKI, T. (2021). Against Dignity: An Argument for a Non-Metaphysical Foundation of Animal Law, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2, 69-82
- REGAN, T. (1980). Cruelty, Kindness, and Unnecessary Suffering, *Philosophy*, 55, 532-541
- REQUEJO CONDE, C. (2015). El delito de maltrato a los animales tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, 6 (2), 1-26
- TADROS, V. (2016). *Crimes and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press
- VON HIPPEL, R. (1891). *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes*. Berlín: Otto Liebmann
- WIEGAND, K.D. (1979). *Die Tierquälerei*. Lübeck: Schmidt-Römhild
- WOHLERS, W. (2016). Tierschutz durch Strafrecht? - zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen, *Rechtswissenschaft*, 3, 416-440

**Fecha de recepción: 3 de agosto de 2022.**

**Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2022.**

**Fecha de publicación: 30 de diciembre de 2022.**