

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

**“LEY DE BIENESTAR ANIMAL INFRINGE LOS PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES DE LESIVIDAD, PROPORCIONALIDAD E
INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL. UN
ANÁLISIS INTROSPECTIVO A LA LUZ DE SU REFORMA”**

POSTULANTE: FLOR DE LIZ CABRALES MANZANAREZ

SAN JOSÉ, JULIO, 2020

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Cabrales M. Flor de Liz. *“LEY DE BIENESTAR ANIMAL INFRINGE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LESIVIDAD, PROPORCIONALIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL. UN ANÁLISIS INTROSPECTIVO A LA LUZ DE SU REFORMA”*.

Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2020.

DEDICATORIA

Este logro se lo dedico a Dios, quien sustenta mi vida y me ha redimido con su gracia.

A mis padres de manera especial, por su apoyo y porque me permitieron crecer en un hogar sintiéndome amada, porque siempre suplieron mis necesidades básicas y hasta más, porque han forjado mi camino con disciplina, amor e instrucción en la palabra de Dios. Afortunada soy por los padres que Dios me ha dado.

AGRADECIMIENTOS

*Agradezco en gran manera a **Dio,s** quien me dota de conocimiento y sabiduría y me ha permitido llegar hasta este punto, agradezco a Él por la salud y trabajo que ha brindado para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor. A Él sea la Gloria, Honra y Poder.*

A mis padres Carlos y Flor, por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad, me formaron con reglas y algunas libertades, sentaron en mí las bases de responsabilidad y respeto. Me mostraron su amor, comprensión y apoyo a lo largo de este proyecto y de toda mi carrera, me motivaron constantemente para alcanzar mis anhelos bajo la voluntad de Dios.

A mis cuatro hermanos y seis sobrinos a los cuales amo grandemente, porque me motivaron con palabras de aliento, me brindaron amor, compañía y ayuda incondicional en todo momento.

A mi compañera de universidad Isabel, por su sincera amistad y apoyo. A mi tutor de manera especial primeramente por no permitirme renunciar sino alentarme a continuar, gracias por el tiempo, dedicación y paciencia en la elaboración del presente trabajo.

Gracias a todas las personas que me mostraron su cariño orando a Dios para que esto fuera posible.

Contenido

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	1
Planteamiento del problema.....	1
Objetivo general.....	2
Objetivos específicos.....	2
Justificación	2
Antecedentes	3
Derechos fundamentales: derecho a la vida humana y la integridad física:.....	3
Regulación sobre la protección de los animales:	12
Relación entre el derecho a la vida humana y la protección a la vida del animal:	17
Proyecciones	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	27
Relación de los seres humanos y los animales.....	27
Criterios en cuanto a la relación con los animales.	34
Origen y evolución de los derechos de los animales.....	42
Definición sociológica de los derechos de los animales.....	50
Marco axiológico del derecho de los animales.	52
Generalidades.....	52
Consideración directa al animal y consideración indirecta al animal.	55
Bienestar animal.....	56
BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	64
Derechos fundamentales.	64
Conceptualización jurídica de Bien Jurídico.	71
Conflicto en torno al bien jurídico a proteger.	78
INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL	85
Definición del Derecho Penal	85
Características del Derecho Penal	92
Principios que rigen el Derecho Penal.....	94
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	111
Enfoque de la investigación.....	111
Diseño de la investigación.....	112
Alcance de la investigación	112
Esquema Operacional de las Variables:	114

Técnicas de la investigación	115
Instrumento de investigación.....	115
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	116
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS	119
Análisis de resultados de las entrevistas.....	124
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	135
Conclusiones.....	135
Recomendaciones	141
Guía de preguntas	144
CAPÍTULO VI: ANEXOS	145
Referencias Bibliográficas	145

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema

El derecho penal tiene su origen en la necesidad de regular o controlar la realidad sociológica, es una ciencia jurídica que persigue un fin genérico de protección, tiene como finalidad la fijación de los bienes jurídicos que ha de proteger que son variables en el tiempo y el espacio, otra finalidad es configurar los delitos y especificar las penas que a cada uno de esos delitos corresponde. La misión del derecho penal es proteger los derechos fundamentales necesarios para la convivencia común dentro de un orden social y garantizar la paz; a manera de ejemplo vemos que el legislador piensa que debe proteger la vida humana a partir del artículo número 21 de la Constitución política, por lo que crea el artículo 111 del Código Penal.

“Artículo 21 Constitución Política. - La vida humana es inviolable”.

“Artículo 111 Código Penal. - Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años”.

Ahora bien, no todos los derechos fundamentales son bienes jurídicos, pero sí todo bien jurídico es un derecho fundamental, por lo que el derecho penal va a estar vinculado al bloque constitucional. El ser humano, goza de ciertos derechos que le son inherentes, es decir, todas las personas gozan de estos derechos más allá de cualquier factor particular como raza, sexo, religión, clase social entre otros, ninguna autoridad puede vulnerar esos derechos; dicho lo anterior es que el Estado tiene la necesidad de establecer mecanismos eficaces que vengán a proteger los bienes jurídicos emanados de los derechos fundamentales.

Pero, qué pasa con la Ley de Bienestar de los Animales; es que a raíz de su reforma, esta Ley, impone como sanciones ante el incumplimiento, penas privativas de libertad que atentan contra la libertad de las personas siendo este un bien jurídico de las mismas, entonces, lo anterior nos lleva a una pregunta misma que va a determinar el norte de esta investigación, ¿Cuál es el bien jurídico que tutela la Ley de Bienestar de los Animales a partir de su reforma, Ley No. 9458 para que sea necesaria la intervención del derecho penal en cuanto a la imposición de penas privativas de libertad y por ende, las multas que establece?

Objetivo general

Como primer objetivo general que se ha establecido para desarrollar la presente investigación es: analizar el conflicto existente en torno al bien jurídico que se protege en virtud de la Ley de Bienestar de los Animales a partir de su reforma, Ley N° 9458; y la intervención del Derecho penal.

Objetivos específicos

- Identificar cuál es el bien jurídico que tutela la Ley No.7451 a partir de su reforma en la Ley No. 9458
- Determinar si ese bien jurídico emana de un derecho fundamental
- Valorar si el bien jurídico fue elegido y contemplado bajo la teoría del Bien Jurídico
- Definir si ese Bien Jurídico puede ser objeto de protección mediante la tutela del Derecho Penal.

Justificación

El presente trabajo de investigación titulado “Ley de Bienestar Animal infringe los Principios Fundamentales de Lesividad, Proporcionalidad e Intervención Mínima del Derecho Penal. Un análisis introspectivo a la luz de su reforma.”, pretende analizar el bien jurídico que tutela esta ley y como es que en la implementación de esta Ley se infringen los principios anteriormente mencionados.

La Ley de Bienestar de los Animales protege a los animales domésticos, los animales salvajes quedan excluidos porque estos últimos están protegidos por Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, la Ley No.6919, que es un compendio de leyes que protege la flora y la fauna. Desde tiempos antiguos, alrededor de los años mil seiscientos se publican las primeras leyes de protección a los animales influenciados posiblemente por las matanzas de animales ocurridas durante la Edad Media, desde entonces los pensadores y legisladores han dedicado particular

atención a la violencia ejercida por el hombre sobre los animales, sobre este punto de la historia y evolución de protección de los animales se hablará más adelante.

El punto medular de la presente investigación es que, si hablamos de la protección y del bienestar de los animales, lo que se está tratando de proteger a simple vista es la vida de estos; entonces siguiendo el mismo orden de ideas sobre la protección a la vida, si hablamos de la protección a la vida humana regulada en nuestra Constitución Política, en su artículo 21 que reza “*La vida humana es inviolable*”, así como en el Código Penal con respecto al homicidio, a las lesiones, al aborto y después a la Ley de Penalización contra la Mujer, cabe preguntarse ¿cuál es el bien jurídico que se entreteje entre esas leyes?, la respuesta es simple, LA VIDA HUMANA. Podemos ver entonces que el bien jurídico tutelado vida humana e integridad física, así como la salud humana, emanan de un derecho fundamental que se encuentra contenido en nuestra Carta Magna.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, pero ahora trasladándola a la Ley de Bienestar de los Animales, Ley 9451 a partir de su reforma, Ley No.9458, ¿Cuál es el derecho fundamental de donde emana el bien jurídico que protege la vida de los animales domésticos?, suponiendo de ante mano que sea este el bien jurídico que protege, ¿Será un derecho fundamental?; es por esa y otras inquietudes como las penas impuestas, que es de relevancia la presente investigación tomando en cuenta que una de las sanciones por infracción de la Ley 9451, recaen sobre la privación de libertad de las personas siendo esta también un derecho fundamental de las mismas.

Antecedentes

Derechos fundamentales: derecho a la vida humana y la integridad física:

Como primer punto de partida que da origen a esta investigación, se hablará de los Derechos Fundamentales dando énfasis en la regulación del derecho a la vida y la integridad física del ser humano, el artículo 21º, de la Constitución Política de Costa Rica, declara lo siguiente: “La vida humana es inviolable”. A nivel global, la protección se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3º, “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y a nivel regional, en la Convención Americana de Derechos Humanos

Pacto de San José, artículo 4º, primer párrafo dice, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, se da a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, también el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, artículo 6º, “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” y la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 2º, primer párrafo, “Tienes derecho a la vida”.

El derecho fundamental que tiene toda persona a la vida es indiscutible e incuestionable, con independencia de su status, pre- o postnatal, de su capacidad o incapacidad de vida o de la mayor o menor calidad de vida. Se trata de un derecho de todo ser humano desde su concepción hasta su muerte, haya adquirido la calidad de persona o se encuentre todavía en el vientre materno.

La preservación de la vida humana se ha venido dando a lo largo del tiempo y cada vez adquiere mayor fuerza y mayores garantías de protección para las personas, podemos notar que al redactarse la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en 1948, tenían frescos en su memoria los despiadados campos de concentración nazis y la matanza de millones de seres humanos organizada por el Estado simplemente porque no eran el tipo de persona "correcta"; uno de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos explico que varios de los artículos de la DUDH, se basan en las creencias de que los intereses de la persona deben ir antes que los del Estado y que este último no debe privar al individuo de su dignidad y de sus derechos básicos.

“El derecho a la vida es uno de los Derechos Humanos Universales recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones. Como ejemplo, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención Americana de los Derechos Humanos, entre otros, que garantizan el derecho a la vida, como un derecho fundamental autónomo.

El Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, es decir, tanto antes como después del nacimiento. Pues la evolución de la internacionalización de los derechos humanos alcanza mayor fuerza día a día y aceptación a nivel mundial. Es justamente el Derecho Internacional uno de los principales promotores de los derechos humanos y de la

protección de los individuos. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho” (Erazo Bustamante, 2011).

Podemos notar que la vida humana es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona humana. No obstante, la vida no se reduce a una realidad naturalística bio-fisiológica, sino que, aquella solo conforma su sustrato natural y complementada con criterios valorativos como la dignidad humana, considerándosela como una forma especial de vivir, es decir, vivir adecuadamente en condiciones dignas, entender a la persona como un ser único e irrepitable, dotado de capacidad, de sensibilidad y orientarse conforme a valores.

“El Derecho Penal contempla la vida como un fenómeno bio-psico-social inseparablemente unido y de carácter dinámico. En este sentido, “por ser un proceso dinámico, no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de cuándo comienza la vida humana” aunque esta se cree que es desde el momento de la concepción. Además, su valoración es uniforme e igual, independiente de la valoración social que se haga de su titular o de la distinción de la capacidad física o mental, La vida “es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural” (Villavicencio Terreros, 2015, p. 2).

En el mismo sentido Félix Reinaldi señala que: “La vida inicia con la concepción, la que se equipara a la fecundación. En cuanto que el ciclo vital empieza en aquel momento en que dos realidades diversas (gametos) surge una realidad nueva y distinta (cigoto), con potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo. Queda así configurada una vida que no es ni del padre, ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepitibilidad” (Félix Reinaldi, 2007, p. 139).

Así, en el delito de homicidio no solo se protege de manera única el bien jurídico, vida humana, sino que, por su propia naturaleza compleja implica la protección de otros bienes jurídicos como la integridad personal y la dignidad humana. “La protección a la vida e integridad personal es obvia. El bien jurídico de la integridad personal es parte del concepto vida, habida cuenta que como tal la complejidad del mismo cobija también a su presupuesto, puesto que, toda agresión a la integridad personal entraña un ataque al derecho de la vida, en tanto la plenitud de ésta lleva implícita aquella” (Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín. 2004, p. 871).

El derecho a la vida humana es el fundamento de todos los demás bienes jurídicos, sin el que otros derechos no tendrían existencia alguna (en cuanto naturaleza compleja) y, es el primer y más importante de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana (en cuanto a su naturaleza valorativa), y el derecho a que se respete su existencia le es inherente a toda persona humana como realidad psicofísica (en cuanto a su naturaleza ontológica). Solo un concepto de vida humana que contenga su naturaleza compleja, valorativa y ontológica es compatible con los Derechos Humanos y los Estado Constitucionales de Derecho.

El objeto de tutela, sobre los bienes necesitados de protección, motivó desde la creación legislativa, el surgimiento de normas de toda índole, con el fin último de garantizar todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de su pertenencia, buen uso y disfrute de cada persona.

Así, desde la norma constitucional se reconocen como valores y bienes supremos, entre otros el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la salud, el desarrollo de la personalidad, los derechos de asociación y expresión de ideas, así como todos los derechos sociales, económicos, políticos e individuales entre otros.

La vida humana como bien jurídico supremo que debe ser tutelado y aún más como derecho fundamental a todas las personas, ha sido objeto de regulación en ámbitos tan globales que abarcan el compromiso de los países de tutelar ese derecho que no solo está plasmado en la constitución política, sino que también alcanza ramas específicas del Derecho como lo es la del Derecho Penal, quien es el responsable de velar que no haya violaciones o lesiones a ese bien jurídico el cual es inherente a todas las personas.

Así lo indica Muñoz Conde "Habla de "protección de derechos fundamentales en el Código Penal", es tanto como pretender hablar de todo el Derecho Penal. Efectivamente, el Derecho Penal, y con él el cuerpo legal que recoge la mayoría de sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y, sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad" (Muñoz Conde, 1995, p. 1).

En el año 1992, en Ecuador, entre las 20:00 y las 20:30 del 15 de setiembre, se produce la muerte de un joven de tan solo 16 años debido a una "supuesta" riña con un agente policial, el cual utiliza su arma y agrede propinando un "cachazo" al joven y posterior dispara el arma causando

con ello la muerte del joven, iniciadas las investigaciones del caso y ante las diversas resoluciones de un mismo Tribunal, en atención a los hechos del caso, la Corte recordó que en su jurisprudencia ha considerado que en todo caso en el que agentes estatales hayan producido la muerte o lesiones de una persona, corresponde analizar el uso legítimo de la fuerza, puesto que “corresponde al Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados”.

Lo anterior porque los alegatos expuestos por parte del Estado no eran fundamentados, continua la Corte indicando que “En este caso, al alegar que el agente policial “no estaba asignado a ninguna operación”; que “actuó en condiciones de actor particular”; “que no se encontraba cumpliendo una orden superior” y que, como Estado, “no pudo impedir la conducta de un agente público que actuó fuera del control razonable de sus deberes y obligaciones como policía nacional”, el Estado no reconoció propiamente la ocurrencia de un hecho ilícito internacional.

Además, dada la forma irregular y “sui generis” en que fue resuelto, no fue establecido que el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del Estado, constituyera un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina sobre el modo y circunstancias en que el adolescente fue privado de su vida. En consecuencia, en aplicación del principio de complementariedad, la Corte procedió a determinar si, en los términos del artículo 4.1 de la Convención, esa privación de la vida fue arbitraria” (CIDH, caso García Ibarra, 2017).

Por las razones anteriores, la Corte considera que el Estado es responsable por la privación arbitraria de la vida de José Luis García Ibarra, en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Dado que la víctima era adolescente al momento de su muerte, la violación de su derecho a la vida se configuró también en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana. (CIDH, caso García Ibarra, 2017). Lo anterior demuestra que es el Estado el responsable por resguardar los derechos fundamentales de las personas y ante el hecho de infracción a un derecho fundamental que no se sancione como corresponde y cuyo razonamiento carezca de fundamento alguno, hay jurisdicciones superiores encargadas de velar por que se haga justicia ante tal infracción.

Si bien con la privación de libertad del agente policial se estaba violentando su derecho fundamental a la libertad, tal privación resulta totalmente fundamentada en el tanto que se violentó un bien jurídico de mayor valor o relevancia y por ende la sanción debe ser proporcional a la acción

cometida, siempre teniendo en cuenta la aplicación de una medida menos invasiva cuando así proceda.

El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado. Bajo el mecanismo de garantía resulta posible denunciar todos los elementos que amenacen o avasallen a la persona en su relación con el Estado. Las funciones de interpretación de la norma penal conducirán siempre al bien jurídico, en cuya sede se pueden establecer criterios esclarecedores o correctivos de los alcances de la protección a fin de evitar distorsiones en la comprensión del contenido de bienes jurídicos en concreto.

La doctrina del Derecho Penal a través de la teoría del bien jurídico ha convertido esos derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que el Derecho Penal concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el Estado de Derecho, las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro; pero no por ello se puede decir que el Derecho Penal es un apéndice del Derecho constitucional y que su misión consiste solo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución.

...una teoría del delito acorde con la Constitución sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la convivencia social. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el derecho penal, es de carácter político; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra la Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones en el ámbito de libertad de las personas, han de ser las estrictamente necesarias para hacer efectivas las libertades y derechos de los ciudadanos, y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del derecho penal implica a su vez la existencia de la estructura carcelaria,

que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado paradójicamente, debe garantizar y proteger. El legislador debe seleccionar de entre todas las posibles conductas antijurídicas solamente algunas, aquellas que afectan en forma importante bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social y en las que no exista otro medio de solución más efectivo y menos lesivo de los derechos fundamentales de las personas. Sólo en la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia puede encontrar justificación la intervención punitiva del Estado, siempre dentro de los límites que los principios de proporcionalidad y razonabilidad imponen...” (Sala Constitucional, Res 11623, 2008).

La protección estatal en favor de ciertos bienes jurídicos implica concebir el derecho como herramienta, más ello no equivale a señalar que serán protegidos penalmente, “Señalar que esos derechos serán protegidos penalmente, en los términos ideológicos expresados previamente, no equivale ni admitir que el Derecho Penal cumpla con ello, ni desconocer que la verdadera función del derecho penal no es otra que limitar el ejercicio del poder punitivo” (Zaffaroni, 2008, p. 37). Solo un conjunto de bienes jurídicos ya tutelados por la Constitución, el Derecho Internacional, etc., serán por los que, de ser lesionados, se podrá ejercer el poder punitivo.

El bien jurídico puede ser descrito como un objeto fundamental para la convivencia social externa. Sin embargo, no se puede profundizar más en su definición debido a que no existe un concepto que englobe todas las realidades que son susceptibles de ser catalogadas como tal, en la actualidad, por ejemplo, se debate sobre la idea de si ciertas realidades como los sentimientos pueden constituir un bien jurídico legítimo.

Por ello, no permite ir más allá de las genéricas definiciones establecidas por algunos autores como “hechos o finalidades que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y la funcionalidad de un sistema estatal que se basa en dichas metas” (C. Roxin, Strafrecht. p. 16), posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas, presupuesto de la convivencia social a proteger por el Derecho penal.

El Derecho Penal a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de Bien Jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho Constitucional.

La solución más adecuada es entender que es independiente y autónomo en sus efectos pues dispone de sanciones y medidas propias, y relativamente dependiente en sus presupuestos porque el ius puniendi del estado está relacionado y se encuadra en la globalidad del ordenamiento jurídico del Estado, debiendo partir de lo que otros sectores del ordenamiento consideran ilícito para considerar que es un comportamiento penalmente antijurídico.

Así lo dispone la Sala Constitucional:

"Principios de intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal. De dicho principio se desprende que pueden limitarse aquellas conductas que pongan en peligro o afecten los derechos de terceros, la moral o el orden público. Si bien es cierto, lo deseable en una sociedad democrática, respetuosa de los derechos fundamentales, es que la utilización del derecho penal sea la mínima e indispensable y que los bienes jurídicos sean protegidos y respetados tanto por personas públicas como privadas; la decisión de qué conductas prohibir y qué sanciones imponer, como se señaló, corresponde al legislador en el ejercicio de su competencia y no a la Sala Constitucional. No es irrazonable que se utilice el derecho penal para proteger el honor de las personas, incluyendo el de los funcionarios públicos o quienes realicen funciones públicas" (Sala Constitucional, Res. No. 14384 - 2009).

En torno al bien jurídico que debe ser tutelado por el derecho penal siempre ha existido controversia ya que el garantismo representa una de las más estimulantes propuestas de filosofía y de crítica del Derecho penal que se han formulado en las últimas décadas a partir de la tradición iluminista y liberal frente a la que parece irresistible expansión del Derecho penal impulsada desde posiciones autoritarias y populistas que quieren exorcizar los males sociales con el permanente recurso a la represión punitiva.

"No es bien jurídico cualquier objeto de regulación de una norma, sino una regulación que cumpla una función para el ciudadano o para la sociedad" (Castillo González, 2008).

En relación con lo anteriormente mencionado, autores como Luis Prieto mencionan que: "la teoría del bien jurídico supone un discurso externo y crítico que solo resulta fecundo si se concibe como una reflexión acerca de lo que puede ser objeto de tutela penal y de aquello otro que no debe serlo; pues como las demás garantías, esta representa una condición necesaria, pero no

suficiente, de la intervención penal o, si se prefiere, la ausencia de bien jurídico relevante deslegitima la intervención penal, pero su presencia todavía no la justifica” (Prieto Sanchís, 2011).

En un Estado de derecho como el nuestro, es importante tomar en cuenta que la herramienta del derecho penal en cuanto a la protección de bienes jurídicos se refiere, debe ser considerada como la última ratio y esto porque es la rama más agresiva de control social, la cual no puede utilizarse a la ligera ni tampoco pretender con el Derecho Penal sancionar todas las conductas reprochables a las personas, es por ello que esta rama del derecho debe tener sus límites bien señalados, es decir, deben surgir principios del derecho penal que sirvan como norte dentro de un Estado.

Como fundamento a la idea anterior se hace mención de un trabajo de investigación realizado sobre “El Bien Jurídico Penal Vida en una Sociedad Democrática y Liberal” el cual indica: “La importancia de determinar el objeto de protección del derecho penal es sumamente relevante, no podríamos saber cómo aplicarlo si no comprendemos qué es lo que se está protegiendo; es por ello que si bien sería mezquino señalar que un principio del derecho penal es más importante de otro, si se debe rescatar como un pilar del derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” (Cerna Ravines, 2018, p. 27).

Tradicionalmente se viene ligando por parte de la doctrina la cuestión del merecimiento de la intervención penal frente a determinadas conductas, con la consideración de que las mismas afectan a (en el sentido de lesionar o poner en peligro) un bien jurídico protegido. En efecto, parece como si la mera afirmación de que una conducta atente contra un interés categorizable dentro de este concepto de bien jurídico (penalmente) protegido, pueda legitimar la punición penal de tal conducta y que, consecuentemente, únicamente cuando esto sea así, podremos fundamentar tal intervención punitiva. (Revista de Derecho Universidad San Sebastián, 2017, p. 4).

La cita anterior evidencia que la intervención del Derecho Penal en cuanto a la sanción de conductas debe ser la más mínima posible y la misma debe estar fundamentada. Siendo el Derecho penal no un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de determinados fines sociales, y existiendo, además, otros medios de control social como la propia familia y la educación, o como

otras ramas del propio Derecho que, pudiendo ser igual o más efectivos que el Derecho Penal para lograr los objetivos propuestos, prácticamente siempre resultan menos dañosas para las personas.

El estudio de la teoría del bien jurídico se enlaza con diversos tópicos de la dogmática penal, siendo tal vez el principal de ellos aquel referido a la posibilidad de limitar mediante este concepto el ámbito de lo legítimamente criminalizable. Esta necesidad de limitar al legislador se explica en el temor a que el poder de Estado destruya la libertad que debe resguardar.

"El problema de orden social más importante es la limitación efectiva del poder. El gobierno es indispensable para la formación de tal orden, solo para proteger a todos contra la coerción y la violencia por parte de los demás. Pero tan pronto como, para conseguirlo, el gobierno adquiere el monopolio de la coerción y la violencia, se convierte a su vez en la principal amenaza a la libertad individual" (Friedrich, 1980, p. 47).

Para evitar que el legislador pueda excederse en la criminalización de conductas al utilizar la herramienta del Derecho Penal, una formulación tradicional del principio de lesividad supedita el establecimiento de la responsabilidad penal a la lesión de un bien jurídico, de manera que éstos son concebidos como fuentes de validez material.

Regulación sobre la protección de los animales:

Como segundo punto y bajo la misma línea de pensamiento veremos los antecedentes de la regulación de protección a los animales, lo cual es un fenómeno que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. La historia de los derechos de los animales empieza mucho antes de que existieran las leyes y estructuras jurídicas tal y como las conocemos en la actualidad, no obstante, las leyes de protección animal han permitido convertir una lucha hasta entonces individualizada en un movimiento social en defensa de los animales.

A nivel internacional encontramos la Declaración Universal de los Derechos del Animal de 1978, posteriormente presentada ante la UNESCO más no aprobada por esta Organización, en el preámbulo de este importante documento da cuenta de la realidad social y establece que:

“Considerando que todo animal posee derechos, Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales, Considerando que el reconocimiento por parte de la especie humana de los derechos a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo, Considerando que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo, Considerando que el respeto hacia los animales por el hombre está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos, Considerando que la educación debe enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales...” (Declaración Universal de los Derechos del Animal, 1978).

En ella se establece que las especies deben ser respetadas, no maltratadas, ni abandonadas o explotadas laboralmente; tampoco deben ser sometidas a dolor o a explotación para entretenimiento de los humanos. Las especies del mundo tienen sus garantías y todos estos derechos se plasmaron en la Declaración Universal de los Derechos de los Animales. La carta de derechos contiene 14 artículos bastante explícitos, en los que se explican las prerrogativas de estos seres vivos, más adelante se procederá a explicar algunos de ellos.

Como vemos, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales tiene una perspectiva proteccionista. Esto se ratifica en el último artículo, sobre la protección de sus derechos. Los organismos de salvaguarda serán representados en los gobiernos para darle alcance a su labor; “**Artículo 14º** a) Los organismos de protección y salvaguarda de los animales deben ser representados a nivel gubernamental. b) Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, al igual que los derechos del hombre”.

En el espíritu de la Declaración se comprende la posibilidad de la necesidad de matar a un animal bajo una sola causa: la supervivencia. Pero incluso bajo esta perspectiva, los seres humanos están obligados a actuar con moderación y consideración hacia el animal. Para ello, la muerte deberá ser ‘instantánea, indolora’ y no debe generar angustia.

En la Declaración Universal de los Derechos de los Animales también se establecen derechos para las mascotas. Los propietarios tienen el deber de preservar la vida de estos y no abandonarlos; el abandono se constituye en un acto denigrante. Además, los animales utilizados

para el trabajo tienen derecho a no ser explotados. Sus tiempos en la faena deben ser ‘razonables’, igual que la intensidad de la labor emprendida. Además, su alimentación debe ser la adecuada y deben existir plazos para el descanso.

En el trabajo de investigación que se expone a continuación se puede observar la evolución en cuanto al respeto por los animales y sus derechos se refiere, es importante conocer un poco de la historia sobre el derecho de los animales ya que aún en la actualidad y con mucha más fuerza, es un tema que puede mover los sentimientos de las multitudes.

“En 1781 se aprobó la primera ley con respecto a los animales. Escrutaba el trato que se le daba al ganado en el mercado de Smithfield en Londres. En 1786 se aprobó la ley que requería licencia para la matanza. Aunque no fue aprobada, en 1800 se presentó un proyecto de ley en el Parlamento Británico para ponerle un alto al hostigamiento a los toros (bull baiting, nombre original en inglés)” (Morales Escobar, 2013, p. 5).

En 1822, la Ley de Richard Martin para Prevenir el Trato Cruel e Inapropiado al Ganado, fue aprobada en el Parlamento Británico. Fue la primera ley para el bienestar de los animales en el mundo y convirtió en un delito el golpear o maltratar a los animales como caballos, ovejas y ganado.

En 1824, se estableció la Sociedad para la Prevención a la Crueldad hacia los Animales (que llegó a ser la SPCA Real en 1840). La sociedad trabajó especialmente en hacer valer la ley y en condenas. En 1835, se le hizo una enmienda y se expandió para incluir la protección a todos los animales domésticos como perros y gatos. La primera sociedad protectora, la Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animal (Real Sociedad para la Prevención de la Crueldad hacia los Animales) RSPCA (por sus siglas en inglés), la más antigua del mundo fue fundada en 1824 en Inglaterra por el clérigo Arthur Broome (Morales Escobar, 2013, p. 6).

La aparición de la Real Sociedad para la Prevención a la Crueldad hacia los Animales tiene sus raíces a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX en Gran Bretaña, donde se intercambiaron puntos de vista opuestos en la impresión sobre el uso de animales. El uso violento y el maltrato de los animales en el transporte de vagones, experimentos científicos, incluyendo la vivisección, y las diversiones culturales de la casa del zorro, toros, perros y de gallos fueron algunos de los asuntos que se debatieron mediante sociales reformadores, clero, y los parlamentarios.

Es importante hacer mención a esta sociedad ya que fue la primera caridad bienestar de los animales que se fundó en el mundo. En el siglo XIX la RSPCA fomentó las relaciones internacionales en el problema de la crueldad a través del patrocinio de conferencias y en la prestación de asesoramiento básico sobre la creación de órganos de bienestar similares en América del Norte y en las colonias del Imperio Británico.

A principios de la década de 1870, los mamíferos, en especial perros y gatos, eran usados para vivisecciones en vez de reptiles, los cuales habían sido usados durante las décadas de 1830 y 1840. Durante la década de 1870, se forjaron grupos para luchar contra la vivisección, tales como la Unión Británica para la Abolición de la Vivisección y la Sociedad Nacional Anti-Vivisección. Aunque la Sociedad para la prevención de la crueldad de los animales SPCA (por sus siglas en inglés) condenaba la vivisección desde el inicio por ser un abuso a los animales, no hubo legislación al respecto sino hasta 1876. Esta ley para enmendar la legislación referente a la crueldad a los animales fue la primera de su tipo en el mundo y regulaba un procedimiento de certificación e inspección general de los experimentos con animales (Morales Escobar, 2013, p. 7).

En la década de 1960, se reveló al público la crueldad de la cría intensiva de los animales para consumo, mal llamado granjas fábrica, y el mundo se estremeció. El libro de Ruth Harrison, *Animal Machines* “Máquinas animales”, publicado en 1964, fue primordial para crear conciencia tanto en el público como en el gobierno y promover el debate público. En 1967, Peter Roberts fundó *Compasión en las Granjas del Mundo* para protestar contra el abuso a los animales de granja.

El maltrato despiadado hacia los animales varía según las costumbres de cada país, en Costa Rica por ejemplo se puede hablar de maltrato con las peleas de gallos, de lo cual hubo un trato legislativo ambivalente; en 1889, donde se prohíben por considerarse una actividad perjudicial para la sociedad, quizá la prohibición de las peleas de gallos en ése entonces se debió al interés de incentivar ciertas actividades culturales, artísticas y deportivas, y no propiamente al de proteger al animal, pero, en 1902 fue nuevamente permitida, posterior en el año 1906 fue prohibida y autorizada de nuevo en 1912.

Con la autorización nuevamente de las peleas de gallos cabe mencionar lo citado por Urbina al decir:

A mis ojos esa ley, si llega a darse, significará que nuestras costumbres, bien necesitadas todavía de perfeccionamiento, sufren una nueva y lamentable caída. Es mala esa ley porque fomenta el juego, sirte en que naufragan el amor al trabajo, el espíritu de ahorro y previsión, el bienestar del hogar, y, no pocas veces, los sentimientos de honradez y compasión humana; es mala, porque si hoy se abrieran al público de par en par las puertas de las canchas de gallos, mañana por la lógica fatal de las cosas, habría que hacer lo mismo con las puertas de los garitos, porque ver correr dados es menos innoble que ver correr la sangre de animales sacrificados. Quizás la prohibición de las peleas de gallos en ese entonces se debió al interés de incentivar ciertas actividades culturales, artísticas y deportivas, y no propiamente al de proteger al animal (Urbina Gaitán, 2000, p. 64).

Alrededor del año 1879, se funda la Sociedad Protectora de Animales en la ciudad de Buenos Aires, la Sociedad consiguió que se sancionara la primera Ley de protección de los animales dictada en Sudamérica, que penaba los actos de crueldad para con ellos y que prohibía las riñas de gallos y de perros y las corridas de toros, que aún se realizaban, a pesar de que habían sido prohibidas.

Con el tiempo, la actividad de la institución se fue ampliando y participó en la creación de las Leyes de matanza eutánica del ganado y de protección de la fauna y en campañas de preservación del medio ambiente. Ha denunciado además la exportación ilegal de especies animales autóctonas, se opuso a la matanza y comercialización de pingüinos y a la salvaje crueldad ejercida sobre las colonias de lobos marinos.

Desde entonces se han dado diversas normativas en torno a los animales, unas en busca de beneficios sociales y otras en protección de los animales mismos, por ejemplo la ley No.2391 en 1959 sobre la tenencia y vacunación de perros procura proteger a la comunidad de personas respecto de los perros con rabia, en 1980 el decreto ejecutivo No. 11571 que prohíbe espectáculos con animales de pelea busca regular una “conducta pacífica y sana de la sociedad costarricense”, en 1989, otro decreto ejecutivo, el No.19183-G-S, regula las actividades taurinas procurando, tanto el bienestar y seguridad para las personas como para los animales (Morales Picado, 2015, p. 26).

Por otro lado, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, los animales son considerados explícitamente por las leyes como cosas, de modo que pueden ser objeto del derecho de propiedad. Esta clasificación proviene del Derecho Romano, en que los animales eran considerados un elemento fundamental de la economía agraria y rural. Por lo tanto, fue necesario incorporarlos en el Derecho Privado para establecer derechos patrimoniales sobre ellos.

Sin embargo, en algunos países europeos, como Alemania, Austria, Suiza, Francia, Portugal y la República Checa, se ha creado una tercera categoría jurídica distinta de la de persona y de la de cosa para aplicarla a los animales. La fórmula utilizada en estos países y regiones es distinta. En efecto, en los códigos civiles de Alemania, Austria, Suiza y la República Checa se establece que los animales no son cosas. En estos lugares no se ha producido un cambio material del estatuto jurídico de los animales, sino que tan solo ha tenido lugar un mero cambio formal, ya que los animales siguen siendo objeto del derecho de propiedad.

Además, algunos países como Francia y Portugal han incorporado disposiciones en su Código Civil que reconocen a los animales como seres sintientes, y prevén expresamente la promulgación de leyes especiales que velen por su protección. En Francia se estableció que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Por su parte, en Portugal se utilizó una fórmula similar, declarando que los animales son seres vivos sensibles. Sin embargo, estas disposiciones, más allá del valor simbólico que supone que se reconozca en la ley aquello que ya nadie cuestiona en la comunidad científica, no suponen un cambio material de la situación jurídica de los animales en estos países y sigue aplicándose a su respecto el régimen de la propiedad (Artículo 515-14 del Code Civil, Francia), (Artículo 201 b) del Código Civil, Portugal).

Relación entre el derecho a la vida humana y la protección a la vida del animal:

En la mayoría de los Estados Miembros de la Unión Europea no han incorporado en sus constituciones referencias a los animales. En algunos países, como sucede en el caso español, algunos autores han pretendido que el valor jurídico “bienestar animal” se entendiese incluido en el derecho al medioambiente (artículo 45 de la Constitución Española). Sin embargo, esta es una interpretación errónea, porque los intereses de los animales y la conservación del medio ambiente

son fines autónomos e independientes, y muchas veces totalmente contrapuestos (Doménech Pascual, G. 2005, p. 13).

En definitiva, también legalmente esto supone que la defensa del medioambiente como valor constitucionalmente protegido en el Derecho no abarque la protección de los intereses de los animales. En 1997, se regula en nuestro país la experimentación con animales mediante el decreto N°26668-MICIT el cual indica:

Que el desarrollo científico y tecnológico tiene el propósito de conservar para las futuras generaciones los recursos naturales del país y garantizarle al costarricense una mejor calidad de vida y bienestar, así como un mejor conocimiento de sí mismo y de la sociedad.

Que, en este sentido, la habilidad de científicos biomédicos para aumentar el bienestar del hombre y de los animales, depende directamente de los avances realizados gracias a la investigación, mucha de la cual requiere el uso de animales de experimentación.

Que en general, los experimentos con animales han jugado un papel crucial en el desarrollo de los modernos tratamientos médicos.

Por otra parte, aunque la investigación siempre ha demandado condiciones de libertad por lo que requiere un alto grado de autonomía para que el científico siga líneas de investigación específicas e independientes, esta libertad no da licencia para pasar por alto patrones éticos elementales, además de las razones técnicas dirigidas a asegurar una experimentación confiable y reproducible.

Que, de acuerdo a la "Ley de Bienestar de los Animales" número 7451 del trece de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, específicamente a lo referido a animales de experimentación.

Ya para el 2002, se prohíbe en nuestro país, mediante el decreto N°30580-MINAE-MAG-S, la utilización de animales silvestres en los circos con el objeto de proporcionar las técnicas y administrativas eficaces que coadyuven en la erradicación de cualquier forma de violencia,

maltrato contra los animales, comercialización de vida silvestre y pérdida de hábitats que ponen en peligro de extinción, especies de origen silvestre.

En el 2006, se consolida la autoridad administrativa del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA) mediante la ley No. 8495. El voto constitucional N°4620 del año 2012 estableció que la inclusión de los animales dentro del concepto de ambiente se hace con base en el papel que estos juegan en el desarrollo de la vida humana, que los hace merecedores de protección y un trato digno.

En particular, la fauna domesticada se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, porque ello refleja una racionalidad ética determinada, corresponde a una concienciación de la especie humana respecto del modo justo y digno con el que debe interactuar con la naturaleza. Por lo demás, la crueldad con los animales resulta contraria a las buenas costumbres, de manera que su proscripción constituye un límite constitucional y razonable al derecho a la recreación (Sala Constitucional, 2012, considerando VI).

El Decreto N°31626-S del 2004 regula la tenencia responsable de animales de compañía, resulta también relevante la prohibición que hace este decreto al consumo de carne y utilización de la piel de gatos y perros.

También en el año 2012, nuestro país mostró apoyo oficial a la Declaración Universal de Bienestar Animal (DUBA), además ese año hasta hoy se encuentran presentados proyectos (por ejemplo, los que están en los expedientes No.18298 y en el No.18625 de la comisión de ambiente de la Asamblea legislativa) por iniciativa popular para, entre otras cosas, incrementar las penas en cuanto al maltrato y reformular diversas normas de la ley de bienestar animal (Morales Picado, 2015, p. 27).

Una de las leyes que regula la protección de la salud animal, la salud pública veterinaria y el funcionamiento del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA), es la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal No. 8495, entre sus objetivos están:

- a) Conservar, promover, proteger y restablecer la salud de los animales, a fin de procurarles mayor bienestar y productividad, en armonía con el medio ambiente.
- b) Procurar al consumidor la seguridad sanitaria de los alimentos de origen animal y, con ello, la protección de la salud humana.

c) Regular y controlar la seguridad sanitaria e inocuidad de los alimentos de origen animal en forma integral, a lo largo de la cadena de producción alimentaria.

d) Ejecutar las medidas necesarias para el control veterinario de las zoonosis.

e) Vigilar y regular el uso e intercambio de los animales, sus productos y subproductos.

f) Regular y supervisar el uso e intercambio del material genético de origen animal; así como determinar el riesgo sanitario que ese material pueda representar para la salud pública veterinaria o animal.

g) Registrar, regular y supervisar los medicamentos veterinarios y los alimentos para consumo animal, de manera que no representen un peligro para la salud pública veterinaria, la salud animal y el medio ambiente.

h) Procurar el respeto y la implementación de los diferentes acuerdos internacionales, suscritos por Costa Rica en materia de su competencia, según los fines y objetivos de esta Ley.

i) Establecer los mecanismos de coordinación entre las diferentes instituciones nacionales y los organismos internacionales involucrados con la materia de esta Ley.

j) Establecer los mecanismos de participación de los grupos organizados y los usuarios de los servicios que brinda el Senada en los planes y las acciones de su competencia” (Ley 8495, 2006).

La promulgación de ley mencionada anteriormente fue de importancia para el país ya que, mediante ella, se creó el SENASA, órgano de desconcentración mínima y personalidad jurídica instrumental adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería, adjudicándole competencias en salud animal, salud pública veterinaria y ambiental, esta última en relación a los establecimientos sujetos a supervisión y control, que anteriormente se encontraban dispersas en diferentes instituciones. El SENASA opera con un enfoque de cadena que cubre las etapas de producción, transformación y distribución de productos de origen animal. Su accionar se encuentra vinculado a los planes de desarrollo y las políticas del sector agroalimentario.

Costa Rica también ha firmado un sin número de acuerdos internacionales (bilaterales y multilaterales) sobre el tema de salud o sanidad animal, convenios que especifican sobre el origen, transporte y producción de productos de origen animal, por ejemplo, la Ley No.7231 Convenio

OIRSA (Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria) del 9 de mayo de 1991. También el país cuenta con la Ley N°7473 Ejecución Acuerdos Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales del 20 de diciembre de 1994.

En igual sentido está la Ley No.8553 Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica del 23 de agosto del 2006, además de un gran número de decretos adoptando acuerdos al respecto. Sin embargo, sobre Bienestar Animal o protección animal propiamente hablando es casi nulo el compromiso del país, lo existente es derivado de compromisos sobre sanidad animal.

En Costa Rica para el año de 1994, se promulga la Ley de Bienestar de los Animales, con el único fin de castigar a las personas que maltraten animales, pero ello implicaría sancionar a todos los habitantes del país por el maltrato a los perros (por mencionar un tipo de mascota) callejeros, abandonados, muertos de hambre, flacos con parasitosis internas y externas y con enfermedades que podrían ser fatales para la salud pública.

Para eso antes de pensar en una normativa para regular tal situación se hace necesario educar y culturizar a la sociedad, ya que son las mejores herramientas para prevenir estos maltratos, sin embargo, no son las únicas herramientas y por ello se recurre a la regulación impositiva mediante una ley para generar efectos positivos en las personas cosa que tampoco asegura que efectivamente llegue a ser así.

En mayo del 2017 la Asamblea Legislativa aprueba en primer debate el proyecto de Ley 18.625, el cual incluye reformas a la Ley 7451 de Bienestar de los Animales y enfatiza en las responsabilidades de los propietarios de animales de compañía. El documento establece que los propietarios de animales de compañía deben garantizarles condiciones vitales básicas y un manejo apropiado según las buenas prácticas de seguridad, higiene, salud pública y veterinaria.

El proyecto legislativo número 18.298, pretendía la modificación de la Ley número 7451 Ley de Bienestar de los Animales de 1994, así como, la modificación de la ley número 4573 Código Penal de 1970, varios diputados de la Asamblea Legislativa plantean consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, en el escrito presentado se consultan varios temas de fondo relacionados con cuestiones surgidas alrededor del texto del proyecto citado, a continuación, un extracto del mismo:

...a) violación de los artículos 20, 28 y 39 de la Constitución Política y los principios de ofensividad y lesividad, razonabilidad y proporcionalidad, todo lo anterior por parte del artículo 2 del proyecto. Entienden en primer lugar que el término animal es demasiado amplio y así lo explicó la Corte Suprema de Justicia cuando emitió su criterio sobre la ley. Se transcribe lo dicho por este órgano que critica la falta de precisión sobre la falta de distinción de los distintos tipos de animales que sí han sido clasificados por las leyes de modo que podría haber una lesión de la razonabilidad o proporcionalidad.- Reseñan los criterios de la Defensa Pública y de la doctrina alemana respecto de que el maltrato animal no puede considerarse como un bien jurídico tutelable por parte del legislador al no tratarse de un bien jurídico en función de la persona humana. Sobre tal conclusión entienden los consultantes que los artículos 279 bis y 279 ter presentan transgresiones constitucionales y en concreto la lesividad y la ofensividad, pues imponen el derecho penal y sus consecuencias sin que exista una apropiada definición del bien jurídico tutelado (demasiado amplio el término de animal) o bien porque el maltrato animal extralimita la noción de bien jurídico válido en materia penal.- Señalan defectos también en el agravante recogido en el artículo 279 bis porque con el agravante allí establecido es muy impreciso y se crean normativas paralelas y no se sabe cuál norma resulta aplicable, con lo cual se produce inseguridad jurídica (Sala Constitucional, Res. 1355, 2016).

El problema con el término “animal” que presentaba el proyecto es que es un término tan amplio que el solo hecho de matar a un “mosquito” u “hormiga” por poner algunos ejemplos, ya lo convertía en un delito siendo esto totalmente descabellado e ilógico, lo mismo sucedía con el término “mascota” lo cual requiere una precisión concreta.

En ese mismo sentido sigue citando: “Igual sucede con el concepto de dueño o responsable del animal, pues no define con claridad a quien corresponde la responsabilidad pues en una casa con varias personas adultas, por ejemplo, a quién puede atribuirse válidamente ser el dueño, si no existe un registro. Igual sucede con la idea de las “buenas prácticas de seguridad” que la propia Corte reprochó y pidió que se hiciera una aclaración legal o reglamentaria; y sucede también lo mismo con el denominado “lugar apropiado” en relación con la recolección y depósito de desechos

fecales” (Sala Constitucional, Res. 13553, 2016); todo lo anterior es muestra de una redacción hecha bajo la presión de un clamor popular y no con un sentido jurídico de tutela a un bien jurídico.

Es importante preguntarse si de verdad es necesaria la existencia de un delito para proteger a los animales, y si la existencia de ello provoca o no, la violación del principio de Ultima Ratio que rige el Derecho Penal, este punto es de relevancia ya que sobre él gira la presente investigación. Conlleva ese proyecto de Ley en realidad una protección real de la vida animal, o la integridad del animal, o bien, se trata una vez más, de un derecho penal simbólico que al final en nada va a ayudar a los animales.

La Sala Constitucional sobre este principio de Última Ratio y con relación a la reforma de esta ley, en el voto 2016-13553 de las 11:30 horas del 21 de setiembre de 2016, indicó: “el Derecho Penal sólo debe reservarse, para las acciones más lesivas que atenten contra los bienes jurídicos de mayor relevancia social”, lo cual se logra, continúa la Sala Constitucional, a través del tipo penal que establece el bien jurídico por tutelar, así como la conducta por sancionar.

Sobre el punto anterior hay mucho que decir ya sea a favor o en contra de tal pronunciamiento, pero ello es un tema que se pretende abarcar más adelante; continuando con las cuestiones surgidas alrededor del texto del proyecto cabe mencionar el aspecto económico que el mismo establece como sanción ante el incumplimiento de la Ley “...En el punto siete se reclama la imprecisión de los artículos 24 bis y 24 ter que se refieren a la recaudación y pago de multa y su destino.- Se indica que no se dice cuál entidad es la encargada de realizar la recaudación y por tanto la obligación de pago de la misma es de imposible cumplimiento.- No se sabe dónde debe presentarse la persona sancionada para hacer el pago de modo que no puede pagar por razones ajenas a su voluntad; y tampoco se dice que sucede en caso de no pagarse la multa (Sala Constitucional, Res,13553, 2016).

No solo imposibilitaba al infractor a cumplir con la respectiva multa, sino que también los montos de las multas eran totalmente desproporcionados si se comparan con las multas de tránsito, por ejemplo, muchas de las multas más altas están en 309,574 colones como lo es manejar bajo los efectos del alcohol, pero, ante la infracción de no recoger los desechos que produzcan las mascotas, se establecía una pena de multa de 1 a 2 salarios base, lo cual equivale a 824,200 colones como máximo.

Irrespetar un alto se sanciona con una multa de 104 600 colones por hablar por teléfono móvil mientras se conduce; los bienes jurídicos son muy distintos, así como los efectos que estos pueden tener sobre las víctimas, sin embargo, las sanciones de multa son proporcionales. Sobre este punto, la Sala pronunció que el mismo es inconstitucional por la falta de proporcionalidad de la multa contenida.

En cuanto a los puntos cuatro y cinco del escrito consultivo, referente a los artículos 279 bis, 279 ter y 405 bis, la sala también ha declarado que es inconstitucional por violación al principio de tipicidad penal, razonabilidad y proporcionalidad constitucional.

En conclusión, sobre esta ley se puede indicar que se trató de una ley especial de avanzada para el año en que fue publicada, hoy sigue teniendo vigencia; sin embargo, para un sector de la población, en especial lo que pretenden la reforma de la ley, muchas de sus indicaciones carecen de sentido al no tener una manera adecuada de hacerlas cumplir, sin sanciones ni multas no es más que unas letras escritas en papel, de ahí nace la lucha por reformar esta ley.

Sin embargo, pese a la buena intención de querer proteger los derechos de los animales mediante la legislación penal, la intervención de esta rama del Derecho no ha sido tan efectiva como se esperaba debido a que se ha tenido que ir reacomodando el personal para indagar las denuncias que ingresan, esto a nivel interno, a nivel de la policía judicial ese tipo de hechos han sido muy complejos puesto que dentro de los casos que se han atendido existen agresión sexual, violencia desmedida y agresión orgánica.

En la actualidad la Ley de Bienestar de los Animales ha tenido inconvenientes que dificultan una efectiva aplicación, en cuanto a este punto se pueden mencionar situaciones como la infraestructura que se maneja en el Complejo de Ciencias Forenses. “Las instalaciones no son las mejores, están determinadas para la atención de seres humanos y además porque carecemos de apoyo logístico para efectos de poder cubrir las necesidades que esta ley plantea”, indicó el jefe del OI. (Walter Espinoza, Reportaje a Diario Extra).

Otro de los problemas que presenta esta Ley, es que según la Fiscal Emilia Navas la aplicación efectiva de la Ley 7451 se ha visto obstruida por la falta de presupuesto, hecho que no fue contemplado al momento de la creación de la Ley, “La Ley de Bienestar Animal fue aprobada sin contenido presupuestario, eso significa que todos los recursos que tanto el OIJ como la Fiscalía

ocupaban para realizar las investigaciones no fueron presupuestadas y no se nos dan, en estos momentos los casos se están atendiendo, pero no hay recursos” (Emilia Navas, Reportaje a Diario Extra).

Referente a este punto el Magistrado Castillo Viquez dijo:

Si bien la Constitución Política no estableció una regla, en el sentido de que cada vez que se aprueba una ley de la República, que conlleva un aumento del gasto, lo cierto del caso es que sí se constitucionalizó el principio de equilibrio presupuestario –artículos 176 y 179-, lo que implica que los gastos corrientes deben de financiarse con ingresos corrientes, por lo que el legislador, con base en los estudios técnicos correspondientes y tomando en cuenta la situación financiera del Estado –superávit, equilibrio o déficit fiscal-, debe de adoptar las medidas necesarias para que no se vulnere el citado principio, en el eventual caso que se apruebe una ley que aumenta el gasto público sin la correspondiente fuente de ingresos, y ello cause una insuficiencia de los ingresos corrientes para financiar los gastos corrientes del Estado o un aumento del déficit fiscal (Sala Constitucional, Res 13553, 2016).

Pareciera dando un criterio un poco especulativo, que el Legislador se olvidó realizar los estudios técnicos correspondientes con el fin de dar financiamiento a la aplicación de la Ley 7451, toda vez que la creación de tipos penales sancionados con cárcel afecta no solo el costo de la tramitación de los procesos, sino también, la actividad de todas las autoridades relacionadas y ello también implica un recargo en el sistema penitenciario sin capacidad para atender más privados de libertad.

En relación con la utilización de la rama del Derecho Penal para la protección de los derechos de los animales, me permito externar mi punto de vista en el tanto que estoy completamente a favor de que el Estado proteja y sancione a quien maltrate o muestre crueldad hacia los animales de una forma consciente y sin ningún tipo de causa de justificación, lo que no me parece válido solo como un criterio externado, desde un punto de vista meramente académico, es que se sancione con ni siquiera un día de prisión a una persona que cometa las conductas antes descritas.

Si bien es cierto, nuestro texto constitucional no tiene una normativa expresa que tutele el bienestar animal, como la tienen países como Alemania y Suiza, en su desarrollo jurisprudencial, la Sala Constitucional ha determinado que la prohibición del maltrato animal tiene asidero constitucional en el ordenamiento costarricense, derivado de los artículos 28 y 50 de la Constitución Política. La Sala ha determinado que los seres humanos no sólo tenemos un deber moral de actuación con respecto a las demás personas, sino también en relación con el entorno natural que nos rodea. En ese sentido, se ha considerado que el maltrato a los animales vulnera la moral, las buenas costumbres y el orden público, y que además forma parte del derecho a un ambiente sano y equilibrado (Sala Constitucional, Res 13553, 2016).

La Sala Constitucional en el voto expuesto en el párrafo anterior, sustenta que el artículo 50 de la Carta Magna da pie a la sanción penal para este tipo de conductas, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un bien jurídico que es primordial para el desarrollo de la humanidad, y por ello es necesario su protección, incluso a través de la herramienta más violenta que tiene el Estado como lo es el derecho penal.

Pero, esa protección tiene que estar limitada precisamente a esas conductas más lesivas, que atentan contra los bienes jurídicos de mayor relevancia social, reconociendo como tal el medio ambiente. Sin embargo, pareciera que no se está tutelando el bien jurídico medio ambiente con los delitos introducidos en la reforma a la ley de bienestar animal.

Son muchas las situaciones que giran en torno a la Ley de Bienestar de los Animales en cuanto a su debida aplicación, pero el nombrarlas una a una es tema del objeto de estudio de la presente investigación que se desarrollará en capítulos posteriores, por ello no se va a ahondar en este apartado cada punto de controversia que la misma presenta en cuanto a su interpretación y aplicación, se tratará también en lo que respecta a la controversia del bien jurídico que se pretende tutelar con la Ley.

Proyecciones

El presente trabajo de investigación tiene como meta primordial realizar un análisis a la controversia que existe entre el bien jurídico que tutela la Ley de Bienestar de los Animales, así como determinar si el Derecho Penal es la rama del Derecho más adecuada para intervenir en las sanciones. Tras la reforma realizada en el Código Penal a raíz de la creación de la Ley 7451, lejos de disipar las dudas y cuestiones existentes en torno a la idoneidad de que fuera el Ius puniendi del Estado el encargado de castigar las conductas relativas al maltrato animal, las mismas siguen existiendo al día de hoy.

Así las cosas, no sólo nos encontramos con juristas que critican la idea de que el encargado de sancionar estos actos de maltrato sea el Derecho Penal, sino que dentro de aquellos otros que sí que se muestran favorables a esta idea, divergen enormemente en cual ha de ser el bien jurídico a proteger por parte del legislador.

Para poder acercarme al cumplimiento de mis objetivos y a dilucidar mis inquietudes que dieron lugar a plantear esta investigación, me he propuesto como norte, determinar si el maltrato animal debe ser regulado por el Derecho Penal ya que la Ley de Bienestar de los Animales no establece un bien jurídico en concreto, por lo tanto, no se puede determinar la afectación del mismo, y poder determinar si la misma violenta principios fundamentales que rigen el Derecho Penal.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Relación de los seres humanos y los animales.

Desde el inicio de la vida en la tierra el ser humano ha tenido una relación directa con los animales; ya sea desde una postura superior y vencedora hacia ellos o como iguales y de

reconocimiento por parte del hombre como seres sintientes y capaces de obtener así algún tipo de relación más o menos afianzada.

Los Seres humanos desde su existencia, sobrevivían mediante la caza y la recolección, se han servido de los animales ya sea para su supervivencia en cuanto a la alimentación, para vestido utilizando sus pieles, en rituales haciendo sacrificios, entretenimiento en diversos espectáculos, en la medicina como material de laboratorio o bien como animales de compañía, pero siempre ha existido esa relación directa con los animales.

A través de la historia se puede notar que en la cotidianidad del ser humano se incluyen diversas formas de vida, el modo en que se relaciona con ellas está íntimamente ligado a su cultura, moral, pensamiento religioso y de más factores que lo rodean, así, la relación de los seres humanos con los animales se da en varios ámbitos de la vida; por ejemplo, empezando por un ámbito religioso, desde tiempos inmemoriales se ha sostenido que los animales fueron puestos por Dios en la tierra con el fin de servir al hombre, ya en el Antiguo Testamento figuran mensajes como:

...Dijo Dios: Produzcan las aguas seres vivientes, y aves que vuelen sobre la tierra, en la abierta expansión de los cielos. Y creó Dios los grandes monstruos marinos, y todo ser viviente que se mueve, que las aguas produjeron según su género, y toda ave alada según su especie. Y vio Dios que era bueno. Y Dios los bendijo, diciendo: Fructificad y multiplicaos, y llenad las aguas en los mares, y multiplíquense las aves en la tierra. Luego dijo Dios: Produzca la tierra seres vivientes según su género, bestias y serpientes y animales de la tierra según su especie. Y fue así. E hizo Dios animales de la tierra según su género, y ganado según su género, y todo animal que se arrastra sobre la tierra según su especie. Y vio Dios que era bueno. Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves de los cielos, en las bestias, en toda la tierra, y en todo animal que se arrastra sobre la tierra (Génesis cap. 1, vers. 20-26; Reina Valera, 1960).

“Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó. Y los bendijo Dios, y les dijo: Fructificad y multiplicaos; llenad la tierra, y sojuzgadla, y señoread en los peces del mar, en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra” (Génesis cap. 1, vers. 27-28; Reina Valera, 1960).

Del texto anterior, se puede apreciar una diferencia fundamental del hombre con respecto a los animales, y es que además de haberse otorgado autoridad al ser humano sobre todos los otros seres, el mismo fue creado a “imagen y semejanza” de Dios, lo que conlleva suponer capacidades morales e intelectuales superiores a las de los animales, es así como desde la creación se ha presentado al hombre como un ser superior, al cual están sometidas todas las demás criaturas del universo.

La religión ha estado siempre presente en la vida humana, y la gran mayoría de los estudios cita la relación y la importancia de los animales desde la antigüedad, desde la consagración de ciertas especies, hasta el sacrificio en rituales religiosos en nombre de la fe. En la primitiva India ya se empezaron a adorar al toro, león, elefante o serpiente. Muchas divinidades están asociadas a uno o más animales, incluso la más conocida en la actualidad es su veneración a la vaca. El respeto por la vaca está muy extendido y se abstiene del sacrificio y consumo de carne.

Según la creencia budista, los humanos no merecen un trato preferencial sobre otros seres vivos. El hinduismo, que ha evolucionado a lo largo de varios siglos, llevaron a una adopción más amplia del concepto de no violencia como constituyente principal en los sistemas de creencias religiosas. Se cree que los humanos y los animales son una familia y, por lo tanto, los humanos deben tratar a todas las criaturas vivientes con respeto y amabilidad. También se cree que los seres humanos se reencarnan como animales en función de sus actos.

Continuando con el ámbito religioso, en España, la posición de la iglesia católica fue criticada porque se creía que esta estaba a favor del maltrato animal al apreciar que en las corridas de toros los curas asistían para bendecir a los toreros a sabiendas que estos propinaban una muerte cruel a estos animales, sin embargo, en el año 1996, la iglesia católica hace mención a este tema y dice “maltratar animales y hacerles sufrir sin razón, es un acto de crueldad deplorable, condenable desde un punto de vista cristiano” (Periódico oficial del Vaticano L’obbervatore Romano, 1996).

En el año 1993 se publica el libro “Catecismo de la Iglesia Católica”, en el cual se refiere a la posición de la iglesia católica frente a los animales “los animales están confiados a la administración del hombre que les debe benevolencia. Pueden servir a la justa satisfacción de las necesidades del hombre”, así mismo indican que “El séptimo mandamiento exige el respeto de la integridad de la creación. Los animales como las plantas y los seres inanimados están naturalmente destinados al bien común de la humanidad pasada, presente y futura.

El uso de recursos minerales, vegetales y animales del universo no puede ser separado del respeto a las exigencias morales. El dominio concedido por el creador al hombre sobre los seres inanimados y los seres vivos no es absoluto; está regulado por el cuidado de la calidad de la vida del prójimo, incluyendo la de las generaciones venideras; exige un respeto religioso de la integridad de la creación” (Catecismo de la Iglesia Católica. 1993, pp. 551-552, 561).

De lo expuesto anteriormente y en el ámbito religioso, es claro que la postura de la Iglesia en esta materia ha sido desde siempre considerar al hombre como el ser superior de la creación, el cual ejerce su dominio sobre otras especies, por lo que matar animales ya sea para consumo, vestuario, incluso, experimentación científica no es moralmente reprobable, siempre que no implique un sufrimiento innecesario al animal.

Desde un punto de vista moral en la relación del ser humano con los animales una pregunta fundamental sería cómo se debe tratar a los seres con los que nos relacionamos, la respuesta podría ser confusa; se ha discutido si los animales tienen un status moral, definiendo este como el reconocimiento que se la hace a un individuo dependiendo de su grado de raciocinio, desarrollo, comportamiento y, por ende, el rol que éste represente en la sociedad.

Santo Tomás de Aquino asume que el hombre está formado por materia y por forma (alma, esencia), y su relación es substancial, es decir, ambas son necesarias para constituir la sustancia humana. Con respecto a los animales, señala que el alma de estos es mortal, a diferencia del alma humana que es imperecedera, para él Dios ha puesto a las criaturas que carecen de razón a la orden de las racionales (Suma contra los gentiles, 1952. Libro III).

En siglo XVII el filósofo René Descartes había distinguido en la naturaleza dos sustancias a las que llamó *res extensa* y *res cogitans*. La primera la constituyen los cuerpos, y es el dominio de la materia regida por un mecanicismo que no deja espacio a la libertad; la segunda constituye la esencia del yo, concebido por Descartes como algo inextenso y pensante, y por eso mismo libre. Descartes negaba implícitamente la existencia de cualquier diferencia cualitativa entre la materia orgánica y la inorgánica, entre la naturaleza animada y la inanimada (Fernando Calderón. 2004, p. 144).

Descartes no creía que hubiese diferencias significativas entre cualquier máquina hecha por el hombre y cualquier animal; entre lo creado por el hombre y lo creado por Dios no podía haber

más que una diferencia en el nivel de organización y, por consiguiente, una diferencia cuantitativa expresable en términos matemáticos.

Las características que distinguen a los hombres de los animales, ha sido un constante tema de discusión, siendo la racionalidad la que se ha impuesto como diferencia. Kant es quien mejor expone al respecto, para él sólo el hombre, único ser racional, es un fin en sí, este racio-centrismo niega toda posibilidad de otorgar derechos morales a otros seres, manifestando que “los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es objeto del respeto)” Podría decirse que solo los seres racionales son objeto de respeto (Kant, Immanuel. 1946, p. 82).

Sin embargo, dice Kant que el hombre tiene un deber respecto de los animales el cual implica una obligación no para con éstos, sino más bien respecto de éstos, ya que este deber es para con los demás seres humanos, quienes serían los beneficiarios de esta obligación, “Aquel que es cruel con los animales se vuelve tosco en su trato con los hombres. Se puede juzgar el corazón de un hombre por su trato a los animales” (Kant, Immanue, 1946, p. 82).

Asimismo, el filósofo Arthur Shopenhauer manifestó que: “La conmiseración con los animales está íntimamente ligada con la bondad de carácter, de tal suerte que se puede afirmar seguro que quién es cruel con los animales, no puede ser buena persona. Una compasión por todos los seres vivos es la prueba más firme y segura de la conducta moral”. Lo que quiere decir es que no se les otorga estatus moral a los animales, sino que el ser humano por ser un agente moral tiene deberes indirectos con los otros seres, sean estos los animales.

La teoría, de que el estatus moral solo se le puede atribuir a los seres humanos, por ser seres con capacidad para razonar, genera discusión en cuanto al qué pasa con aquellas personas que tienen su capacidad de raciocinio disminuida o anulada. Al respecto Jeremy Bentham considera lo moral no en la razón, sino en la capacidad de sufrir

Puede llegar un día en el que el número de piernas, la velloidad de la piel o la terminación del os sacrum sean razones igualmente insuficientes para abandonar a

un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad de discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana, o incluso un mes. Pero aún, suponiendo que no fuera así, ¿qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos ¿pueden razonar? Ni tampoco ¿pueden hablar?, Sino ¿pueden sufrir? (Liberación Animal. 1999, p. 43).

Peter Singer, planteó la idea de considerar no sólo el estatus moral de los animales, sino que, por consiguiente, la atribución de derechos, oponiéndose a la discriminación de un ser vivo por el sólo hecho de pertenecer a una determinada especie. Considerando lo anteriormente expuesto, son varios los filósofos que sostienen la posición de que solo los seres humanos deben ser respetados, negándose toda consideración moral para los demás seres, específicamente los animales.

Uno de los procesos más importantes para la comprensión sobre la relación entre el ser humano y los animales, a través de la historia, corresponde a la domesticación, que data desde nuestra prehistoria. La domesticación es la técnica de acostumbrar a un animal a convivir con el ser humano. Debe existir una especie de vínculo o fin entre este último y el animal, generalmente, corresponde a un adiestramiento o manejo por parte de la persona, quien desea algún beneficio del animal.

La mayoría de domesticaciones, tanto de animales como de plantas, comienzan en el Neolítico, un período histórico que se inicia hace más de 10 000 años. En él, los cambios climáticos propiciaron que las poblaciones humanas comenzasen a ser sedentarias. Durante este período, el hombre necesitaba una fuente tanto de carne como de vegetales que no requiriese de continuos desplazamientos y que estuviera, en cierto sentido, garantizada.

La domesticación fue una circunstancia que surgió de manera espontánea en diversos núcleos poblacionales, y que posteriormente fue impuesta como nueva forma de vida por unos inéditos agricultores y ganaderos; un descubrimiento que, además, supuso una serie de importantes consecuencias en el modo de vida de las poblaciones humanas.

La domesticación animal tuvo implicaciones más allá de los propios animales, significó la introducción de toda una serie de nuevos procesos de trabajo, la ampliación de los procesos productivos y la reorganización de los asentamientos y comunidades con la finalidad de garantizar la cría, mantenimiento y reproducción de los rebaños. A su vez, se ve al animal como medio de producción y trabajo, se incorpora a la comunidad y con ello al asentamiento.

Darwin indica que en ese momento muchos científicos consideraban que los animales domésticos habían sido un derivado de formas salvajes seleccionadas específicamente por el hombre por su resistencia, su flexibilidad o los beneficios que aportaban. A inicios del siglo XX personajes como Gordon Childe sostenían la tesis de que habían surgido de animales silvestres que se alimentaban de los primitivos campos de cultivo. Posteriormente fueron propuestos esquemas más finos que explicaban la forma en que este proceso se había realizado, sobre todo del papel que las crías de las formas silvestres habían tenido en este proceso.

“La domesticación es el proceso por el cual una población de una determinada especie animal o vegetal pierde, adquiere o desarrolla ciertos caracteres morfológicos, fisiológicos o de comportamiento, los cuales son heredables y, además, son el resultado de una interacción prolongada y de una selección artificial por parte del ser humano o una selección natural adaptativa a la convivencia con el ser humano” (La domestication: un concept devenu pluriel, 2004).

Numerosos autores son los que han referido al tema de la domesticación, entre ellos Price (1984) lo hace diciendo: "La domesticación es un proceso mediante el cual una población animal se adapta al hombre y a una situación de cautividad a través de una serie de modificaciones genéticas que suceden en el curso de generaciones y a través de una serie de procesos de adaptación producidos por el ambiente y repetidos por generaciones".

De lo que habla el autor es de una adaptación gradual al ser humano y a las condiciones ambientales nuevas, para que estos cambios se fijaran genéticamente, sean modificaciones en el comportamiento, en la morfología, fisiología o embriología del ser vivo, conllevó periodos largos, así como el paso de numerosas generaciones.

Los estudios humano-animal, se centran en las relaciones de los humanos con los demás seres animales, y tienen en cuenta que la cultura y los seres humanos, han recurrido a los animales como proveedores de recursos, emociones y protección (Díaz, Olarte & Camacho, 2015, p. 186).

Estos estudios, también conocidos como antro-zoología, han puesto el foco de interés en las relaciones humano-animal y se abren a una diversidad de campos y áreas, como la investigación con animales en laboratorios, la importancia económica del aprovechamiento de especies animales para el desarrollo productivo de un país, las relaciones afectivas entre especies de compañía y están interesados en todos los campos en que los animales se entrecruzan con los seres humanos, como puede ser la terapia médica con animales, los procesos de domesticación y crianza de determinadas especies o la investigación farmacéutica con base en animales de experimentación (De Mello, *Animals and society*, 2012).

Por último, se debe tomar conciencia de que la base que impulsa la interacción entre los seres humanos y los animales, son los beneficios que se obtienen, primero por parte del animal involucrado, después por parte de ambos; esto lleva a que de la inicial relación de comensalismo se pase a una de simbiosis, la cual finalmente, es la que determina que el proceso de domesticación concluya y se sostenga la nueva forma doméstica con el apoyo humano.

Criterios en cuanto a la relación con los animales.

Primer criterio: Estratón de Lámpsaco, señaló que la sensación en los animales no está separada del pensamiento y, que todos los animales tienen la capacidad de desarrollar inteligencia o dicho de otra manera tienen la capacidad de aprender interactuando con su medio (Strato de Lampsacus, 2011, p. 406).

El médico español de Medina del Campo, Gómez Pereira, pone en tela de juicio tal planteamiento pues propuso que los animales no están dotados de sensación, considerando como absurdas las afirmaciones de los pesadores y filósofos que sostienen la tesis de la sensación animal. En su libro publicado en 1555, *Antoniana Margarita*, Gómez Pereira aborda temas de medicina, filosofía, teología y sobre todo en lo que aquí interesa la zoología, en este punto pretende demostrar que los animales carecen de sensibilidad, señalando que se ha asumido por doctos y no doctos que la facultad sensitiva es común a brutos y a hombres hasta tal punto que nadie duda sobre ello (Gómez Pereira. 2000, p. 1).

En su obra Antoniana Margarita, Gómez Pereira expone sus consideraciones en torno a si los animales razonan, de ser así deben poseer la cualidad de la sensibilidad. Suscribe la tesis de que los animales no sienten y por tanto no razonan; lo que Gómez Pereira pretende demostrar es el porqué de ese criterio; sostiene que los animales no poseen sensibilidad o “bruta sensu cadere”, de acuerdo a las siguientes condiciones que deben cumplirse.

Este autor considera que, si alguien se atreve a afirmar que los animales sienten, se debe aceptar que sienten igual que los seres humanos. Que, si juzgan, se debe aceptar que juzgan igual que el ser humano. Es o no es, se tienen o no se tiene. En su teoría no hay matices.

Cuando Pereira trata de definir qué es lo propio de los hombres aquello que lo diferencia de los animales, en su exposición inicia diciendo que el hombre es un ser racional; definiendo a la razón como “la fuerza de la mente capaz de distinguir y unir, por la que el hombre difiere de los animales superándolos y mandándolos” (Gómez Pereira, 2000, p. 3). Según él, la razón es una forma legítima de dominio. Según su criterio para que un animal pueda razonar, debe tener conocimiento de lo universal, si tiene conocimiento de lo universal entonces también tiene un alma inmortal sujeta a premios y castigos.

Otro punto que trata Gómez Pereira a manera de interrogante es, “¿hasta dónde es cierto que si los animales se preocupan de salvar su vida cuando ésta se ve amenazada? Pues si huyen, debería afirmarse también que los animales lo hacen motivados porque se preocupan por el destino de su alma” (Gómez Pereira. 2000, p. 9).

Los principales argumentos de Gómez Pereira para no reconocer sensación a los animales son los siguientes:

- Si los animales están dotados de sensación, también están dotados de inteligencia. Lo que ejemplifica que de ser inteligentes pueden tener también conocimiento de lo universal; como no se puede afirmar esta posición, entonces es falsa

De ahí su argumentación de que “si los brutos son semejantes al ser humano en sentir, también lo serán al razonar...”

- Si los animales sintieran, entonces tienen la virtud adivinatoria para sortear un peligro porque prevén su muerte y se preocupan por el destino de su alma

- Los animales no perciben armonía en la música, por eso no la disfrutan
- Si los animales están dotados de sensación, también tendrían un alma indivisible de lo contrario no podrían percibir el frío del calor.

Finalmente, Pereira observa la problemática ética que representa reconocer que los animales sienten, “si los brutos sintieran desaparecería toda la bondad de la naturaleza” (Gómez Pereira, Antoniana Margarita, p. 8). Pareciera que para este autor es mejor pensar que los animales no sienten antes que confrontar y criticar la realidad de dominio y en ocasiones de abuso que ejercen los seres humanos sobre los animales.

Segundo criterio: René Descartes trata la dualidad entre el cuerpo y el alma; así establecido en su Discurso del Método. El alma es racional, el cuerpo es la sustancia corpórea; la primera es la que permite al ser humano el libre albedrío y lo que diferencia al hombre de los animales siendo la res extensa o cuerpo, lo que se comparte con los demás seres.

En su criterio, es fundamental distinguir que, lo que nos proporciona la capacidad de pensar es el alma, la cual está unida al cuerpo por obra de Dios, a diferencia de los animales que al no tener alma no podrían pensar, al menos no de la misma manera que el ser humano.

“no parecerá de ninguna manera extraño a los que, sabiendo cuantos autómatas o máquinas semovientes puede construir la industria humana, sin emplear sino poquísimas piezas en comparación de la gran muchedumbre de huesos, músculos, nervios, arterias, venas y demás partes que hay en el cuerpo de un animal, consideren este cuerpo como una máquina que, por ser hecha de manos de Dios, está incomparablemente mejor ordenada y posee movimientos más admirables que ninguna otra de las que puedan inventar los hombre” (René Descartes, 1976, p.73).

Autores como Peter Singer y Henry Salt, consideraron que Descartes afirmaba la tesis de que los animales no sentían, denominada como “La tesis monstruosa de Descartes”, proponía una concepción mecanicista de la naturaleza y de los animales; lo que no es cierto, ya que, si bien negó que los animales tuvieran autoconciencia y racionalidad, Descartes observaba con respecto de un cuerpo humano ficticio, creado por Dios pero privado de un alma racional, este cuerpo presentaría similitudes con respecto del cuerpo de los animales.

“...pues examinando las funciones que, a consecuencia de ello, podía haber en ese cuerpo, hallaba que eran exactamente las mismas que pueden realizarse en nosotros, sin que pensemos en

ellas y, por consiguiente, sin que contribuya en nada nuestra alma, es decir, esa parte distinta del cuerpo, de la que se ha dicho anteriormente que su naturaleza es sólo pensar y siendo esas funciones las mismas todas, puede decirse que los animales desprovistos de razón son semejantes a nosotros” (René Descartes, 1976, p. 73).

De lo anterior se puede percibir que Descartes consideró que el ser humano y los animales compartían o tenían una similitud en su corporeidad o res extensa. Al respecto y pese el yerro de los autores anteriormente citados, John Cottingham en su ensayo titulado “A Brute to the Brutes”, enlista una serie de afirmaciones que le son atribuibles a Descartes:

- Los animales son máquinas
- Los animales son autómatas
- Los animales no piensan
- Los animales no tienen lenguaje
- Los animales no tienen auto conciencia
- Los animales no tienen conciencia
- Los animales no tienen ninguna sensación.

Descartes no afirma las últimas dos tesis, siendo una de ellas por la cual se le había catalogado como autor de la tesis monstruosa. No se puede saber exactamente hasta qué punto la sensibilidad en los animales permite o no la cualidad de pensamiento puesto que esta varía según la especie.

Descartes considera que, la prueba de que no pueden sortear los animales para que se consideren racionales es el hecho de que ellos no pueden hablar con los seres humanos, ya que hablar requiere tan poca razón que incluso el niño más “tonto” lo puede lograr. Si bien es cierto que hay animales que aventajan a otros en cuanto a su capacidad para comunicarse, no se puede a manera concluyente afirmar que debido a algunos animales que, a primera vista, no entendemos su forma de comunicación, se les pueda negar la capacidad de comunicarse con sus semejantes.

Por lo expuesto anteriormente, Lorenz Konrad consideraba que era bastante ridículo en esa época creer que los animales no eran poseedores de un alma ya fuere mortal o inmortal tal como lo afirmaba Descartes; y si el dolor estaba relacionado al alma entonces en un sentido estricto, se tendría que sin alma no hay dolor.

Sin embargo, parece ser que, aproximándose los últimos años de vida de Descartes, este haya cambiado de criterio puesto que en una de las últimas correspondencias que mantienen con el filósofo inglés Henry Moore, insiste sobre el tema de la sensibilidad de los animales a lo que Descartes le contesta: “Nótese que hablo de pensamiento y no de vida o sensación. No les niego sensación, en la medida en que depende de un órgano corporal. Así, mi opinión no es tanto cruel con los animales cuanto indulgente hacia los hombres, al menos hacia aquellos que no se han dado a las supersticiones de Pitágoras, pues te absuelve de la sospecha de crimen cuando comen o matan animales” (Carta a Moore, 1964, Traducción, p. 336).

Tercer criterio: Kant y las obligaciones indirectas. En el desarrollo del presente análisis, se ha hablado un poco sobre este criterio de Kant, los temas abordados por este son tan amplios que abarcan distintas disciplinas como geografía, metafísica, astronomía, epistemología, antropología, historia, teología, lógica, política, derecho, ética y pedagogía.

Los trabajos realizados por Kant en el campo de la ética son fundamentales ya que él mismo impartió la cátedra de ética durante más de veinte años, en el curso “*Philosophia Practica Universalis*”, contenida en su obra *Lecciones de Ética*, señala que la escasa eficacia de la moral se debe a que no ha sido presentada en toda su pureza ya que el principio de moralidad conforme al sistema empírico descansa en fundamentos muy contingentes (Kant. 1988, p. 29).

Kant critica el hecho de que en la práctica se deba regular la conducta del individuo echando mano a la educación, así como de la legislación vigente de un Estado; observa que, si no se proporciona principio moral alguno salvo el derivado de la experiencia, entonces la moralidad así dispuesta no sería sino una costumbre lo que evita que la ley sea juzgada por la razón.

A lo largo de la obra *Lecciones de Ética*, Kant hace unas observaciones con respecto a las capacidades de los animales, “los animales tienen la facultad de utilizar sus fuerzas a su arbitrio. Pero ese arbitrio no es libre, sino que se ve determinado necesariamente por excitaciones y estímulos; sus acciones están regidas por una bruta necesidad. Si todas las criaturas poseyeran un arbitrio sujeto a impulsos sensibles no existiría en el mundo valor alguno” (Kant, 1988, p. 161).

Para Kant es importante someter el libre albedrío a un orden moral objetivo y esto solo lo puede hacer un ser racional aún cuando si esto conlleva una fuerte contradicción interna entre sus

impulsos, gustos o preferencias. Una muestra de ello es la siguiente cita contenida en su obra *Lecciones Éticas*.

“En los animales las inclinaciones ya están determinadas por principios que se imponen subjetivamente. En este orden de cosas, no cabe detectar irregularidad alguna... Los animales actúan conforme a reglas porque no son libres. Sin embargo, los seres libres solo actúan regularmente cuando restringen su libertad mediante reglas” (*Lecciones Éticas*, Traducción, 1988, p. 162).

Continúa diciendo que el ser humano no puede disponer de sí mismo ni de otro ser humano, pero en aquello de lo que si puede disponer se encuentran los animales, porque el único fin en sí mismo es el hombre, el resto de la existencia son cosas para el uso y disfrute del hombre, “aquello de lo que el hombre puede disponer han de ser cosas”. Lo que da a entender que los animales son considerados como cosas.

Al referirse al valor de los animales lo cual resulta relevante, lo hace de la siguiente manera: “...los animales existen únicamente en tanto que medios y no por su propia voluntad, en la medida en que no tienen consciencia en sí mismos, mientras que el hombre constituye el fin y en su caso no cabe preguntar ¿por qué existe el hombre?, cosa que sí sucede con respecto de los animales, no tenemos por lo tanto ningún deber para con ellos de modo inmediato; los deberes para con los animales no representan sino deberes indirectos para con la humanidad.” Lo que trata de explicar con esta postura, es un posible despertar y desarrollo de la razón en el ser humano.

Una última reflexión sobre la idea de deberes indirectos dice “si bien el hombre tiene derecho a matarlos con rapidez (si sufrimiento), o también a que trabajen intensamente, aunque no más allá de sus fuerzas (lo mismo que tienen que admitir los hombres), son, por el contrario, abominables los experimentos físicos acompañados de torturas que tienen por fin únicamente la especulación, cuando el fin pudiera alcanzarse también sin ellos.” Con lo cual quiere decir que se deben colocar límites al poder que el ser humano tiene sobre estos, si bien fueron los animales dados para nuestro beneficio, cabe colocar un obstáculo en la búsqueda del conocimiento o del ocio científico.

Cuarto criterio: Existen más criterios en cuanto a los animales, sus derechos, forma de verlos y considerarlos; para ir concluyendo con esta etapa se citará a Henry Salt como desarrollador

del principio que reconoce derechos a los animales, sus influencias abarcan campos como las prisiones, escuelas e instituciones económicas, considerado también como opositor de la vivisección.

EL trabajo de Salt se orientó a avanzar desde el estado de semisalvajismo en que veía sumida a la sociedad de su tiempo, hacia otro de verdadera civilización que se caracterizaría por la fraternidad entre seres humanos, entre naciones, y entre seres humanos y animales. Los derechos de los animales de Henry S. Salt, publicado por vez primera en 1892, es "la mejor obra de los siglos XVIII y XIX sobre los derechos de los animales", y que, más allá de su indudable interés histórico, permanece como una contribución viva a un debate que continúa, Así considerado por el filósofo australiano Peter Singer.

Dos figuras importantes que fluyeron en la vida y obra de Henry S. Salt fueron el estadounidense y pionero ambientalista Henry David Thoreau así como la del poeta inglés Percy B. Shelley, esposo de Mery Shelley; ambos autores profesaban respeto por la naturaleza y los seres que la habitan, así como exaltaban la libertad de conciencia frente a los convencionalismos y las reglas sociales.

Salt consideró que la extensión de derechos a la totalidad de integrantes de la especie humana culminaría en la extensión de derechos a los miembros de otras especies. La protección de los animales está acompañada de las instituciones morales, estas instituciones morales llamadas a veces por diversos autores como sentido de benevolencia, misericordia, compasión o justicia, tienen en común que pueden adquirirse por medio del ejemplo y el aprendizaje imitativo, pero también pueden embotarse en los seres humanos volviéndolos insensibles ante miembros de su misma comunidad como bien lo recuerda Michael Onfray en su ensayo "El sueño de Eichmann" en el cual narra la relación entre el guardia alemán nazi y los presos judíos.

También menciona ejemplos de importantes reformistas, que también lucharon por hacer extensivo el reconocimiento de derechos a otros integrantes de la comunidad, como lo fue el caso de Mery Wollstonecraft con su "Vindication of rights of women" de 1792 que buscaba se establecieran condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en aspectos fundamentales como el del acceso a la educación.

Refiriéndonos a la obra de Henry Salt, afirma que hay que reconocer derechos a los animales, no hace otra cosa que buscar que se establezca una sociedad más justa. Manifiesta que, si entre sus lectores hay uno que encuentre un término más favorable intercambiable por el de derechos, él mismo estará dispuesto de emplearlo, “dificilmente puede ponerse en tela de juicio la existencia de un principio real de esta clase, por lo que la controversia acerca de los derechos es poco más que una batalla académica entorno a las palabras que no lleva a ninguna conclusión práctica” (Salt. H. 1892, p. 30).

Una objeción tradicional en la época de Salt consistía en afirmar que las demás especies de animales carecen de toda finalidad moral, pero para él no ha de tratarse de finalidad moral en un concepto restringido sino de “vivir una vida propia, realizar el verdadero ser de uno, es la más elevada finalidad moral tanto del hombre como del animal, y que los animales poseen su correspondiente grado de individualidad”

Lo que hace es fundamentar la perspectiva de Salt, quien afirma que “los animales, al igual que los seres humanos, tienen necesariamente determinados derechos limitados, que no pueden negárseles, como se les niega ahora, sin incurrir en tiranía e injusticia”. Señalando de manera contundente que la relación de poder en la que se encuentra el humano con los otros animales si no tiene restricciones se trata de una relación tiránica de dominación (Salt. H. 1892, p. 34).

Se pregunta Salt, “¿cómo hemos de pasar de tener un sentimiento vago de simpatía o de total indiferencia por los animales al reconocer sus derechos?”, la respuesta estará en el sendero que reconoce las similitudes de las especies animales, así como la simpatía del ser humano. Porque para Salt quien ejerce opresión y crueldad se halla invariablemente en una falda de simpatía imaginativa, el tirano y torturador es incapaz de sentir afinidad con la víctima de su injusticia.

En ocasiones se imputa un sentimentalismo a quienes promueven la protección de los animales, el reconocimiento de derechos que los resguarden de las acciones del ser humano, Salt recomienda que la única acción real contra el sentimentalismo es adoptar una postura coherente y por igual respecto a los derechos de los seres humanos y los derechos de los animales, y cultivar un amplio sentido de justicia universal, no de clemencia, en relación con todos los seres vivientes” (Salt. H. 1892, p. 46).

Como se mencionó al principio sobre el criterio de Henry Salt, este es considerado un opositor de la vivisección a los que cita: “Está de más emplear un solo minuto en defender los derechos de los animales inferiores si no se incluye entre ellos el derecho a estar totalmente y sin excepción, a salvo de las terribles torturas de la vivisección”.

Queda claro que, para Salt, hay cosas que es mejor no buscar si en su búsqueda causa males a otros, pues para éste, el fin no justifica los medios, “Es mil veces preferible que la ciencia renuncie a la cuestionable ventaja de ciertos descubrimientos problemáticos”, admitiendo que los experimentos practicados en seres humanos arrojarían resultados bastante más útiles y definitivos que los realizados en otras especies animales que difieren de muchas maneras fisiológicas e histológicamente (Salt. H. 1892, p. 94).

A manera de conclusión, se puede decir que Salt es dubitativo ante considerar a los animales sujetos de derechos, pues considera que no es esencial el término de derechos, no obstante, hace señalamientos muy precisos en cuanto se refiere a los problemas básicos de la relación del ser humano con los miembros de otras especies y nos invita a reflexionar sobre si son realmente necesarios los usos y formas de explotación que hacemos de los animales.

Origen y evolución de los derechos de los animales.

Considerando que existen varios siglos de historia humana no documentada, es que se intentara repasar solo algunas de las primeras referencias sobre el bienestar y la protección animal, este tema pese a ser un punto clave en la actualidad, mediante los antecedentes históricos queda evidenciado que el bienestar y el maltrato animal vienen siendo discutidos a lo largo de casi toda la historia de la humanidad.

En cuanto a los orígenes de los derechos de los animales nos remontamos al siglo XIX, donde los animales fueron en su mayoría considerados como cosas, se pensaba que carecían de alguna de las características consideradas exclusivamente humanas, que hacían al hombre cualitativamente diferentes de ellos, y que les privaban de cualquier significancia moral.

Desde los presocráticos pasando por Platón y Aristóteles, hasta la Edad Media y Santo Tomás de Aquino, y durante la ilustración con Descartes, Locke y Kant, los teóricos mantuvieron

que los animales, a diferencia de los humanos, no eran racionales, autoconscientes ni capaces de pensamiento abstracto, uso del lenguaje ni consideración moral recíproca hacia los humanos, sin embargo, en el siglo VI antes de Cristo se incuba el primer encuentro de consideración del tratamiento a los animales, y en este punto aparece la figura de Pitágoras, quien parece ser una de las primeras referencias concretas, si bien su especialidad fueron la filosofía y las matemáticas, también dejó plasmada su postura con relación a los animales.

Pitágoras fue vegetariano y estuvo en contra de la vestimenta y calzado elaborado con pieles de seres vivos, por lo que siempre se rehusó a portarlos. De igual forma, creía en la reencarnación en donde las almas de los hombres ocupaban cuerpos de diversos tipos de fauna. Por lo tanto, animales y humanos eran “parientes” y comerlos sería un acto de canibalismo. De esta manera es como demostraba su respeto hacia ellos y hacia su derecho a la vida. De los pensadores que han escrito sobre esta relación se encuentran diferentes puntos de vista algunos que ya han sido citados en el capítulo anterior.

La protección jurídica a los animales o el *Ius animalium*, data de postulados muy antiguos, por ejemplo, las reglas budistas que tienen entre sus fundamentos la reencarnación tienen como una norma de conducta “no matar ni herir a ningún animal inocente”. Grandes filósofos como Séneca, Porfirio, Plutarco “fueron todavía más lejos en predicar a la humanidad el más amplio principio de la benevolencia universal. “Si se debe justicia a los seres racionales -dice Porfirio- ¿Cómo es posible no admitir que estamos asimismo obligados a actuar justamente para con las especies que están bajo nosotros?” (Henry S. Salt. 1892, p. 30).

En Inglaterra tiene origen una de las primeras manifestaciones de ley positiva para la protección animal: la ley conocida como Ley de Martin dictada en el año 1822, que tenía como fin de protección únicamente al ganado de carga. Esta ley fue propuesta por Richard Martin; luego de que el Lord Erskine, hubiera defendido el *ius animalium* en la Cámara de Lores, siendo objeto de burlas e insultos; sin embargo, diez años después, su posición fue plasmada en la Ley de Martin.

Ello demuestra que efectivamente la ley se va acoplando a los moldes sociales que en determinado momento histórico existen; todo cambio trae resistencia, pero en el devenir moral individual, poco a poco se va dando la razón a las causas justas; siendo una causa justa que el derecho y la ley no permitan el sufrimiento, maltrato o muerte por diversión del ser humano.

...el Legislador debe prohibir todo aquello que pueda servir para conducir a la crueldad ... Y también es adecuado, por idéntica razón, prohibir toda clase de crueldad hacia los animales, ya sea como modo de diversión o para satisfacer la glotonería. Las peleas de gallos, las corridas de toros, la caza de liebres y zorros, la pesca y otras diversiones de la misma especie suponen, por necesidad, bien la ausencia de reflexión o un fondo de inhumanidad, ya que producen los más agudos sufrimientos a seres sensibles y la muerte más prolongada y dolorosa que imaginarse pueda. ¿Por qué ha de negar la ley su protección a todo ser dotado de sensibilidad? Llegará el tiempo en que la humanidad extenderá su manto sobre todo cuanto respira (Jeremy Bentham, citado por Henry S. Salt. 1999, p. 32).

El estatus jurídico que se les ha dado a los animales dentro del Derecho Civil es el de cosas; en realidad de cosas semovientes porque pueden transportarse por sus propios medios de un lugar a otro; este estatus jurídico tiene raíces romanas en donde se llamaba a las cosas como las "res", de esta manera "...tanto en nuestro código civil como en los demás códigos de ascendencia latina, se reproducen, muchas veces al pie de la letra, los principios del derecho romano. De ahí que, si el conocimiento de este derecho es indispensable para conocer los fundamentos de nuestras instituciones jurídicas..." (Carlos Larreátegui M., 1986).

En Roma es en donde se vincula por primera vez a los animales a un sistema jurídico. Concretamente se considera a los animales como cosas en propiedad (como res) y se incluye a los mismos dentro de la clasificación Gayano-Justiniana de las cosas..." por cuanto Gayo clasificó a las cosas en "res mancipi y en res nec mancipi" mientras que en lo posterior en el año 531, Justiniano cambió dicha clasificación a cosas muebles y cosas inmuebles; los animales se encontraban dentro de las cosas inmuebles y en la clasificación de Gayo dentro de las mancipi, es decir las "cosas destinadas a dar estabilidad al patrimonio familiar" (Carlos Larreátegui M., 1986).

El hecho de que los animales sean considerados como cosas para el ordenamiento jurídico romano responde a que los mismos se entienden ligados a características pecuniarias o económicas; dejando entrever que el nacimiento en la cosificación de los animales tiene un origen en conformidad con el sistema económico en el cual se veía al animal como valor de cambio más no se pensaba en su bienestar como ser vivo.

Entre los principales textos internacionales sobre los derechos de los animales se tiene el tratado de Ámsterdam suscrito por los Estados miembros de la unión europea el 2 de octubre de 1997, el cual busca proteger y garantizar el respeto del bienestar de los animales como seres sentientes, norma que es muy amplia y no tiene una aplicación directa, sino que ha venido siendo incorporada en los textos constitucionales de los Estados obligados.

Un análisis normativo permite determinar que existe una contradicción entre las normas internacionales sobre los derechos de los animales y las normas constitucionales, pues mientras las primeras reconocen subjetividad jurídica a los animales, las segundas los incluye en el género de los derechos colectivos, frente a los cuales sólo existen deberes de protección, o que se pueden tornar fundamentales exclusivamente cuando su vulneración acarrea -por conexidad- la violación de derechos humanos de importancia mayor para su titular.

Una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones constitucionales puede concluirse la atribución de un alto grado de importancia al medio ambiente y la biodiversidad, pero dentro del género de los derechos colectivos, la importancia de la protección del medio ambiente y los animales en el derecho internacional, la legislación, por su parte, si bien ha sido progresiva, responde a la consideración de los animales como derechos colectivos, generando sólo deberes de abstención u obligaciones negativas, además, se identifican obstáculos de tipo institucional, procedimental, y de exigibilidad para la protección de los animales.

Entre los principales textos internacionales sobre los derechos de los animales se tiene el tratado de Ámsterdam suscrito por los Estados miembros de la unión europea el 2 de octubre de 1997, el cual busca proteger y garantizar el respeto del bienestar de los animales como seres sentientes, norma que es muy amplia y no tiene una aplicación directa, sino que ha venido siendo incorporada en los textos constitucionales de los Estados obligados.

El consejo de Europa ha sido la entidad supranacional más importante en cuanto a la fijación de lineamientos de protección y conservación animal, en este sentido, se tiene la convención Europea, para la protección de animales mantenidos para fines agrícolas de 1976, enmendada en 1992 mediante protocolo, la cual contiene disposiciones que protegen a los animales de granja y su proceso hasta el sacrificio, y adicionalmente el protocolo 087 de 1992 que amplió las especies animales protegidas y los métodos de agricultura.

Otro texto normativo es la Convención Europea para protección de animales vertebrados usados en experimentación y con otros propósitos científicos de 1986, que considera a los animales

como seres sentientes y memorativos, es decir, con la capacidad de recordar sucesos del pasado, y cuyo objetivo principal es “proteger a los animales que puedan sufrir dolor, sufrimiento o daño duradero en el curso de un procedimiento sobre el cual se tenga una expectativa razonable de que el resultado producirá beneficios para el hombre y el animal” , y por supuesto busca reducir al mínimo el número de animales que deban ser utilizados con propósitos científicos, entre otras importantes disposiciones.

El trabajo de la Organización de Naciones Unidas (ONU), respecto al derecho animal no ha sido de buen recibo, pues su visión de los animales es de tipo conservacionista, esto es, “considera a los animales como parte del universo, de la fauna, de los recursos naturales en igualdad de condiciones a la flora, cuya meta fundamental es la conservación biológica de las especies, independiente de cualquier consideración relativa a la subjetividad jurídica”, contraria a la tesis más garantista y protectora como es la bio-centrista, la cual “considera al animal como una entidad independiente poblador del mundo y su debate central pretender solucionar el problema de la subjetividad jurídica”.

En otros países, como Alemania y Ecuador, los derechos de los animales están consagrados de manera taxativa, el texto constitucional alemán dice, “El Estado toma la responsabilidad de proteger los fundamentos naturales de la vida y de los animales en interés de las futuras generaciones.”, y en el caso de la constitución del Ecuador que reconoce plena subjetividad jurídica a la naturaleza y los animales, así, establece en su artículo número 71, “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (Constitución de la República de Ecuador).

La protección de los animales ante la legislación nacional se puede comenzar a hablar de derechos de los animales con las peleas de gallos. El sistema legal costarricense prohíbe las peleas de gallos desde el año 1870, con la emisión de la Ley No. 17 deroga Ley que Autoriza Juegos de Billar y de Gallos, del 9 de mayo de 1870. Esta derogatoria se refiere a la primera Ley No. 23 que Autoriza Juegos de Billar y de Gallos del 19 de febrero de 1869, así que probablemente los juegos de gallos estaban prohibidos desde antes ya que tuvieron que autorizarlos por ley, se prohíben por considerarse una actividad perjudicial para la sociedad; quizá inclinado a promover otras actividades culturales y artísticas que a la protección en sí del animal.

Posterior a ello, en el año 1889, con la emisión de la Ley No. 47, Costa Rica ha sido consistente en establecer y reiterar la prohibición para las peleas de gallos. Valga aclarar que en igual sentido se promulgaron en su oportunidad la Ley No. 22 que restituye de vigencia a la Ley que prohíbe el juego de gallos del año 1906, que había sido derogada por la Ley 34 que permitía juegos de gallos en cabeceras de cantón.

A finales de junio de 1912 el Diputado Dr. Carlos Durán en su discurso al discutirse en tercer debate la derogatoria de la prohibición de las luchas de gallos, argumentó que “las peleas de gallos era una diversión impropia de hombres serios, la cual había sido abolida en los países civilizados y relegada a las tribus árabes de Argelia y de otros países africanos. Asimismo, el legislador señalaba que, dichosamente Costa Rica estaba siguiendo el ejemplo de las naciones cultas, siendo común en las plazas de los pueblos la práctica por las tardes de los deportes favoritos de los anglosajones y que si se abrían las canchas de gallos era muy posible que la juventud abandonara el fútbol para ir a congregarse en ese local para apostar y presenciar la tortura y muerte de las aves” (La Gaceta, 1912:768).

A pesar de los argumentos del Dr. Carlos Durán, el Congreso aprobó el decreto que permitía las luchas de gallos, el cual fue pasado al Poder Ejecutivo para su sanción final. El 25 de junio de 1912 el presidente de la República de Costa Rica de ese entonces, Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno, vetaba dicho decreto, diciendo al respecto:

A mis ojos esa ley, si llega a darse, significará que nuestras costumbres, bien necesitadas todavía de perfeccionamiento, sufren una nueva y lamentable caída. Es mala esa ley porque fomenta el juego, sirte en que naufragan el amor al trabajo, el espíritu de ahorro y previsión, el bienestar del hogar, y, no pocas veces, los sentimientos de honradez y compasión humana; es mala, porque si hoy se abrieran al público de par en par las puertas de las canchas de gallos, mañana por la lógica fatal de las cosas, habría que hacer lo mismo con las puertas de los garitos, porque ver correr dados es menos innoble que ver correr la sangre de animales sacrificados para solaz o en aras de la codicia de los jugadores (La Gaceta, 1912: 787-788).

Lo anterior, se fundamenta principalmente en la conducta social y moral pero también en el valor de la vida de los animales, siendo evidencia de un interés por su protección desde esta

época. De hecho, dos años después se funda la Sociedad Protectora de Animales, integrada por políticos, banqueros y profesionales (Urbina Gaitán, 2000, p. 64).

Para 1959 la ley No. 2391 sobre la tenencia y vacunación de perros procura proteger a la comunidad de personas respecto de los perros con rabia, en 1980 el decreto ejecutivo No. 11571 que prohíbe espectáculos con animales de pelea busca regular una “conducta pacífica y sana de la sociedad costarricense”, en 1989, otro decreto ejecutivo, el N°19183-G-S, regula las actividades taurinas procurando, tanto el bienestar y seguridad para las personas como para los animales.

Se han dado diversas normativas en torno a los animales, unas en busca de beneficios sociales y otras en protección de los animales mismos, Costa Rica resulta innovadora en 1994 con su Ley de Bienestar Animal, la cual corresponde a un gran avance en el reconocimiento hacia los derechos de los animales. En 1997, se regula en nuestro país la experimentación con animales mediante el decreto N°26668-MICIT, en este se impone la inscripción y registro de toda experimentación con animales vivos en territorio nacional, con intervención de representantes de protección animal.

Para el año 2002, mediante el decreto No.30580- MINAE-MAG-S, se prohíbe la utilización de animales silvestres en los circos, por ser considerado esto como maltrato y una conducta negativa en la educación ambiental costarricense; El Decreto No.31626-S del 2004 regula la tenencia responsable de animales de compañía, resulta también relevante la prohibición que hace este decreto al consumo de carne y utilización de la piel de gatos y perros.

El voto No.4620 del año 2012 de la Sala Constitucional, estableció:

“... la inclusión de los animales dentro del concepto de ambiente se hace con base en el papel que estos juegan en el desarrollo de la vida humana, que los hace merecedores de protección y un trato digno. En particular, la fauna domesticada se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, porque ello refleja una racionalidad ética determinada, corresponde a una concienciación de la especie humana respecto del modo justo y digno con el que debe interactuar con la naturaleza. Por lo demás, la crueldad con los animales resulta contraria a las buenas costumbres, de manera que su proscripción constituye un

límite constitucional y razonable al derecho a la recreación” (Sala Constitucional, 2012, considerando VI).

En el año 2012 se presenta ante la Asamblea Legislativa, un proyecto de ley que pretendía las reformas al Código Penal, Ley No. 4573, y a la Ley de Bienestar de los Animales, Ley No. 7451, mediante los expedientes No.18298 y en el No.18625, por iniciativa popular para, entre otras cosas, incrementar las penas en cuanto al maltrato animal y reformular diversas normas de la Ley de Bienestar de los Animales.

Según indican “la base de esta propuesta de reforma de ley, es una ética ampliada, novedosa, que nos responsabiliza como animales humanos a velar y considerar a otras formas de vida. Como especie dominante que muchos consideran que somos y como poseedores en apariencia de una inteligencia y razonamientos superiores, tenemos una responsabilidad que es directamente proporcional al poder. Por lo tanto, es un deber incorporar una mayor protección a los animales no humanos en nuestra legislación” (Proyecto Reforma de Ley. 2012, p. 3). La postura de comparar al ser humano con los animales como semejantes, pareciera ser un punto clave para calar en el pensamiento de los legisladores y hacer un llamado a la conciencia de otorgar con ello derechos a los animales semejantes a los derechos de los que goza el ser humano.

El proyecto también pretendía reflejar conceptos que han madurado en la mente de los costarricenses como el respeto a toda forma de vida y el bienestar animal, aceptando el reconocimiento y la dignidad del individuo de ser un fin en sí mismo. Continúan argumentando que “cuando el Estado no brinda la protección, el respeto ni el amparo necesario para todos los seres vivos, se promueve el irrespeto y con esto el maltrato, la crueldad y el abandono” (Proyecto Reforma de Ley. 2012, p. 11). Este pensar no solo lo aplican para tomar conciencia con los animales, sino que, tal forma de comportamiento se puede extender a las víctimas de violencia familiar por considerarse a las personas que cometen actos de crueldad contra los animales como una amenaza.

Terminan citando el voto de la Sala Constitucional No.4620- 2012, cuando dice: “Los animales son merecedores de protección y un trato digno. En particular la fauna domesticada se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, porque tal protección es reflejo de una racionalidad ética determinada, corresponde a una conciencia de la especie humana respecto del modo justo y digno con el que debe interactuar con la naturaleza”.

Sobre las propuestas de reforma y la fijación de los delitos que presenta el proyecto, nos referiremos más adelante. Si bien el proyecto de reforma presenta una genuina y bien intencionada razón para la protección de los animales, podría ser que con ello se estén infringiendo principios fundamentales que rigen al Derecho Penal, tema que trataremos en los capítulos siguientes.

Definición sociológica de los derechos de los animales.

Se conoce como derechos de los animales a las ideas postuladas por corrientes de pensamiento y a la sub corriente del movimiento de liberación animal que sostienen que la naturaleza animal, independientemente de la especie, es un sujeto de derecho, cuya novedad reside en que esta categoría sólo ha pertenecido a personas naturales y jurídicas, es decir, al ser humano. La convivencia se fundamenta en el reconocimiento en el otro de una serie de atributos, aptitudes o mera identidad, que estimamos propias y exigibles por nosotros mismos. Esta realidad no es intencional ni deliberada, sino que se forja en un proceso que aúna evolución biológica con evolución cultura. (Herrán, José Carlos, 2009).

Algunos tratadistas van más allá del simple punto de vista intelectual o de humanidad, para el reconocimiento de los derechos de los animales y expresan que los humanos siempre han reconocido a ciertos animales una consideración especial, por ejemplo la domesticación, que varía mucho según el entorno cultural o el lugar, desde apoyar que se pueda utilizar a los animales según plazca o sirva al hombre, pasando por el trato ético o el bienestar animal, hasta considerar que los animales merecen derechos tradicionalmente reconocidos sólo en los humanos.

La obra de Pocar, cuyo título original es “Gli animali non umani Per una sociologia dei diritti”, con su propuesta de analizar las normas jurídicas que regulan la relación de los humanos con los animales desde un enfoque socio jurídico y filosófico lo hacen bucear en temas desde los cuales se propone iniciar distintas líneas de investigación que desde espacios académicos produzcan conocimiento relevante y de posible aplicación en el sistema judicial y legislativo, ámbitos en los que la temática ha adquirido notoriedad.

Esto permite resaltar la relevancia de la enseñanza del tema desde las ciencias sociales, fundamentalmente por los aportes en la construcción de perspectivas sociológico- jurídicas y en la utilización de métodos cualitativos y cuantitativos para producir conocimiento empírico fundamentado, riguroso, crítico y útil a los operadores jurídicos.

Existen otras tesis más radicales dentro de los defensores de los derechos de los animales, que indican que los seres humanos no son los únicos sujetos de derechos, y que no deben exigir un trato privilegiado, por el contrario, deben de compartir con los otros seres vivos el derecho a la vida y el derecho al uso de los recursos.

Una muestra de ello es el profesor Angelo Papacchini quien expone la idea de que también los animales poseen derechos, "Se cuestiona así la función del hombre como centro, dueño y explotador de la naturaleza y del universo; y al mismo tiempo se empieza a cuestionar la idea de que solo existan derechos humanos"; continúa diciendo que se debería acabar con el trato preferencial y los privilegios infundados atribuidos a la raza humana.

“Deberíamos ganar un punto de vista más abierto, para poder mirar al universo desde una perspectiva no estrechamente humana: renunciando a nuestro talante despótico y a la pretensión de ser la especie privilegiada, tendríamos que asumir una actitud más respetuosa hacia las demás expresiones de vida. Estos autores también insisten en la idea de que los animales, lejos de ser autómatas sin alma, comparten con el hombre la capacidad de sentir dolor y placer” (Filosofía y derechos humanos: Colección artes y humanidades, p. 75).

A propósito de visiones sociológicas generales acerca de cómo funciona el derecho, Ferrari refiriéndose al modelo de Luhmann, sostiene que independientemente de la postura ideológica subyacente, es un modelo que no explica todo lo que podría explicar ya que considera al derecho como reductor de complejidad y estabilizador de contingencias y expectativas en un mundo sumamente contingente. Lo más prudente, en esta etapa de la Sociología del Derecho, es un modelo descriptivo más que explicativo.” (Ferrari V. 2014). Para este autor, la propuesta de la Sociología Jurídica está dirigida a observar al derecho como una técnica social que intermedia la relación Estado-sociedad.

Continuando con Pocar y su perspectiva socio-jurídica, en particular declara su convicción acerca de que todos los “seres sencientes” son titulares de derechos y a partir de aquí proponerse

verificar si hay en la sociedad humana y con que alcance es compartida la opinión favorable al reconocimiento de los derechos de los animales y en qué medida tal opinión se traduce en normas.

Este concepto remite al reconocimiento de los animales como seres capaces de experimentar placer y sufrimiento. Asimismo, la capacidad de la sensibilidad constituye una de las bases de su planteamiento teórico al considerarse esta característica como la que habilita a los animales en su condición de portadores de intereses particulares e individualizables, lo cual también representa una de las diferencias más importantes entre los animales y los objetos o cosas. Opiniones en contrario son las manifestadas entre otros por Fernando Savater, quien sostiene que la moral es el reconocimiento de los seres humanos unos por otros. La ética es el reconocimiento de lo humano, la especie humana se define por la libertad y la razón. Para Savater la discusión acerca de los animales podría ser un tema de la religión en tanto sintonía global con el cosmos.

Marco axiológico del derecho de los animales.

Generalidades.

La axiología jurídica corresponde al estudio de los valores que encierra determinada normativa, Su fundamentación comprende averiguar el sentido de determinado sistema jurídico o normativa, al respecto resulta relevante lo dicho por Recasens Siches: "... una norma significa que entre las varias posibilidades fácticas de comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegida lo son porque resultan preferidas a otras.

Esta preferencia se funda sobre una valoración. Es decir, aunque las normas del Derecho positivas son elaboradas empírica y pragmáticamente por los hombres, y aunque desde el punto de vista formal emanan del mandato del poder político, ellas no pueden ser de ningún modo entendidas simplemente como meros hechos. En todo caso, son hechos humanos, y, en tanto que tales, tienen esencialmente un sentido, una significación.

Este sentido consiste fundamentalmente en la referencia a valores. La normatividad del Derecho positivo carecería de sentido si ella no estuviese referida a un juicio de valor, que es

precisamente lo que la inspira. La conducta social está regulada de determinada manera, porque se cree que esta manera es mejor que otras posibles regulaciones” (Siches, 1963, pp. 126-127).

El valor moral de los animales y su bienestar genera una diversidad de criterios tanto a favor como en contra los cuales pueden parecer extremistas a tal grado de pensar que el proteger el bienestar del animal genera un menoscabo en los derechos de los que gozan los seres humanos. Algunas de las críticas que se han hecho al derecho de los animales son:

- Hablar de derechos de los animales en el ámbito jurídico se reduce a un supuesto absurdo
- El Derecho de los animales es improcedente en lo jurídico por cuanto los animales tienen una imposibilidad de titularidad de derechos. En este punto se cuestiona la carencia de deberes, la imposibilidad de ejercicio de derechos, la capacidad intelectual del ser humano como superior, entre otros
- El Derecho de los animales como tema banal en el Derecho.

Dichas críticas parecen ser improcedentes ya que son infundadas; algunas de ellas por contener argumentos inciertos o falaces y otras por carecer de coherencia y relevancia en relación con el tema. Las mismas se verán de manera muy somera ya que se ahondará sobre ello en el siguiente capítulo.

Con respecto a la primera crítica, se parte de que la defensa de los derechos de los animales consiste en una homologación de todos los derechos de seres humanos a los animales, consecuentemente, se presumen resultados indeseados e irracionales, entre estos se mencionan, por ejemplo, si se habla de derechos de los animales, los simios llegarían a tener derecho al voto y los bueyes a un fondo de pensión.

Lo anterior demuestra una atribución de derechos a todas luces exagerada, lo que conlleva a un error, al respecto Sáez explica que “en ningún caso se defiende la posibilidad de atribuir derechos a los animales de una manera desmedida, como tampoco la completa homologación de derechos de los seres humanos a los animales, firma que, si se busca protección y quizás derechos a estos, corresponde solamente a situaciones en que se considera necesaria la regulación...” (Sáez. 2012, p. 7).

Riechmann expone una triple diferenciación en la atribución de derechos a los animales, lo que básicamente corresponde a un mínimo requerido para la generalidad de animales. Estos derechos son: “a) El derecho básico del animal a no ser torturado ni tratado con crueldad; b) El derecho a la libertad, que corresponde a aquellos animales que bajo perturbación de su movilidad

deambulatoria sufren un gran daño; y c) El derecho a la vida, que, de acuerdo a este autor, únicamente corresponde a animales denominados “cuasi personas”, este concepto comprende a grandes primates” (Sáez. 2012, p. 7).

La segunda crítica se basa en la generalización del Derecho de los animales al movimiento del Derecho de los animales en sentido fuerte; reduce todo lo relativo al Derecho de los animales a la cuestión de si pueden o no ser sujetos de derecho debido a ciertas características como la carencia de deberes. La imputación de deberes jurídicos, y responsabilidad jurídica a los animales, tuvo su lugar en la historia del siglo XIII hasta XVIII, y ciertamente hoy resulta insostenible hablar de este escenario. Respecto a esto no existe discusión, “se considera de manera unánime que los animales no pueden tener deberes” (Sáez, 2012, p. 9).

En cuanto a la imposibilidad de ejercicios de derechos, Riechmann se pronuncia al respecto y dice que es cierto que el término “derechos” tiene una connotación ineludiblemente jurídica, y quizás en este caso, muy problemática; hablar de “derechos” es referirse a la protección de intereses mediante la exigibilidad legítima de los mismos (Riechmann, 2004, pp. 136, 142), no poder ejercer derechos no significa no poder tenerlos, dicho de otra manera, la imposibilidad de poder ejercer derechos no conlleva a la imposibilidad de poder tenerlos.

Por último, se hace referencia a la capacidad intelectual del ser humano superior a la de un animal; al respecto, Singer explica que esto podría llevar a una injusta discriminación inclusive entre mismos seres humanos, por ejemplo, una ley que establezca ciertos derechos con base en el color de la piel, o, por ejemplo, en un sentido más sutil, una que lo haga con base en la capacidad intelectual de las personas (Singer, 1999, pp. 37, 40).

La tercera crítica en cuanto a derechos de los animales como tema banal, hace énfasis en que la lucha por el Derecho de los animales carece de importancia jurídica, ya que existen muchas otras situaciones y problemas por los cuales sí vale la pena preocuparse, por ejemplo, seres humanos sin suficientes alimentos y acceso a salud, niños muriendo de hambre, etc.

“Pensemos qué sería del mundo si nunca se hiciera nada por los demás, por aquellos que no son como nosotros, especialmente por aquellos que son más débiles o que no pueden defenderse por sí mismos. No se habrían conseguido avances tan sustanciales en derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006” (Sáez, 2012, p. 15).

En cualquier caso, el mismo ser humano, como ser racional, es el único que puede establecer qué “derechos morales” se otorgan a los animales o qué obligaciones se tiene para con ellos. No es algo que esté en los animales sino en la valoración moral que los seres humanos hacen de ellos, no tanto en el término de derecho sino de beneficios para estos.

Consideración directa al animal y consideración indirecta al animal.

Hablar de Derechos de los animales, desborda en muchos aspectos el campo jurídico. Por tanto, resulta necesario delimitar el tema al aspecto puramente axiológico-jurídico; para ello, se propone suplantar la división de derechos de los animales en sentido fuerte y débil por una que ordene la diversidad de argumentos axiológicos desde una perspectiva más orientada a lo jurídico, sea consideración directa al animal, y consideración indirecta al animal.

Con ello se pretende obtener una identificación precisa de qué valor se está haciendo alusión en las diversas posturas de derechos de los animales, mediante la determinación del bien jurídico tutelado y el ente protegido. Esta división corresponde a una política en la que por un lado se pretende humanizar el uso y explotación y, por otro lado, se busca abolir el uso de los animales como recursos. Ambas posiciones procuran negar la reducción de los animales a cosas.

Consideración directa al animal, fundamentada al menos en:

- i. La consideración hacia los animales por ser seres sensibles. Se promueve la protección de los animales con base en su capacidad de sufrir y de allí la posibilidad de tener intereses.

Desde Bentham y Mill se conoce la consideración de los animales como seres sensibles, sin importar su supuesta irracionalidad, falta de conciencia, o inferioridad intelectual respecto de los seres humanos. “Puede que llegue un día en que el número de piernas, la Vellosoidad de la piel o la terminación del os sacrum sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes” (Singer, 1999, p. 43).

- ii. La consideración hacia los animales por su valor intrínseco, los animales serán fines en sí mismos y no medios para otros sujetos. Esto se basa en su capacidad de experimentar vida,

conciencia y sensibilidad. Por tanto, se promueve la inclusión de los animales al universo ético como sujetos de consideración moral y, por tanto, sujetos de derechos.

Esto conlleva a la propuesta de abolir a los animales como propiedad, el hecho de ser propiedad implica siempre una subordinación a los intereses del propietario, es decir, los animales siempre serán condicionados a lo que los dueños prefieran (Francione, 2007, pp. 32, 39).

Consideración indirecta al animal, fundamentada al menos en:

- i. Protección al animal considerando intereses sociales, corresponde a una obligación directa para con la sociedad en determinado aspecto (buenas costumbres, dignidad humana, sentimientos de piedad o sensibilidad, moral pública, eventual trato hacia otros seres humanos), la protección del animal queda subordinada a los parámetros en que se proteja al ente.

La posibilidad de valorar moralmente las acciones del ser humano hacia los animales, sino solamente que el animal en sí no tendría relevancia moral propia, ni corresponde en el objeto central de la norma. Por lo que la valoración de todas estas acciones solo responde a alguna figura o ente social (Sosa, 1994, pp. 88, 94).

- ii. El medio ambiente o la naturaleza en general: acá existe al menos dos visiones, una que entiende al animal como parte del medio ambiente y, al mismo tiempo, al medio ambiente como un bien jurídico humano. La otra establece que los animales, al igual que los seres humanos, juntos conforman la naturaleza y por ello tienen un valor propio. En adición son susceptibles de tener derechos mediante la atribución de personería jurídica a la Naturaleza. El cómo de esta importancia no siempre es claro, al respecto véase en Cáceres de Jiménez (2005, p. 15).

Bienestar animal.

Algunos de los fundamentos teóricos que se buscaban en el siglo XIX hacia los animales estaba mucho más cercana a la cotidiana. Darwin (1872) propuso en su libro “La expresión de las emociones en los animales y en el Hombre”, que muchas especies comparten experiencias emocionales similares - miedo, dolor, placer, afecto, ira - y, a menudo su expresión en formas similares a través de vocalizaciones, expresiones faciales y otros comportamientos. Darwin y otros contemporáneos como Romanes (1891) o Yerkes (1927) estudiaron las herramientas de

investigación para la comprensión de los estados afectivos y otras experiencias mentales de los animales.

El interés por el bienestar de los animales apareció como una preocupación por los animales de granja en países europeos a mediados del siglo XX. Surge como respuesta a los sistemas de cría intensiva; su bienestar podría ser el factor más importante para que los animales alcancen el mejor estado de salud posible y es esencial para que manifiesten en forma racional un máximo beneficio económico.

No existe una definición simple de bienestar animal, ya que el término no fue creado como un concepto científico, sino más bien como un reflejo del sistema de valores para expresar una preocupación frente al trato adecuado de los animales. El bienestar animal es considerado dentro de su contexto más amplio, en relación con normas y valores éticos y sociales, tomando en cuenta no sólo aspectos que puedan producir un daño físico sino también otros aspectos de intervención.

Varios investigadores han expresado distintos conceptos sobre el bienestar animal; por ejemplo: En 1986 el Profesor Donald Broom, primer profesor de bienestar animal, Universidad de Cambridge, Reino Unido, definió bienestar como “el estado de un animal en relación a sus intentos por enfrentarse al medio ambiente”. Este es un estado medible en una escala desde “muy bueno” a “muy malo”.

Duncan y Fraser (1997) señalan que “el Bienestar Animal debiera considerar ciertos aspectos básicos como: el funcionamiento adecuado del organismo (lo que entre otras cosas supone que los animales estén sanos y bien alimentados), el estado emocional del animal (incluyendo la ausencia de emociones negativas tales como el dolor y el miedo crónico), la posibilidad de expresar algunas conductas normales propias de la especie y las experiencias de los animales, tales como: Placer y sufrimiento (psicológico).

Los principios comentados antes, aparecen recogidos en varias definiciones “oficiales” de bienestar animal. Así, por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud Animal considera que un animal se encuentra en un estado satisfactorio de bienestar cuando está sano, confortable y bien alimentado, puede expresar su comportamiento innato, y no sufre dolor, miedo o distrés (Organización Mundial de Sanidad Animal, 2008).

Una definición más amistosa de Bienestar Animal es la que entrega la Dra. Whay en 2005, diciendo que un animal debiera encontrarse “Apto y Feliz”. Esta es una definición más positiva, ya que se refiere a tener cosas buenas más que a evitar o manejar aquellas cosas que pueden ser

perjudiciales. La definición de bienestar animal resulta ser un concepto ambiguo, difícil de definir desde el punto de vista científico, pues deriva de una preocupación ética de origen social. Es importante tener en cuenta que no todas las conductas son igualmente importantes en lo que al bienestar del animal se refiere.

Desde un punto de vista práctico, la indicación más clara de que una conducta es importante en sí misma es, “el hecho de que el animal muestra una respuesta de estrés o manifiesta conductas anormales cuando no puede expresar la conducta en cuestión. La conducta de nidificación de la cerda antes del parto o la conducta de hozar de los cerdos son ejemplos de estas conductas importantes. Estos tres principios no son necesariamente contradictorios, sino que en muchas ocasiones son complementarios” (Mendl, 2001).

Uno de los últimos cambios con respecto al bienestar animal es la aparición de una amplia base social de ámbito urbano, con unas necesidades fundamentales para preocuparse por los animales o por la naturaleza en general, bajo consideraciones éticas o culturales. En este contexto, “la estrecha relación afectiva que supone mantener animales de compañía y los avances en la comprensión del comportamiento han llevado a que se extienda la preocupación por el sufrimiento animal, reclamando con más fuerza una legislación que garantice el bienestar de todos los animales” (Dawkins, 2004).

Al hablar de bienestar animal nos estamos refiriendo también al maltrato de los animales considerándose éste como un déficit en su bienestar que puede estar presente en múltiples situaciones de la vida diaria, tales como: violencia hacia las mascotas, abandono de animales de compañía, corridas de toros y demás espectáculos, sobreexplotación de sistemas de producción de los animales de consumo, entre otros.

La definición al maltrato animal aparece mencionada en el artículo 3 de La Declaración Universal de los Derechos de los Animales aprobada por la UNESCO y la ONU en octubre de 1978: "Ningún animal será sometido a malos tratos ni actos de crueldad. Si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia." Desde un punto de vista patológico o criminal el concepto de maltrato animal abarca todas aquellas acciones de crueldad y de violencia infringidas por el hombre a otros animales con ensañamiento y de manera injustificada, y que generan un gran rechazo social.

Sin embargo, este concepto que puede ser entendido como crueldad animal, comparte espacio con comportamientos que podrían ser entendidos como trato inadecuado de los animales y

que producen menor condena en la sociedad. El concepto clásico de bienestar animal se limitaba a que los animales estuviesen físicamente sanos, bien alimentados y libres de agresiones físicas del ambiente, subestimando las capacidades de los animales para experimentar sufrimiento y la necesidad biológica y psíquica de expresar sus comportamientos naturales. El alimento, la salud y el cobijo eran las necesidades básicas de los animales.

En el nuevo concepto de bienestar animal, se han redefinido las necesidades de los animales, asimilando la posibilidad de expresar ciertos comportamientos a necesidades biológicas equiparables a aquellas necesidades básicas definidas anteriormente. Se asume además la necesidad de no sufrir miedo ni estados emocionales negativos como una condición necesaria para un buen nivel de bienestar.

A la luz de nuevos descubrimientos científicos, se considera el bienestar animal desde una perspectiva basada en las llamadas Cinco Libertades (The Five Freedoms; The Farm Animal Council, 1979), con lo cual el bienestar de un animal queda garantizado cuando se cumplen los cinco requisitos siguientes:

- El animal no sufre sed, hambre ni malnutrición, porque tiene acceso a agua de bebida y se le suministra una dieta adecuada a sus necesidades
- El animal no sufre estrés físico ni térmico, porque se le proporciona un ambiente adecuado, incluyendo refugio frente a las inclemencias climáticas y un área de descanso cómoda
- El animal no sufre dolor, lesiones ni enfermedades, gracias a una prevención adecuada y/o a un diagnóstico y tratamiento rápidos
- El animal es capaz de mostrar la mayoría de sus patrones normales de conducta, porque se le proporciona el espacio necesario y las instalaciones adecuadas, y se aloja en compañía de otros individuos de su especie
- El animal no experimenta miedo ni distrés, porque se garantizan las condiciones necesarias para evitar el sufrimiento mental.

El principio de las cinco libertades constituye una aproximación práctica muy útil al estudio del bienestar y especialmente a su valoración en las explotaciones ganaderas y durante el transporte y sacrificio de los animales de granja. Además, este principio ha constituido la base de muchas de las leyes de protección de los animales en la Unión Europea y en otras partes del mundo.

A pesar de su indudable utilidad, el principio de las cinco libertades presenta dos problemas. En primer lugar, resulta en ocasiones excesivamente genérico, además, algunas de las cinco

libertades se superponen entre ellas; como respuesta a estos problemas se han propuesto aproximaciones ligeramente diferentes, aunque basadas en los mismos conceptos. En particular, debe tenerse en cuenta la propuesta de valoración del bienestar animal del proyecto Welfare Quality.

El proyecto Welfare Quality es un proyecto de investigación de la Unión Europea que se inició en mayo del 2004 y tuvo una duración de cinco años. En el proyecto participaron más de 40 instituciones científicas de quince países distintos, uno de los objetivos del proyecto fue poner a punto un sistema de valoración del bienestar animal que sea aceptado por la Unión Europea, cabe destacar que los protocolos Welfare Quality incluyen mayoritariamente medidas basadas directamente en los animales, a diferencia de otros protocolos que incluyen básicamente medidas basadas en el ambiente.

“De acuerdo con los protocolos, la valoración del bienestar animal debe tener en cuenta cuatro aspectos:

- ¿Se alimenta a los animales de forma correcta?
- ¿Se aloja a los animales de forma adecuada?
- ¿Es adecuado el estado sanitario de los animales?
- ¿Refleja el comportamiento de los animales un estado emocional adecuado?

Este último aspecto puede ser el más novedoso y controvertido. De una forma muy sencilla, hace referencia al hecho de que los animales no deberían experimentar miedo, dolor, frustración o cualquier otro estado emocional negativo, al menos de forma crónica o muy intensa. Estas cuatro preguntas son el punto de partida de un conjunto de criterios en los que debería basarse cualquier sistema de valoración del bienestar. Dichos criterios, ordenados según las cuatro preguntas anteriores, son los siguientes:

Alimentación: • Ausencia de hambre prolongada • Ausencia de sed prolongada.

Alojamiento • Confort en relación al descanso • Confort térmico • Facilidad de movimiento.

Estado sanitario • Ausencia de lesiones • Ausencia de enfermedad • Ausencia de dolor causado por prácticas de manejo tales como la castración, el corte de cola, el descornado, etc.

Comportamiento • Expresión de un comportamiento social adecuado, de forma que exista un equilibrio entre los aspectos negativos (agresividad, por ejemplo) y los positivos.

- Expresión adecuada de otras conductas, de forma que exista un equilibrio adecuado entre los aspectos negativos (estereotipias, por ejemplo) y los positivos

- Interacción adecuada entre los animales y sus cuidadores, de forma que aquéllos no muestren miedo de las personas.

- Estado emocional positivo” (Fraser D, Weary D, Pajor E y Milligan B. 1997, pp. 187, 205).

En resumen, resulta indudable que el sufrimiento de los animales es un aspecto clave en el debate sobre su bienestar. Por lo tanto, las situaciones que causan sufrimiento tales como el dolor o el miedo, por ejemplo, constituyen un problema de bienestar. La incapacidad del animal de adaptarse al entorno causa sufrimiento y, por lo tanto, estudiar los parámetros que permiten cuantificar el grado de adaptación de los animales aporta información útil sobre su bienestar. Hay conductas “naturales” que son importantes en sí mismas y, por lo tanto, los animales deberían mantenerse en un ambiente que permitiera la expresión de tales conductas. Bienestar no es sinónimo de salud. En efecto, la salud es un aspecto muy importante del bienestar, pero el concepto de bienestar es más amplio e incluye otros aspectos.

La teoría del Bienestar animal se sitúa en el marco del utilitarismo, es decir, que la vida se rige por los intereses de unos y otros, y que lo que hay que tomar específicamente en consideración, es la suma de los intereses en juego de los individuos que participan en una acción determinada. De un lado los intereses individuales de los seres humanos y de otro los de los animales (Lao, B., 2010, p. 10).

En Costa Rica, la Ley de Bienestar Animal, Ley No. 7451 en su artículo 3, dispone de una lista de condiciones básicas para el bienestar de los animales:

- a) Satisfacción del hambre y la sed;
- b) Posibilidad de desenvolverse según sus patrones normales de comportamiento;
- c) Muerte provocada sin dolor y, de ser posible, bajo supervisión profesional;

- d) Ausencia de malestar físico y dolor;
- e) Preservación y tratamiento de las enfermedades.

El bienestar animal busca eliminar mediante la reglamentación o regulación legal, todo sufrimiento innecesario en el proceso de utilización de los animales involucrados se ocupa de cómo son tratados los animales, así como de las formas de mejorar su vida. El bienestar animal acepta que los animales son utilizados por los hombres para su consumo, pero trata de mejorar su vida antes y durante su muerte. Para el bienestar animal lo importante no es si los animales pueden o no razonar sino si pueden sufrir, la capacidad que tienen de experimentar sufrimiento es lo que los hace merecedores de consideración moral por parte del resto de los humanos.

Es importante recordar que, el Bienestar Animal contempla la experimentación animal como una necesidad humana, al respecto los biólogos ingleses Russel y Burch a comienzos de la década de los 60, en su libro “The Principle of Humane Experimental Technique”, formulan el Principio de las Tres Erre (3R); lo que buscan es dar una mejor calidad de vida y evitar el dolor a los animales de experimentación.

La experimentación animal es tan antigua como la medicina, y a lo largo de la historia ha sido utilizada como medio científico para el desarrollo humano, al respecto resaltan las figuras de: Contrepois, A., (1998), Aristóteles (384-322 a.C.) y Erasístrato (304 – 258 a.C.) fueron los primeros en realizar experimentos con animales vivos. En el Corpus Hipocrático (350- 36 - a.C.) aparecen los primeros experimentos realizados en cerdos y en el siglo VI se habla de inmuno-profilaxis en China.

“Galeno, médico romano (s. II d.C.) diseccionó cerdos y cabras y es conocido como el padre de la “vivisección”. Ibn Zuhr (s. XII) y de profesión médico empezó a practicar cirugías en animales que posteriormente servirían para humanos. La “vivisección” se practicó poco en Occidente hasta el Renacimiento (S. XV – XVI); a partir de entonces se empezó a practicar de manera rutinaria y se desarrolló mucho en el siglo XVII con W. Harvey (1578-1657), quien puso de manifiesto la circulación de la sangre” (Aguilar, A. *et ál.*, 2012, p. 4).

Las Tres Erres (3R) de la experimentación animal, al igual que las Cinco Libertades, son una serie de parámetros mínimos de protección y garantía del Bienestar Animal, pero en el caso de

las primeras, exclusivas para los animales utilizados en experimentación científica. Estas condicionantes son:

- a) Reducción del número de animales en experimentos
- b) Refinamiento: Se basa en aumentar al máximo el bienestar de los animales para así reducir el estrés y el dolor
- c) Reemplazo: Hace referencia a sustitución de los animales vivos por otros métodos que no usen animales.

La Declaración Universal del Bienestar Animal (DUBA), es la más importante expresión internacional en materia de Bienestar Animal y es promovida por la organización Protección Mundial Animal, WAP por sus siglas en inglés; conocida anteriormente como Sociedad Mundial para Protección Animal WSPA la cual es una de las principales organizaciones sin fines de lucro, con un marco regulatorio muy general que busca la protección de los animales bajo los estándares y condiciones anteriormente mencionados sobre bienestar animal como las Cinco Libertades y las Tres Erre; ha sido firmada (aunque no ratificada) por más de 40 países (entre ellos Costa Rica) y 200 organizaciones protectoras de los animales.

Para ir concluyendo con este punto, autores como Sabine Brels, han considerado la necesidad urgente de incluir el Bienestar Animal de manera seria y responsable dentro del Derecho Internacional, más allá de la OIE y algunos acuerdos multilaterales y verlo convertido en una rama del Derecho reconocida en materia internacional como lo ha hecho el Derecho Ambiental.

“Obviamente, el derecho internacional no es la panacea para resolver todos los problemas en el mundo, como la protección del medio ambiente demuestra, a pesar de que los instrumentos que existen son vinculantes. Sin embargo, este puede evidenciar una preocupación compartida y considerar la protección del Bienestar Animal como un objetivo común por todos los Estados del mundo” (Brels, S., 2012, p. 6).

Que la muestra objeto de estudio sea estudiantil no es azaroso, sino que responde a una convicción seria de que a través de la Escuela se pueden educar las actitudes, siempre y cuando podamos elaborar un diagnóstico y una intervención en las aulas. Creemos que la escuela, como parte fundamental del contexto social, debe asumir el papel de difusión y formación en materia de educación hacia el bienestar animal,

al igual que se ha hecho con otros temas (actualmente incuestionables) como por ejemplo la educación ambiental, educación igualitaria, la educación vial... Por tanto, consideramos que, del mismo modo que todos estos temas en los últimos años ha ido tomando cada vez mayor protagonismo en las aulas, el bienestar animal podría incorporarse para que los estudiantes interioricen una actitud responsable hacia los animales para evitar su sufrimiento (Mazas Gil, 2014, p. 2).

La intención de lo antes mencionado es que con ello las nuevas generaciones, a lo largo de sus vidas, estén preparadas para tomar decisiones disponiendo de la competencia y de la confianza necesarias para utilizar un planteamiento racional; no se trata de estudiar asignaturas de ciencias de forma tradicional, sino que se deben encontrar formas creativas de desarrollar en los jóvenes la aplicación del enfoque científico a los problemas.

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Derechos fundamentales.

Cuando se habla de derechos fundamentales, automáticamente se asocia a los derechos que tienen todos los seres humanos que a su vez le son inherentes. Esto quiere decir que todas las personas gozan de estos derechos, más allá de cualquier factor particular (nacionalidad, religión, raza, orientación sexual, clase social, etc.). Se trata de derechos que no tienen que ver con la legislación vigente, sino que están vinculados a la condición humana.

Además, nadie puede renunciar a ellos, ni transferirlos, esto por ser inherentes, esta palabra procede del latín *inhaerens*, una conjugación del verbo *inhaerere* (“permanecer unido”). Por ello el concepto se utiliza para nombrar a aquello que, debido a sus condiciones naturales, resulta imposible separarlo de algo ya que está unido de una manera indivisible a eso.

En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó

adelante mediante reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales.

Desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, en la medida que, matizadamente, tienen como común denominador: la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros.

El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo; debido a que "el cambio estructural de los derechos fundamentales corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido" (Leibholz, Gerhard, 1976, p. 16).

La Constitución Política de la República de Costa Rica, corresponde a la normativa esencial del país, es decir, es el orden fundamental de la comunidad (Hernández Valle, 2004, p. 137). En éstas se impregnan los valores jurídicos que orientan al sistema. Dictada por una Asamblea Nacional Constituyente en el año 1949, incluye un título de derechos y garantías individuales que incluyen el derecho a la libertad, la vida, el libre tránsito, la privacidad del domicilio, el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho de asociación, de reunión pacífica y sin armas, la libertad de petición, la libertad de expresión, de comunicación, el acceso a la información, la igualdad ante la ley, así como una serie de garantías procesales que incluyen el principio de inocencia y el debido proceso.

Además, la Constitución Política incluye un título de derechos y garantías sociales que contienen: Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Artículo 50) Derecho a la familia (Artículos 51 a 55) Derecho al trabajo: incluyendo salario mínimo, jornadas máximas, descanso y vacaciones pagadas, sindicalización, convenciones colectivas, indemnización por despido injustificado, seguridad social (Artículos 56 a 73).

En relación con el fundamento y primacía de estos derechos, la Sala Constitucional costarricense ha señalado que:

El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina jurídica occidental, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales. Es así que la primacía de un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior descansa en (i) su carácter de expresión directa de la voluntad general y (ii) en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas. (...) Ejemplos de derechos fundamentales, son aquellos propios del ciudadano -ciudadanía, nacionalidad-; la libertad de las personas - libertad personal, de religión y conciencia, de residencia, de contratación, de elección de actividad económica, entre otros- ; la igualdad jurídica entre las personas; el derecho de propiedad privada; y aquellos que permiten el acceso de las personas al control jurisdiccional (Sala Constitucional, Sentencia 02771. 2003).

Los derechos fundamentales constituyen, en opinión de esta Sala, la principal garantía con que cuenta la ciudadanía en un Estado de Derecho de que los sistemas jurídico y político, en conjunto, se orienten hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia la constante ampliación de las libertades públicas. Considera, además, que los derechos fundamentales tienen un cometido legitimador de las formas constitucionales, ya que, en su opinión, constituyen los presupuestos del consenso sobre los que se edifica una sociedad democrática.

En cuanto a la relación y diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, se puede afirmar, siguiendo la opinión de la jurisprudencia constitucional nacional que, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos reconocidos por la norma constitucional: ... es importante destacar la estrecha relación que tienen los derechos fundamentales con los derechos humanos.

Estos últimos se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada.

Cabe destacar, que el artículo 50 constitucional no expresa el derecho de los animales, tampoco se hace alusión a derechos de fauna o naturaleza. A pesar de esto, resulta relevante el mencionado artículo ubicado dentro del capítulo de derechos y garantías individuales, donde se establece que: "... Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho..."

Además, en el artículo 89 se establece, entre otras cosas, que: "Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales..." De los artículos citados se desprende que, primero, el "ambiente sano y ecológicamente equilibrado" responde a un derecho y garantía individual de las personas; entendidas estas últimas únicamente como seres humanos, reflejado en el derecho a la salud e integridad física. Esto, a su vez, se fundamenta, de acuerdo con interpretación constitucional en el voto 0697-95, en la inviolabilidad de la vida humana, establecida en el artículo 21 de la misma Constitución Política.

Parece ser y podría decirse que, en el sentido axiológico de la Constitución costarricense, se mantiene una postura en la cual el ser humano es el centro de todas las cosas respecto del ámbito ecológico: es un derecho humano a la vida, específicamente al de la salud (física, psíquica e integridad física) de las personas, por otra parte, responde al interés cultural de mantener un estado de equilibrio entre la sociedad y el aspecto ecológico. Por ejemplo, en este sentido: "El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un presupuesto necesario para la puesta en práctica y el cumplimiento de las condiciones mínimas que todos los seres humanos deben ostentar para garantizar una existencia dotada de los principios constitucionales vida, dignidad, y salud" (Guillén y Ugarte, 2009, pp. 73, 77).

Lo mencionado anteriormente, es importante ya que se tiende a asociar el artículo 50 constitucional con el derecho de los animales; la referencia al medio ambiente corresponde a un

tema indirecto para el tema de derechos de los animales, que en realidad no debe ser utilizado propiamente para su protección; la perspectiva en que es abordado es meramente antropocéntrica. Por tanto, los animales no son protegidos constitucionalmente, y el derecho y garantía a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se sostiene sólo para seres humanos.

¿Podría la protección de los animales operar como límite a los derechos fundamentales? El doctor en Derecho Doménech Pascual, se plantea la interesante problemática de si esa protección de los animales puede tener alguna operatividad frente a los derechos fundamentales, algo que en principio parece que habría que excluir, pues en una valoración en abstracto, estamos ante dos bienes de valor diverso; por un lado, los derechos más esenciales del ser humano frente al interés en la protección de los animales.

En su libro “Bienestar animal contra derechos fundamentales”, el autor comienza por estudiar, en concreto y con numerosos ejemplos, los derechos fundamentales que más pueden verse afectados restrictivamente por la protección de los animales como límite a los mismos. Los derechos fundamentales (entendido este concepto en un sentido amplio) que analiza en particular Doménech Pascual son los siguientes, con relación a los "tipos de casos" que enuncian también:

a) Libertad científica y técnica: la libertad de experimentar con animales y sus límites por la protección a los animales; b) Libertad artística: la utilización de los animales en el arte; c) Libertad religiosa. Sacrificios rituales; d) Tutela judicial efectiva. La inembargabilidad de los animales de compañía; e) Libertad personal: Prisión para los maltratadores de animales; f) Libertades profesional y de empresa; g) La propiedad privada.

Doménech se plantea si la protección de los animales es un fin que puede autorizar una restricción de derechos fundamentales, algo muy discutido en Alemania. La cuestión, de hecho, sigue siendo allí discutida incluso después de la reciente reforma constitucional de julio de 2002, que introdujo la tutela de los animales en el artículo 20a. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, como objetivo de Estado. Ahora el artículo 20a de la Ley Fundamental reza: "El Estado, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, protegerá, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y a los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes Ejecutivo y Judicial".

El autor considera que la protección de los animales no es un fin de rango constitucional, aunque sí sea un fin adoptado por el legislador ordinario que no es inconstitucional, y que puede limitar los derechos fundamentales, aludiendo al consenso político-parlamentario al respecto. Para llegar a esta conclusión, el autor examina previamente las distintas posiciones doctrinales, y el propio posicionamiento dominante de la jurisprudencia constitucional, sobre si sólo los bienes y derechos de rango constitucional son hábiles para restringir derechos fundamentales, posición doctrinal dominante y tesis que sigue el Tribunal Constitucional.

Una vez aclarado que la protección de los animales es un fin constitucionalmente legítimo para restringir derechos fundamentales, aun no teniendo rango constitucional, Doménech termina refiriéndose a otros test que tiene que pasar la medida restrictiva del derecho fundamental que persiga dicho fin de protección de animales para poder ser considerada conforme a la Constitución, haciendo referencia a la proporcionalidad (con sus tres sub principios de adecuación, idoneidad o utilidad; necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto), al principio de legalidad y a la motivación de los actos restrictivos de derechos fundamentales.

Con respecto a los derechos de los animales y siguiendo la línea de la protección constitucional, La Corte Suprema de Justicia en Colombia, determinó que los animales no son sujetos de derecho, sino objetos de protección constitucional. Así lo estableció en su sentencia al negar una tutela con la que pedían que le concedieran un habeas corpus a “Chucho”, un oso andino que vive en el zoológico de Barranquilla.

Ante tal resolución el accionante había planteado en la tutela, violación del debido proceso por la configuración de tres defectos: procedimental absoluto, factico y sustantivo. El primero, por haber sometido al habeas corpus un asunto que no se podía canalizar a través de esta vía procesal. El segundo, por haberse adoptado la decisión sin los insumos y los elementos de juicio necesarios para ello, especialmente los relacionados con la presunta desmejora en las condiciones de Chucho al haber sido trasladado al zoológico de Barranquilla, y el tercero, por asimilar los animales a los seres humanos y adjudicarles a los primeros la condición de sujetos de derechos, y sobre esa base enmarcar la controversia jurídica respecto del habeas corpus.

En lo concerniente al defecto procedimental, destacó la Corte, de un lado, la significación del habeas corpus como garantía fundamental que protege a las personas contra la privación ilegal de su libertad, y señaló que, por consiguiente, dicho instrumento no resultaba aplicable para

enfrentar la situación que se había planteado en torno a un animal; lo que se buscaba en sede judicial, era que se definiesen las condiciones en las que debe vivir el oso, de cara a los estándares de bienestar animal.

La Corte hizo notar, entonces, que no solo desde la perspectiva de la naturaleza del habeas corpus y su finalidad vinculada a la defensa de la libertad de la persona humana, sino también desde el punto de vista de su estructura procesal, de las instancias encargadas de resolverlo, y de su carácter sumarial, el habeas corpus no constituía un mecanismo apto para resolver asuntos como ese.

Con respecto al defecto sustantivo, la Sala Plena señaló que la jurisprudencia ha desarrollado a partir de la Constitución, el mandato de protección animal; y que tanto las líneas jurisprudenciales de ese tribunal como la legislación vigente han afirmado la condición de ciertos animales como seres sintientes, avanzando progresivamente en la identificación de las consecuencias que se derivan de esta calificación, pero sin que pueda concluirse de esta circunstancia, la posibilidad de que para hacer frente a la situación presentada en este caso, fuese posible acudir a dicho mecanismo.

La Magistrada Fajardo Rivera, salvó el voto y en su concepto indica que la Constitución Política implica reconocerlo como titular de derechos, y específicamente, de la libertad animal; una consideración que se abstuvo de realizar la mayoría de la Sala Plena. En su concepto, que expuso ampliamente, en la deliberación de la Sala Plena sobre la ponencia que presentó, indicó que los animales sí son titulares de intereses jurídicamente relevantes para el ordenamiento, intereses que pueden ser denominados derechos.

Su postura la fundamenta en 1) la construcción jurisprudencial existente, a partir de la afirmación de los animales como seres sintientes con un valor intrínseco; 2) los avances que se han dado legislativamente en democracia, como la expedición de la Ley 1774 de 2016 que acoge la categoría de sintiencia e incorpora los mandatos de bienestar animal; 3) experiencias de derecho comparado; 4) el compromiso humano con la conservación del medio ambiente; entre otros.

En su exposición final, la Magistrada Fajardo no equipara a las personas humanas con los animales; no sostuvo que fuera la dignidad la justificación de los intereses jurídicamente protegidos como derechos de los animales; tampoco estimó que los derechos de los animales fueran

fundamentales ni que las dimensiones de la libertad propias de los animales tuvieran los mismos alcances del derecho a la libertad de las personas.

No sostuvo que exista un interés a la libertad animal de todas y cada una de las especies existentes sobre el planeta; tampoco sugirió que se pueda establecer por el Juez, en una especie de lista, qué intereses deben adscribirse a los animales; y, mucho menos pretendió ordenar la libertad del oso para llevarlo a un ambiente donde no pueda sobrevivir sin el acompañamiento humano.

El derecho de los animales continúa siendo un tema de controversia, existiendo posiciones distintas en cuanto a otorgar a los animales los mismos derechos de los que goza el ser humano por el solo hecho de serlo; sin embargo, en lo que si hay congruencia de criterios es que se debe asegurar el bienestar de los animales lo que entre otras cosas supone que los animales estén sanos y bien alimentados.

Conceptualización jurídica de Bien Jurídico.

Cuando se habla de bien jurídico, se hace referencia a todo bien o valor de la vida de las personas que es protegido por ley; se trata de algo tangible o intangible considerado como valioso a un nivel que merece una garantía legal de no ser quebrantado por la acción de un tercero. Puede entenderse como una condición necesaria o socialmente concebida como útil para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad.

El bien jurídico en el derecho liberal penal tiene como finalidad, la imposición de barreras infranqueables al Estado en el desarrollo de su política represiva; “Los bienes jurídicos fundamentales son entonces aquellos intereses humanos relevantes de las personas, en tanto sujetos sociales que requieren de protección penal. La protección de las instituciones y la sociedad se realiza solo cuando sea condición de posibilidad para la protección de la persona. Ese concepto personal de bien jurídico impone una limitación mayor a la potestad punitiva del Estado. Este solo puede seleccionar como delito, aquellas conductas con las cuales se evidencia la afectación de intereses humanos” (Teoría del Delito, p. 17).

Para comprender su real significación en el desarrollo del derecho penal, es útil presentar una somera incursión en su evolución histórica. El concepto de bien jurídico desde comienzos del

siglo XIX constituye un concepto central en la discusión teórica y práctica del Derecho Penal, ha sido objeto de numerosos estudios.

Feuerbach es ubicado como el precursor de la teoría del bien jurídico en el derecho penal, ya que individualiza el derecho subjetivo como objeto de protección penal, y considera el delito como una lesión de un derecho subjetivo ajeno, a partir de sus concepciones tributarias de la ilustración. Entonces asimila la idea no explícita del bien jurídico a un derecho subjetivo de otro y la pena se justifica solo como reacción ante una conducta lesiva de los derechos de otro, con lo cual se produce una considerable limitación al ámbito de lo punible.

Cabe mencionar que el derecho subjetivo, es un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad.

“En el siglo XIX, Birnbaum acuña el término bien jurídico desde una tesis liberal, pero partiendo de una crítica a la teoría de Feuerbach, sostiene que el delito no lesiona derechos subjetivos, sino “bienes”, y el objeto del ilícito, por tanto, corresponde a la lesión de un bien y no del derecho. El delito era entonces toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano, y el poder estatal debe garantizarles dichos bienes de forma equivalente a todos” (Teoría del Delito, p. 18).

Sin embargo, Birnbaum no logró precisar el contenido del bien, sobre la base del cual pretendió construir una teoría material del delito, aunque su planteamiento significó un avance científico que ayudó a establecer la distinción entre lesión y puesta en peligro y coadyuvó a facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación.

Von Liszt conocido como un contradictor de la teoría de Binding y considerado como fundador del sistema moderno de delito, bajo una concepción material del bien jurídico, reside su origen en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

“En el planteamiento de Binding, el bien jurídico no es algo natural; no constituye un ente que vaya más allá del derecho, ni posee tampoco origen pre-jurídico, sino que traduce una pura creación del legislador. De manera que el delito implica una infracción al deber de obediencia y,

como toda norma, encierra en sí un bien jurídico. La desobediencia a la norma es una lesión al bien jurídico que aquella contiene, con lo que produjo un racionalismo y una positivización extrema del derecho penal” (Teoría del Delito, p. 19).

Contraria a la pretensión de Binding, Von Liszt parte de la premisa de que “todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.” Esto quiere decir que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico, una pura creación del legislador, sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere la categoría de bien jurídico.

Con su concepto de bien jurídico, Liszt no se preocupó por explicar y comprender por qué una determinada sociedad, castiga un determinado delito, y por qué se escogen determinados bienes jurídicos para darles tal protección.

Para Welzel el concepto de bien jurídico se encuentra determinado por la finalidad que a él le asigna el derecho penal; el derecho penal debe tutelar el mínimo ético y los fundamentos de la institución social. En resumen, el derecho penal cumple una función de mantener los valores ético-sociales. Welzel considera, que el derecho penal por ser fragmentario no protege todos los bienes jurídicos, respecto de todas las posibles lesiones, tutela solo aquellas agresiones configuradas “de determinada manera”.

A raíz de ello se tienen consecuencias a nivel de tentativa, consecuencias a nivel de la autoría, elementos negativos del tipo, posición de garantía, el surgimiento de conductas que no encajan en el concepto tradicional del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y la disparidad de pensamientos acerca de lo que realmente es el bien jurídico.

En el trabajo de Mezger (1958) y a diferencia de lo que ocurre con von Liszt, se entiende que el bien jurídico "es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido". De esta forma, el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la ley o el objeto de ataque del delincuente, sin que recaiga necesariamente en un objeto concreto del mundo exterior.

Así, conforme a la visión de Mezger el bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque son sinónimos. La determinación del bien jurídico, según él, debe determinarse siguiendo la ley, considerada como línea directriz obligatoria, pero, al mismo tiempo y de manera necesaria, debe mantenerse con arreglo al derecho supralegal. Honig por su parte, no concibe el bien jurídico como algo real y concreto, sino como un elemento categorial, un mero principio rector de la configuración conceptual.

En base a los conceptos descritos anteriormente, es posible distinguir entre dos corrientes en las que se podrán agrupar a los autores siguientes quedando así, junto a Birnbaum por un lado, estarán von Liszt y Welzel, los cuales también conciben al bien jurídico como un concepto independiente de la legislación; y por otro lado estarán Binding, Honig y Mezger, para quienes no tiene sentido hablar de que el derecho penal "deba" proteger bienes jurídicos, sino que aquello que el derecho penal proteja será considerado bien jurídico.

El profesor Winfried Hassemer fundamenta una teoría personal del bien jurídico, mediante un análisis de la aplicación de los mecanismos del control social, los cuales permiten que el concepto de bien jurídico emane de las condiciones sociales en donde surge un determinado concepto de delito, poniendo atención a los procesos comunicativos de la criminalización.

Actualmente, Jakobs (al afirmar que el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la norma o los procesos valorados positivamente que gozan de protección jurídica, y al concebir el injusto de una forma alejada del mundo empírico) es un representante de éste último grupo; mientras que -por regla general- los autores que sostienen como misión del derecho penal la protección de bienes jurídicos, pueden ser vistos como continuadores de los primeros.

El profesor Gunther Jakobs plantea un acercamiento práctico entre el derecho penal y la sociedad, a través de las herramientas de la prevención general positiva. En su opinión, la contribución del derecho penal al mantenimiento de la configuración estatal y social consiste en la garantía de las normas; se trata, en última instancia, de alcanzar por vía de los bienes jurídicos, una vigencia del contenido de la norma. Las herramientas del control penal son organizadas para la búsqueda de la fidelidad al derecho, la cohesión social y la estabilidad normativa.

En el concepto de bien jurídico, se distinguen dos grandes tipos los individuales y los supraindividuales; para ciertos sectores del pensamiento jurídico actual, en una tendencia dirigida a una mayor criminalización de conductas, se orientan a la protección de bienes jurídicos

universales, supraindividuales, indeterminados o de contenido difuso, por lo cual resulta difícil identificar la afectación o el efecto lesivo a una persona o personas concretas, de esta forma, el derecho penal asume la protección de funciones de seguridad, de mantenimiento de estándares y roles sociales.

La diferenciación entre bienes individuales y supraindividuales no es, a pesar de lo que pudiera parecer a primera vista, tarea sencilla. Generalmente la adjudicación a uno u otro grupo se ha realizado en función del rasgo de la titularidad; cuando los bienes son de titularidad de la persona (normalmente física, a veces también jurídica), entonces serían individuales, mientras que serían supraindividuales o colectivos si la titularidad de los bienes es de la sociedad o comunidad o si no pueden ser atribuidos a la persona individual. Según diferentes autores, son bienes de este tipo aquellos que pertenecen al Estado u otros entes públicos, a la comunidad o también para algunos a (los miembros de) un grupo o sector.

Otros autores como el alemán Hefendehl, el español Santana Vega, Soto Navarro entre otros, parten de un criterio diferente basado en los intereses a los que sirven, con independencia de su titularidad: así, si sirven a los intereses de una persona, se trataría de bienes individuales, mientras que si sirven a intereses no circunscritos a personas determinadas (como, por ejemplo, intereses de la comunidad o intereses sectoriales), se trataría de bienes supraindividuales.

Este tipo de bienes jurídicos genera intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, para la Sala Constitucional no pueden ser en nuestra ley los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto.

Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos –por ser comunes a una generalidad– e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter (Sala Constitucional, voto 503-94, 1994).

No obstante, un sector de la doctrina considera que, en este tipo de delitos, se produce un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, en la medida en que no hay víctima visible; no se requiere daño visible; no hay ni se requiere una relación de causalidad entre acción y resultado, y la punibilidad depende de la comprobación de la acción considerada peligrosa.

El contenido de estos bienes jurídicos es tan abstracto que imposibilitan la crítica a tipos penales demasiado amplios, o impiden determinar cuándo se presenta una afectación real de intereses concretos de las personas. De esta forma, para algunos autores, el principio de lesividad y el recurso al bien jurídico, previstos como garantías, como filtros para limitar la intervención punitiva del legislador, se emplean ahora para plantear una máxima intervención del derecho penal.

Sin embargo, hay que tener claro que aun cuando las relaciones e instituciones sociales, son hoy más complejas, los bienes jurídicos universales, así como los intereses del Estado, tienen fundamento en la medida en que se correspondan con los intereses de los individuos. No se trata entonces de desconocer o rechazar la tutela de bienes jurídicos generales, supraindividuales o estatales, pero sí condicionar esa tutela al hecho de que la protección de esos bienes posibilite la protección y servicio de intereses de la persona humana.

Hay quienes consideran que para tener una definición de bien jurídico mínimamente sólida, el primer paso es el de diferenciar terminológicamente lo protegido y lo protegible, y que, sin tal diferenciación léxica nos arriesgamos a un diálogo dogmático o político empobrecido.

El argumento semántico no exige excesiva explicación. El vocablo “bien” hace referencia al objeto de una valoración positiva y el adjetivo “jurídico” que le acompaña alude al sujeto y a la forma de dicho juicio. De ahí que cuando hablamos de un objeto que podría ser protegido penalmente no sea adecuado denominarlo “bien jurídico”, porque en realidad es a lo sumo, valga la expresión, un “bien juridable” (Walter de Gruyter, 1991, p. 35).

Jakobs afirma que un bien es un estado de cosas positivamente valorado; se entiende aquí estado de cosas en sentido amplio, de modo que no sólo comprende objetos corpóreos y otros sino también situaciones y desarrollos; continúa diciendo que un bien se convierte en bien jurídico a través del disfrute de una protección jurídica. En sentido similar se encuentra Polaino Navarrete.

Existe una íntima conexión del significado de la expresión “bien jurídico” con el Derecho positivo, que se constata tanto en su utilización espontánea en un sentido formal como en las

dificultades semánticas que ha de superar un contenido material de corte político criminal para revestirse de la citada locución.

En contra del entendimiento común de las palabras, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico- se protege algo que no debería ser protegido- y que existirán bienes jurídicos que ostentan entre sus características la de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho algo que debería ser protegido no se protege.

Sucedará también que existirán delitos sin bien jurídico incluso en el caso de que la norma de valoración se refiera inequívocamente a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no deseadas. Quedaría así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico (S. Nino, 1991, p. 56). Como puede observarse la definición material de bien jurídico genera una problemática lingüística nada despreciable e incita a la confusión acerca de la condición jurídica de un objeto del que la misma se desea.

La definición de bien jurídico, desde un concepto personal impone una limitación mayor a la potestad punitiva estatal en la medida en que se parte de una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre. El concepto personal de bien jurídico se pronuncia, de manera expresa, a favor del individuo, en aquellas situaciones en donde existe una tensión entre este individuo, su libertad y los intereses de la sociedad y de seguridad del Estado.

Implica entonces el reforzamiento de la tesis de considerar como prioritarios, los intereses de las personas concretas, en la medida en que la función última del derecho penal no es la seguridad general, ni la disminución social del daño, sino la imputación de un hecho punible a una persona, y con ello, la individualización de un problema que siempre es social. A esta conceptualización deben agregarse otros principios de igual relevancia, ya mencionados y que se tratarán en el capítulo siguiente, que también son limitadores de la potestad punitiva, tales como: el principio de lesividad, de subsidiariedad, así como los principios de tolerancia, humanidad y protección de la dignidad del ser humano.

El bien jurídico tutelado no siempre se extrae del tipo penal, sino que es necesario acudir a la norma constitucional, como marco de acción, así como a las normas del derecho internacional relacionadas con la tutela de derechos humanos.

El bien jurídico cumple una función, la político-criminal, que significa que sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos. Un Derecho penal garantista es aquel que ofrece límites y barreras a un uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al ius poenale. El bien jurídico ofrece un límite en cuanto no es posible crear legislativamente delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atentan contra intereses políticos, ideologías, entre otras, y no contra realidades valoradas socialmente.

En conclusión, el concepto de bien jurídico útil y aplicable, en una concepción garantista del derecho penal, debe entenderse como un dato vinculado con la realidad, con el estudio de los procesos de criminalización y de funcionamiento del sistema de justicia penal. Además, debe ser analizado a la luz de herramientas de realidad que le dan sentido al uso del bien jurídico, tales como: el principio de proporcionalidad, lesividad, de intervención subsidiaria y de última ratio del derecho penal, y los criterios que inciden en la fijación de la pena. Si el derecho penal es la rama del Derecho más adecuada para proteger los bienes jurídicos, debe esta identificarlos y tener una visión clara de que es lo que va a proteger.

Conflicto en torno al bien jurídico a proteger.

Como se puede apreciar del tema desarrollado líneas atrás sobre el concepto del bien jurídico, este se vuelve aún más polémico cuando se relaciona con la protección a los animales. Así las cosas, no sólo nos encontramos con juristas que critican la idea de que el encargado de sancionar estos actos de maltrato sea el Derecho Penal, sino que dentro de aquellos otros que sí se muestran favorables a esta idea, divergen enormemente en cual ha de ser el bien jurídico a proteger por parte del legislador.

El maltrato animal no es tema de la actualidad, no han sido pocos los sujetos que indeseablemente han llevado a cabo un maltrato constante sobre el propio animal, ya sea físico o psíquico, llegando incluso, en numerosos casos, a provocar la muerte del animal. Fuentes oficiales –SENASA– sobre denuncias al maltrato de animales de compañía señala que el rango de denuncias por año va de 2500 a 4000 periodo comprendido entre el año 2013 al 2016; en España se abandonan al menos 150.000 animales al año y más de 135.000 sufren algún tipo de maltrato; en Argentina,

según la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental en el año 2016 recibió 802 y en el 2017 recibió 1.222, para el 2019 las cifras aumentaron en un 57% en comparación al año anterior.

A esto se suman las actividades que se realizan con animales que no son denunciadas, si bien es cierto que históricamente estas tradiciones han sido aprobadas, en los últimos años ha ido adquiriendo una mayor representación el idealismo animalista mediante el que se aboga por un reconocimiento de los derechos de los animales y consecuentemente por la abolición de las mencionadas costumbres.

A consecuencia de ello y a consecuencia de las nuevas demandas sociales que han surgido fruto de la sensibilización en este tema, hoy en día encontramos que se han hecho particularmente mediáticos determinados asuntos judiciales en los que el protagonista del maltrato ha sido el propio dueño del animal. Cabe destacar el reciente caso del perro “Campeón”, al cual se le permitió la presencia a la sala del Tribunal de Atenas compareciendo como víctima de abusos contra su ex dueño quien también –se supone- es el autor del maltrato.

Según el informe, el animal permaneció atado a una correa (cordón) que le cortaba la carne del cuello, al final el juez que llevo a cabo el juicio desestimó los cargos al no poder determinar quién fue la persona que ató al animal. La abogada Aguilar de la fundación animalista que presentó la denuncia, dijo estar satisfecha pese a que la sentencia no fue lo que esperaban. Por este caso, los activistas también solicitaban una indemnización de un monto cercano al millón de colones, por los gastos en que incurrieron para curar las heridas del perro y mantenerlo durante los últimos meses. Sin embargo, esa solicitud también se declaró sin lugar.

Pese a que ya existía una ley que protegía el Bienestar de los Animales, la Ley No. 7451 de 1994, en el 2012 se presenta ante la Asamblea Legislativa, un proyecto de Ley que reforma no solo la ley de Bienestar de los Animales sino también el Código Penal, Ley No. 4563 de 1970, el cual se llevó a cabo bajo el expediente No. 18.625, reforma de iniciativa popular que busca sancionar y penalizar el maltrato animal.

Sin embargo, pareciera ser que la decisión legislativa se muestra dispar y discordante. En esta línea, pese a que la mayoría de la doctrina coincide en que las sanciones en esta materia son necesarias para frenar estos actos, no son pocos los que han llevado a cabo una feroz crítica contra el hecho de que la regulación de esta materia sea asumida por el Código Penal, en tanto, como bien

es sabido, los principios que configuran este derecho son el de intervención mínima y ultima ratio. Siendo así, podría objetarse que este tipo de maltrato debe ser sancionado a través del derecho administrativo, por cuanto, fundamentalmente, el bien jurídico que se pretende proteger no es susceptible de incluirse en el Código Penal.

Distintos autores internacionales de renombre han planteado sus hipótesis con respecto a este tema, en este punto de la investigación, se tratará de realizar un pequeño análisis en torno a las distintas corrientes planteadas por parte de la doctrina a la hora de determinar el bien jurídico a proteger a través de la tipificación de este delito, así como a las críticas que dichos planteamientos han generado por parte de sectores doctrinales contrarios a las mismas.

Es necesario profundizar a qué es el principal foco de conflicto en lo que al delito de maltrato animal se refiere. Y es que, si bien las reformas legislativas del Código Penal han favorecido a unos u otros sectores o han servido para crear nuevas teorías acerca del bien jurídico a proteger a través de este tipo delictivo, estas no han sido suficientes para que al día de hoy exista una unanimidad en este punto.

Por un lado, encontramos un sector doctrinal que aboga por una “destipificación”, desde el punto de vista penal, del delito de maltrato animal, puesto que sus defensores consideran, que, en virtud de los principios configuradores del Ius puniendi del Estado, así como otras, no existe bien jurídico alguno a proteger a través del mismo, por lo que este pierde su razón de ser.

Por otro lado, encontramos con un sector totalmente opuesto a este, que considera que el Derecho Penal es el instrumento adecuado para sancionar este tipo de conductas y que el Derecho Administrativo ha fracasado en su tarea en este sentido. Sin embargo, pese a que existe una absoluta unanimidad en este sentido, también existe una profunda divergencia a la hora de determinar con exactitud cuál es el bien jurídico a proteger.

Entre las corrientes más destacadas sobre cuál es el bien jurídico protegido en el propio delito contra el maltrato animal, se encuentran:

- i. Obligaciones de carácter moral: El autor García Rivas, en su libro titulado “La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea”, lejos de definir un bien jurídico al uso en este ámbito, considera que el legislador pretende proteger la idea ética y moral existente entre las relaciones de los animales y los

hombres, teniendo especial consideración en la dependencia que sufren los primeros respecto de los segundos (García Rivas. 2009, p. 360).

Una parte de las concepciones morales sobre la relación del ser humano con animales se enmarca, de una u otra forma, desde la perspectiva deontológica. Uno de los primeros autores en desarrollar argumentos relacionados con cierta consideración moral hacia los animales desde una perspectiva fundamentada en deberes es Immanuel Kant. En “La Metafísica de las Costumbres”, Kant distingue deberes del hombre hacia sí mismo y los demás, e incluso deberes hacia seres infrahumanos –plantas, animales– y sobrehumanos –los ángeles, Dios– (Kant, 1993: 272).

Así, entre los deberes del hombre hacia sí mismo se encuentran deberes indirectos, como es el caso de tratar adecuadamente a los animales, pues, un ser humano con disposición a maltratar a los seres irracionales seguramente desarrolla tendencias a ejercer violencia contra un semejante. De igual manera, sostiene la posibilidad de pensar un deber indirecto de proteger y cuidar las plantas, en tanto esto promueve una especial sensibilidad para lo moral.

- ii. Los intereses generales: otra corriente que merece ser objeto de investigación es aquella que defiende la idea de que el bien jurídico que pretende proteger el delito de maltrato animal son “Los intereses generales”. según Requejo Conde, esta postura era defendida “De diferentes formas, unas veces ha sido entendido como medio, portador y productor de valores culturales, otras veces como el derecho de los demás hombres a que se protejan sus sentimientos de no ver sufrir al animal”, como el interés en el “mantenimiento de la paz de los ciudadanos”, como función social que vendría a cumplir la norma de prohibición del maltrato animal; o por último como “seguridad ciudadana” (Conde, 2010, p. 32). En cualquier caso, a través de este planteamiento, parece destacarse que no se va a proteger a los animales en función de los que son, sino en función de los intereses sociales; no se individualiza al animal, sino que habría de atenderse como un delito contra la especie animal en su conjunto.
- iii. Las obligaciones de carácter bioético y el medio ambiente: en tercer lugar, esta corriente tiende a considerar como bien jurídico a proteger “La protección de aquel conjunto de obligaciones de carácter bioético que tiene el hombre para con los animales”.

Autores como García Solé, siguiendo en la misma línea, considera que este tipo de delitos emanan de la relación existente entre la especie humana y la naturaleza, debiendo los primeros encargarse del “Resguardo de valores espirituales, cénicos elementos, propios de la naturaleza humana que son los distintivos de la especie”; continúa citando que, “El maltrato animal vulnera un interés básico que consiste en el respeto de las obligaciones biológicas-bioéticas-que tiene el hombre con los animales y ello incluye el respeto medio-ambiental del que derivan las obligaciones aludidas” basando su teoría en torno a la constatación biológica y veterinaria del sufrimiento animal (Revista de Bioética y Derecho, 2010, p. 6).

Esta postulación al igual que las dos anteriores, ha perdido numerosos adeptos y ha sumado numerosas objeciones. Y es que, según las mismas, esta teoría emana de la consideración de los sentimientos de los hombres como piedra angular del delito de maltrato animal, por la cual se establece el delito de maltrato como una infracción del deber, y es de esa infracción de donde nacen los deberes bioéticos mencionados.

- iv. Una cuarta corriente, va dirigida a la integridad psíquica o física del animal como ser vivo: Dicha postura es aquella que considera que a través del delito de maltrato animal el legislador está llevando a cabo una protección de la vida e integridad de los animales, es decir, supondría un reconocimiento de los derechos a la vida e integridad de los animales, o, incluso, a su bienestar.

El escritor español Muñoz Lorente, realiza una matización al respecto, en tanto que, en la tipificación del Código Penal de ese país, no se prevé nada respecto al maltrato psíquico o psicológico. Por ende, no cabría afirmar que tal precepto pretenda proteger ese tipo de maltrato. Sin embargo, existen otras figuras que se encuentran favorables a esta consideración y que abogan por un reconocimiento de derechos subjetivos a los animales, pese a la no capacidad de estos seres de ejercerlos.

A nivel nacional, si bien es cierto, nuestro texto constitucional no tiene una normativa expresa que tutele el bienestar animal, como la tienen los países de Alemania y Suiza, en su desarrollo jurisprudencial, la Sala Constitucional ha determinado que la prohibición del maltrato animal, tiene asidero constitucional en el ordenamiento costarricense, derivado de los artículos 28 y 50 de la Constitución Política ubicados en el título IV y V; Derechos y Garantías Individuales y Derechos y Garantías Sociales respectivamente.

Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

Sin embargo, como se mencionó líneas atrás, la referencia al medio ambiente corresponde a un tema indirecto para el tema de derechos de los animales, que en realidad no debe ser utilizado propiamente para su protección ya que su perspectiva es meramente antropocéntrica. Entonces, ¿tiene la Sala Constitucional discrepancia en este punto? Lo que sucede es que en el voto 0697-95, el accionante es propietario de una porqueriza ante lo cual el Ministerio de Salud dicta una orden sanitaria en su contra, por lo que el accionante alega que la misma atenta contra los artículos 33, 35, 45, 46, 50 y 56 de la Constitución Política.

A lo que la Sala contesta es que, si bien se debe respetar el derecho de los individuos al trabajo y a la empresa privada, también lo es que debe velar por el bienestar de la comunidad. Cualquier persona puede dedicarse a la cría de animales como negocio, siempre y cuando no amenace con ello la salud o la seguridad de las personas, y que, el fin que persigue es proteger la salud de las personas.

La Sala ha determinado que los seres humanos no sólo tenemos un deber moral de actuación con respecto a las demás personas, sino también en relación con el entorno natural que

nos rodea. En ese sentido, se ha considerado que el maltrato a los animales vulnera la moral, las buenas costumbres y el orden público, y que además forma parte del derecho a un ambiente sano y equilibrado.

“la superioridad racional –moral- del hombre no puede significar la ausencia de límites para causar sufrimiento, dolor o angustia a seres sintientes no humanos” “En este contexto, precisamente, el maltrato a los animales constituye un acto contrario a la dignidad toda vez que el ejercicio de esta última comporta un deber moral de actuación tanto con respecto a los demás seres humanos como en relación con el entorno natural que lo rodea. De ahí que se coliga con facilidad que el maltrato a los animales vulnera la moral, las buenas costumbres y el orden público, por lo que su prohibición y prevención deviene un asunto de relevancia constitucional” (sentencia 2012-04620).

Esta línea jurisprudencial sostenida por el Tribunal es conteste con la de otros Tribunales Constitucionales, como el de Colombia, que ha hecho un amplio desarrollo del fundamento constitucional a la prohibición al maltrato animal, entre otras, en sus sentencias C-666-10, C-083-14 y C-095-16. La Corte Constitucional Colombiana señala que la noción del bienestar animal comporta un límite y una obligación de los seres humanos de actuar con respeto a los animales por tratarse de seres sintientes que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de las personas. Ese Tribunal consideró que la protección a los animales se concreta a partir de dos perspectivas:

“(...) la de fauna protegida en virtud del mantenimiento de la biodiversidad y el equilibrio natural de las especies; y la de fauna a la cual se debe proteger del padecimiento, maltrato y crueldad sin justificación legítima, protección esta última que refleja un contenido de moral política y conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes” (sentencia C-095-16 Tribunal Constitucional).

Pareciera ser que el conflicto entorno al bien jurídico que pretende ser protegido mediante la Ley de Bienestar Animal, no está definido aún, siendo que puede ser el mismo bienestar del animal, la dignidad del animal como ser vivo que debe prevalecer cuando no hay un beneficio legítimo en su menoscabo que justifique su sufrimiento o bien el derecho que tiene el ser humano a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a lo cual el Estado debe prestar resguardo cuando este se ve amenazado o sufre un menoscabo.

En síntesis, parece ser que, desde un punto de vista interpretativo de la ley, existe un mandato en el ámbito constitucional y legal para regular la protección animal. Por esa razón, dentro de ese pensamiento, el legislador en ejercicio de su potestad normativa, está habilitado para prohibir ya sea por medio de sanciones administrativas o penales determinadas conductas y que impliquen maltrato animal; eso sí, cuando recurre a tales instrumentos jurídicos como el Derecho penal, debe hacerlo dentro de los límites que en una democracia se establecen para la potestad punitiva del estado, respetando, entre otros, los principios de legalidad, lesividad, tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad; siempre y cuando no haya otra rama del derecho menos invasiva para regular tal situación.

INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

Definición del Derecho Penal

Con "derecho penal" suele designarse indistintamente a la legislación penal y a la ciencia que la interpreta, sea alternativa o acumulativamente. La definición de Derecho Penal no es tema fácil, así como ocurre con la definición de Bien Jurídico, en la del Derecho Penal existen variedad de corrientes que han ido variando a lo largo del tiempo, dadas las condiciones que se vivían en cada época y la forma de impartir justicia, por ello es importante observar la evolución que este ha tenido.

Características del Derecho Penal en las Edades Media y Moderna

El derecho penal en estas épocas estaba caracterizado por el absolutismo y la arbitrariedad en la función judicial; la desigualdad de las personas ante la ley, la cual se aplicaba con mayor rigor a las clases desvalidas; el carácter expiatorio de la pena; el abuso de la tortura y de la pena de muerte; la imprecisa definición de los delitos y amplios poderes de los jueces para determinar lo ilícito y para hacer interpretaciones analógicas de las leyes existentes.

Estos eran los rasgos fundamentales del derecho penal de la Edad Media y de la Moderna, hasta la Revolución Francesa, así definidos por Meza Velásquez. El jurista Beccaria, luchó precisamente contra este sistema. A continuación, se hará referencia al uso y abuso de la tortura y

pena de muerte y a la arbitrariedad de la función judicial en ese entonces. Como primer punto, está el abuso de la pena de muerte y la tortura: Se abusaba de ella no solo por la frecuencia, sino también por la forma como se la practicaba.

El sistema penal de la época se fundamentaba sobre todo en el criterio de la intimidación, ya que la pena era medio de escarmiento como puede leerse en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio: " Pena es emienda de pecho ó escarmiento que es dado segunt ley á algunos por los yerros que ficieron. Et dan esta pena los judgadores á los homes por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que ficieron: lo otra es porque todos los que lo vieren ot lo oyeren, tomen ende enxemplo et apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de pena" (Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. 1843, p. 700).

A pesar de existir la pena de muerte, se aplicaban sanciones por encima de esta, siendo la pena de muerte la pena máxima. Las sanciones por encima de la pena de muerte lo que significa es que como la pena de muerte no siempre apartaba a los hombres de cometer delitos, se vio necesario ejecutarla no de forma sencilla y llanamente, sino en determinadas formas, ya no se trataba de matar sino de matar de cierta manera, haciendo sufrir, ideando métodos de tormento que hicieran padecer a la víctima, pero permaneciendo aún viva y sintiendo. Años más tarde se instauró la guillotina, ello constituiría precisamente un triunfo en la medida en que no estaba precedida de tormento físico.

Segundo punto, el absolutismo y la arbitrariedad en la función penal: se daba por dos causas, la concepción absolutista del poder político, que traía como consecuencia una concepción absolutista de la función penal y la irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos.

En cuanto a la primera, la cual tenía como característica la de no ser controlada por ley previa al acto, de ahí la arbitrariedad en la determinación de la infracción, y de ejercerse a voluntad del rey. Al respecto René Üarraud, destaca que al no existir ley previa al hecho imputado se acudía a la costumbre, generalmente no escrita, la que determinaba las reglas del derecho penal. Solo en relación con algunos delitos particularmente temidos, como en un tiempo el hurto, existían ordenanzas reales que regulaban la punición, pero en todo caso se trataba de una legislación fragmentaria.

En realidad, para la determinación de lo que era delito se acudía a la jurisprudencia, que a su vez acudió al derecho romano al que se consideró como "la razón escrita". La pena era considerada como una venganza expiatoria que pertenecía al rey y que se ejercía con el fin de intimidar, con fin de escarmiento. Así, se lee en un escrito del siglo xviii: "La venganza está prohibida a los hombres y solo el Rey la puede ejercer, "La venganza está prohibida a los hombres y solo el Rey la puede ejercer por medio de sus oficiales, en virtud del poder que le viene de Dios" (Üarraud. 1913, pp. 137-138).

La segunda causa, irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos: la irracionalidad tenía que ver con la institución llamada "Los juicios de Dios", durante mucho tiempo en la Edad Media rigió esta institución, consistente en ciertos actos ejecutados como pruebas dentro de un proceso, mediante los cuales se pretendía consultar la voluntad divina, eran un medio para indagar la verdad en los procedimientos judiciales, y se explica hoy en día, como lo enseña Ladislao Thot, como "fruto de la superstición y de una falsa interpretación de las ideas teocráticas" (Ladislao Thot, 1940, p. 151).

La arbitrariedad de los procedimientos se daba por la aplicación del procedimiento inquisitorial. Lo que lo caracteriza son el secreto, con lo que se iniciaban las investigaciones y el testigo prometía no decir nada de lo que se le preguntaba; utilización del tormento, era para obtener confesiones con facilidad; coacción sobre el reo; presunción de culpabilidad; enjuiciamiento de menores, se fijó la edad de 14 años para los varones y 12 para las mujeres como límite para procesar y torturar.

Dado el panorama anterior de arbitrariedad y oscurantismo, Beccaria se encontraba en un ambiente difícil al concebir al Derecho penal de distinta forma, critica la sanción de muerte y los tormentos infligidos a los acusados. Entre los temas tratados por este autor y más relevantes se encuentran: a) fundamento del derecho de sancionar; b) Principio de legalidad del delito y de la pena; c) rechazo de la interpretación por parte del juez; d) prevención y no retribución como finalidad de las penas; e) rechazo de la pena de muerte; f) principio de la separación de poderes; g) rechazo de la tortura como instrumento para averiguar la verdad en el proceso.

Es así como Beccaria constituye un pilar para el Derecho Penal contemporáneo porque sustenta las principales ideas del liberalismo penal que, posteriormente al siglo XVIII, se manifiestan en el pensamiento penal occidental. Beccaria constituye uno de los abanderados que

desde la filosofía y el Derecho penal desmontan el sistema inquisitivo de enjuiciar, propio del Derecho canónico de la época, para un sistema que incorporara mayores garantías para el procesado.

El concepto formal de Derecho Penal: Von Liszt propuso una definición de derecho penal que ha servido de base a la mayor parte de las formuladas con posterioridad: "Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" (Von List. 1916, p. 5), el concepto parece estrecho, no da cabida a las medidas de seguridad que han ido ingresando en la mayor parte de los sistemas penales. Por tal razón se suele añadir a la definición de Von list las medidas de seguridad quedando como definición: Derecho Penal, es el conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto asocian penas y (o) medidas de seguridad como consecuencia jurídica.

La titulación de "Derecho Penal" conlleva varios supuestos, entre ellos, la validez de la designación de "Derecho Penal" ya que su concepto podría ser estrecho y no abarcar las medidas de seguridad. En la tradición española, alemana e italiana, la expresión "derecho penal", juega en esta decisión un importante papel. Pero suele argumentarse acudiendo a otros puntos de vista. El de mayor peso es posiblemente el de que la pena sigue siendo la integrante esencial del derecho penal común. En él las medidas de seguridad no ocupan ni en la legislación ni en la ciencia, como tampoco en la práctica, más que un lugar secundario.

Autores como Mezger, dicen que "el Derecho penal ha desbordado el marco de su designación literal" (Mezger, 1975, p. 4). Pareciera que lo que este autor aconseja, es sustituir la fórmula de "Derecho penal" por otra como "Derecho Crimina"; sin embargo, la doctrina suele considerar preferiblemente mantener la terminología de Derecho Penal.

En defensa de la intitulación del Derecho Penal, se alegan otros argumentos, pero su validez puede ser discutida o depende del contenido que se atribuya al derecho penal; al respecto Maurach piensa que "dicha intitulación es preferible por razones político-criminales, como lo muestra su origen histórico: En Alemania la expresión "Strafrecht" (derecho penal) aparece por primera vez a mediados del siglo XVIII y se impone a principios del siglo XIX, sustituyendo al de "Kriminalrecht" (derecho criminal), como fruto del giro hacia el moderno derecho penal basado en el principio de legalidad:

No se haría justicia al papel que ha desempeñado el derecho punitivo en el desarrollo de la historia de las ideas, si se contemplara tan sólo desde el punto de vista lingüístico el devenir de este concepto. El cambio de 'derecho criminal' a 'derecho penal' a principios del siglo XIX, no se produce ni por pura casualidad histórica ni por simples pretensiones de fuerza conceptual. Esta modificación, que a primera vista representa un simple cambio de acento, encierra uno de los cambios valorativos más trascendentales para el derecho penal de la época posterior. En las palabras 'delito' (y, en consecuencia, en la de 'derecho criminal', se da algo prejurídico penal, en tanto suena a injusto y a culpabilidad antes de la ley positiva. El término derecho penal alude a la ley, por cuyo solo mandato, con derogación de derecho consuetudinario, omnipotencia judicial y arbitrio del gobierno, se convertirá una determinada conducta desvalorada en delito punible, sometido al poder punitivo del Estado.

Para Maurach, pues, los términos “derecho penal” aluden a la necesidad de que toda pena se halle prevista por la ley, a diferencia de la expresión “derecho criminal”, que remite a un concepto pre-jurídico -previo a la ley- de “crimen”. Tal punto de vista no es convincente ya que no es exacto ni que la expresión derecho penal aparezca sólo con las ideas de la Ilustración, ni que la aparición del principio *nulla poena sine lege* fuera acompañada del abandono del título derecho criminal.

Devesa sugiere otro argumento, para este autor, “el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad es siempre la naturaleza de delito (en sentido amplio) del hecho que las motiva, y sólo son delitos los hechos penados por la ley. Es decir: incluso para la aplicación de medidas de seguridad es precisa la presencia de una pena, por lo que el derecho penal no dejará tampoco entonces de tener carácter penal” (Rodríguez Devesa, 1995, p. 13).

En consecuencia, se puede decir que, desde un punto de vista formal, se define al Derecho penal como una parte del ordenamiento jurídico que está constituida por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, unas penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.

Derecho Penal en sentido subjetivo: el derecho penal subjetivo, también conocido como *ius puniendi* o potestad punitiva, contiene el carácter punitivo del Estado, se define como las facultades

que el derecho le da a alguien para que ese alguien pueda castigar o imponer sanciones a aquellos individuos que no cumplan con las conductas que se exigen en la norma.

En este se incluye la teoría de la pena, establece los parámetros de la punibilidad, beneficios en materia de ejecución de la pena, facultades del juez a la hora de imponer una pena. A partir de la división de poderes, el *ius puniendi*, lo ejerce el Poder Legislativo cuando crea el Derecho Penal objetivo, pero, también lo ejerce la jurisdicción (Poder Judicial) cuando juzga, por último, lo ejerce el Poder Judicial cuando se ejecuta la pena.

El concepto material de Derecho Penal: dentro del aspecto material se encuentran la esencia de la norma jurídico-penal y la función del derecho penal; la denominación derecho material hace referencia a las fuerzas sociales con potestad para crear la norma jurídica en una sociedad determinada, sea cual fuere su organización política.

El *ius poenale*, es el objeto que individualiza al Derecho Penal, entonces, donde sea que aparezca una norma jurídico-penal, allí habrá Derecho Penal. Esa norma contiene dos elementos, por un lado, contiene un supuesto de hecho y por otro, una consecuencia jurídica en forma de pena.

El grupo de leyes penales, generalmente aparecen en los Códigos Penales y en las leyes, incluyendo una parte sustantiva que es general otra especial. El *ius poenale*, es la materialización del *ius puniendi* en lo que a la labor legislativa corresponde. En consecuencia, donde sea que aparezca una consecuencia jurídica en forma de pena, es materia penal. En el supuesto de hecho el legislador no prohíbe conductas, las describe.

Concepciones del Derecho Penal moderno

El derecho penal en el sentido moderno no corresponde solo el estudio de las normas jurídico-penales, mediante el cual se quiere conocer el delito y como este se exterioriza realmente en la convivencia humana, tratando de percibir la legalidad de este suceso particular.

Se entiende por Derecho Penal, al “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor. Conforme a la previa advertencia formulada, también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes” (Zaffaroni, 1998, p. 24).

El texto anterior menciona que la coerción penal es una coerción jurídica particularmente grave. Esta gravedad no se evidencia en que la pena pueda ser siempre más grave que una sanción de carácter no penal, sino en que las otras sanciones tienen por fin inmediato una reparación del perjuicio sufrido, sea por un particular, sea por la administración pública; en lugar, la pena excede este marco reparador, porque persigue directa e inmediatamente impedir la comisión de nuevas violaciones.

Al hablar de coerción jurídico-penal y no de pena, es porque "el derecho penal puede ser entendido en sentido estricto y en sentido amplio. El sentido estricto del derecho penal es el que coincide con el de lo materialmente penal para prevenir la comisión de nuevos delitos. En lo "materialmente penal", esto es, en el derecho penal estricto sensu, éste opera con la pena como única vía de coerción penal.

En lo "formalmente" penal, el juez dispone también de las medidas administrativas que le autoriza el inciso 1° del artículo 34 del código penal, esto es, la posibilidad de reclusión manicomial o en establecimiento especial. Estas medidas se incluyen en el código penal porque así lo exige la seguridad jurídica, es decir, a efectos de rodear de amplias garantías su aplicación, por las consecuencias que ésta puede tener, tanto para el sujeto como para terceros, pero no son manifestación de coerción penal ni tienen el carácter de "sanciones" (Zaffaroni. 1998, p. 25).

El artículo anterior corresponde al Código Penal de la nación de Argentina, lo que a nivel nacional correspondería a lo que se conoce como inimputabilidad, regulada en el artículo No. 42 del Código penal, en el cual el sujeto en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.

Cabe aclarar que actualmente tiende a considerarse que también las "medidas" integran la coerción penal. Así, Baumann dice que el derecho penal es "la suma de las normas jurídicas que, para un determinado hecho ordenan una determinada pena o medida"

Recientemente se sugiere una preferencia por la denominación "derecho criminal", por parte de algunos teóricos, por considerar que la de "derecho penal" es estrecha, pues pasaría por alto las medidas distintas de las penas. El presente apartado, se apegará al uso generalizado, pues,

aun considerando que las medidas de seguridad, educación y mejoramiento tengan naturaleza penal, debe seguirse reconociendo que la principal manifestación de la coerción penal es la pena, que también en sentido estricto es la única.

Con esto no se pretenden negar las generosas tesis que propugna Beristain, cuando postula la denominación de “derecho criminal” o “derechos de la criminalidad”, en procura de una apertura mucho más respetuosa de la persona humana. Simplemente, se cree que, tal como Beristain afirma, “no puede olvidarse que es derecho, y en tanto que "criminal" carga el acento sobre la transgresión, nos hace olvidar que su consecuencia, llámesela como se la llame, siempre tiene un contenido penoso, que, si el jurista pierde de vista, le puede llevar a cualquier error.” (Beristain, 1971, p. 76). Lo penal refuerza el respeto a la persona, porque nos advierte siempre acerca del dolor de la consecuencia -jurídica y social- del delito.

Características del Derecho Penal

Público: el Derecho Penales de carácter público, es decir, solo el Estado puede crear el delito y solo el Estado puede juzgar, también es el Estado el que ejecuta la pena. Algunos autores dicen que el Derecho Penal tiene un contenido social y esto puede ser cierto ya que se le define como un ordenamiento o conjunto de normas de carácter social, pero esta no le quita su carácter público, en el sentido de que solo una ley formal puede crear delitos. Así establecido en el artículo 21 inciso 1 de la Constitución Política que reza:

“Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica...” Es decir, que sea lícito y concreto, si hay un error en la promulgación de la ley, estas no se podrían publicar; los particulares no están facultados para pactar ni ejecutar leyes.

Finalista: el fin del Derecho Penal, es la búsqueda de “la paz social”, es la característica más romántica que tiene el Derecho Penal, John y una de sus obras más importantes la del Contrato Social, plantea límites dentro de la convivencia humana y la necesidad de resguardar esos límites;

el planteamiento tiene un componente de libertad, es decir, los límites están acompañados del libre albedrío.

Ejemplo, en el evento social llamado delito, lo que sucede es que A invade parte de la libertad de B o viceversa y entonces en ese supuesto, el Derecho Penal pretende conservar o mantener ese contrato social en virtud de que nadie debe invadir la libertad ajena.

Normativo: Cuando se habla del carácter normativo, se está hablando de juicio de valor, el Derecho Penal se construye sobre una plataforma de juicios de valor, es decir, hay una construcción a partir de la cultura normativa dominante (como ocurre en el error de prohibición culturalmente condicionado) y esa cultura dominante establece el bien y el mal o que debe ser bueno o malo a partir de esa comunicación que llamamos cultura y obviamente el contenido va a buscar ideales de justicia.

Sancionador: el Derecho Penal es ciertamente una forma de violencia estatal, o sea, el Estado contra los administrados a partir de una infracción cometida por el administrado, pero esta es una violencia formalizada, lo que se conoce como un control primario coercitivo, entonces el Estado aplaca al ciudadano mediante la reducción de sus derechos, reducción que es lícita y es la única rama del Derecho que puede utilizar este mecanismo; el de la sanción. La sanción, individualiza o caracteriza al Derecho Penal por encima de casi todas las ramas del Derecho con pocas excepciones como lo es el apremio en materia de Familia.

Autónomo: significa que el Derecho penal no requiere de las otras ramas del Derecho para constituirse, sino que se vale de sí mismo para crear delitos y no ocupa de las otras ramas (similar ocurre con la ley penal en blanco). Este carácter autónomo se limita a la creación de la norma jurídico-penal, porque ciertamente el Derecho Penal requiere, o se vale, o se deja ayudar de una serie de ciencias y/o disciplinas que le ayudan en su funcionamiento práctico, ya sea para inspirar al legislador o inclusive para dilucidar el fenómeno llamado "Delito". hay una serie de ciencias que se conocen como Ciencias Penales que ayudan al Derecho Penal a funcionar.

Garantista: el carácter garantista del Derecho Penal, es una reivindicación del pensamiento iluminado y según esa característica lejos de ser un instrumento para castigar, el Derecho Penal es más bien un freno a la facultad punitiva del Estado, autores como Ferrajoli dicen que a partir del Principio de Legalidad se frena al Estado y así hay una autocontención encontrada del abuso pues

el Estado no podría perseguir ni sancionar ninguna conducta que no esté dentro del marco del Derecho Penal, es decir, el conjunto de leyes, de normas jurídico-penales es el catálogo límite de acción punitiva, lo que no está allí no se puede percibir.

Antes por ejemplo en el siglo XVIII, existían una serie de influencias y de aparatos de poder abusivos y al no existir esta contención llamada Derecho Penal, el Estado o la iglesia eran prácticamente soberanos para juzgar y condenar por cualquier cosa, acción o evento. Pero a partir del Principio de Legalidad se establece ese freno, esa distinción entre pecado y delito que era fundamental para evitar los abusos estatales.

Principios que rigen el Derecho Penal.

En el siguiente apartado se hará mención a algunos de los principios del Derecho Penal relevantes para el tema de análisis que nos ocupa. Los principios limitadores del Derecho penal son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del Derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de Derecho.

El *ius puniendi* o poder punitivo, es la facultad del Estado de establecer delitos y sanciones, así como la potestad de imponer estas sanciones a los gobernados. La naturaleza de los principios del Derecho Penal es política y jurídica, ya que proviene de razonamientos de los juristas que han plasmado en la legislación los factores reales de poder (Muñoz Conde, 1993, p.68).

Principio de legalidad: Uno de los pilares del Derecho Penal es el Principio de Legalidad. Como principio fundamental de todo régimen jurídico, tiene una relevancia extrema por lo que conviene entonces hacer referencia a éste y a sus repercusiones en el ámbito penal.

El máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal es el aforismo del *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*. En este sentido el autor Fernando C. señala que “el principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político criminal del derecho penal moderno, su importancia se observa en los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789” (Fernando C., 1989). La doctrina ha ido dando al postulado una formulación más acabada y completa mientras que tradicionalmente se enunciaba como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, hoy se agrega el rasgo esencial de la ley cierta, es decir,

los llamados tipos cerrados o leyes claras y precisas de las primeras épocas y muchos incluyen igualmente las medidas de seguridad.

Este principio tiene su origen histórico en la Revolución Francesa, “Precisamente en el siglo XVIII, se plantea en Europa la crítica al poder absoluto detentado por los señores o monarcas del absolutismo. Como reacción a esta forma de ejercer el poder surgió una revolución en manos de la nueva clase hegemónica en ascenso: la burguesía a través de la revolución francesa del año 1789, plantea una serie de reivindicaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas; además las consignas de libertad, igualdad y fraternidad, se vieron enmarcadas por el ideal de construir una Sociedad en la que nada, ni nadie (incluidas las autoridades del gobierno) estuviera por encima de la ley” (García Chaves, p. 57); y su origen ideológico en las ideas de Rousseau y Montesquieu sobre el contrato social y la división de poderes respectivamente.

Estas, sustentan el pensamiento de la Ilustración, en su lucha contra los abusos y arbitrariedades de quienes detentaban el poder. Se buscaba sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general expresada o recogida en las leyes. Es a partir de ello que se concibe el principio de legalidad como un límite inquebrantable a las potestades del soberano Estado. Articulándose en principio, como una limitación a realizar únicamente aquellos actos que le estuvieran expresamente permitidos.

Carvajal Pérez, el Principio de Legalidad es entendido cómo “la imposibilidad de imponer una sanción penal a aquellas personas cuyas conductas no hayan sido prohibidas por el legislador formal, a través del establecimiento de un tipo penal, y luego de seguido un proceso revestido de todas las garantías correspondientes” (Carvajal Pérez, 2006, p, 173).

Importante la mención que hace Carvajal Pérez, ya que, el principio de legalidad es una indiscutible garantía para el ciudadano frente al poder represivo del Estado, sus alcances operan en los ámbitos criminal penal, en lo procesal y de ejecución de la pena.

Este principio se encuentra regulado en el Código penal costarricense en el artículo número uno, que reza: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.” Significa que no hay delito ni pena sin ley previa. Esto es, no puede castigarse una acción u omisión

que no esté prevista como delito, pero tampoco puede castigarse un delito que no tenga señalada una pena por la ley.

Por tanto, la ley penal debe establecer tanto la conducta que constituye delito como la pena que corresponde como consecuencia de la realización de dicho delito. En caso contrario, es decir, si una persona realiza una acción que no constituye delito, según la ley, o no tiene prevista una sanción penal, no podrá ser castigado penalmente por muy reprochable que sea esa acción.

Una definición de lo que el Principio de Legalidad significa, se encuentra en Feuerbach quien no es en absoluto el creador ni el primero en hablar de dicho principio, su virtud para el significado jurídico penal radica, más bien, en haber efectuado una fundamentación autónoma del principio partiendo de la teoría de la pena.

Así pues, en la concepción de Feuerbach, sólo “cuando el precepto está claramente especificado, sólo cuando la pena está conminada de una manera que no pueda existir ninguna duda, la generalidad de los sujetos puede ser inhibido de la comisión de delitos” (Bettioli, 1973, p.105). Ello se basaba en la creencia según la cual la coacción psicológica actuaría con mayor eficacia cuanto más rigurosamente estuviese determinado “el mal de la pena”, y la conducta punible, lo que convierte a Feuerbach sino en el creador, al menos en el precursor de los tipos penales.

En fin, este principio se manifiesta en cuatro vertientes:

Garantía criminal, no hay delito si la conducta no está previamente tipificada en la ley. Los tribunales carecen de facultad para considerar delitos que en la ley no están tipificados.

Garantía penal: “nulla poena sine lege”, un tribunal no puede imponer las penas fuera del marco de la ley, tampoco se pueden imponer penas indeterminadas en su duración.

Garantía judicial: “Nemo damnatur nisi per legale iudicium”, no puede existir una pena si no hay un debido proceso.

Garantía de ejecución: Determina cómo, cuándo y dónde se cumple una pena impuesta por un Tribunal de Justicia. Solo puede ejecutarse una pena en virtud de resolución judicial firme dictada por Juez o Tribunal competente y en la forma que establezca la ley.

En el Principio de Legalidad, se exige que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal, previo, descrito con contornos precisos a manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida, y, así mismo, cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal. El principio de la legalidad excluye, por supuesto el recurso de la analogía en orden a la creación de delitos y penas o de cualquier forma de incriminación penal.

Principio de lesividad u ofensividad: este principio, es conocido como el precepto de la doctrina penal que consigna la improcedencia de una intervención punitiva cuando no hay conflicto o afectación a un bien jurídico individual o colectivo. Es el postulado que declara que la intervención del derecho penal solo debe darse para regular las conductas socialmente relevantes que entrañen consecuencias lesivas o peligrosas.

Si se remonta a los orígenes del principio de lesividad, se encontrará en la base de su fundamento un claro sentido liberal a la exigencia de la intervención punitiva del Estado, la cual únicamente resulta admisible en cuanto a las acciones u omisiones consideradas delictivas que resulten dañinas para los intereses de terceras personas que son quienes resultan ofendidas.

Tal reconocimiento ofensivo para terceros, primero a la escala de derechos subjetivos y luego connotado a la categoría de bienes jurídicos fue desde aquellos periodos un importante paso para el proceso de secularización del derecho penal, lo cual permitió deslindar las reacciones punitivas como conminaciones y penas propias de la esfera del derecho penal, de los ámbitos de la moral y la religión, cuyas exigencias deben estar reservadas a sus respectivas esferas sin que puedan asociarse al ámbito penal.

Pero este deslinde entre zonas del derecho penal y la moral sigue siendo tan actual como aquella época, dado que el derecho penal de la actualidad se pretende justificar mediante fundamentos básicamente eticista, sustancialista y decisionistas, aspectos mediante los cuales se pretende reducir en extremo el principio de ofensividad de los bienes jurídico-penales. El principio de lesividad del bien jurídico es una limitación a la potestad del ius puniendi del Estado, por ello debe mediar una separación entre lo que es derecho penal y moral.

A partir de ello es que la exigencia a la construcción de conductas delictivas será legítima siempre que el tipo penal este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el

derecho penal; al respecto Kayber menciona que “la tipificación de conductas que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención” (Kayber M., 1999, p. 150).

Este principio persigue hechos y situaciones relevantes para el derecho, mismas que pongan en peligro o afectación de manera directa a un bien jurídico tutelado; siendo ese efecto lesivo la justificación para aplicar una sanción o crear una prohibición, pero debe existir una proporcionalidad real entre la sanción y el bien jurídico que se afectó.

Silvestroni indica: “El principio jurídico de la libertad es de carácter general y se manifiesta en el derecho penal a través del denominado principio de lesividad, en virtud del cual la aplicación de penas solo puede habilitarse en relación con una acción humana que afecta la libertad de los demás ciudadanos” (Silvestroni, 2004, p. 145).

La lesividad se convierte en un principio garantizador de que mientras esa ofensividad no afecte a un tercero o una colectividad en específico, no existiría ningún bien que proteger, es decir, podría deducirse que el mismo depende de la acción que realice una persona, entiéndase como agente activo, y esta, en específico, tenga como resultado de acción efectuada el ocasionar un perjuicio de forma directa e inmediata a un tercero, que debe entenderse como agente pasivo.

Desde esa concepción del Principio de Lesividad trasladándolo a la Ley de Bienestar Animal a la luz de su reforma, es que infringe tal principio. El legislador en el artículo 279bis adicionado al Código Penal, sanciona con prisión de tres meses a un año a quien directamente o por medio de otra persona cause un daño a un animal sea doméstico o domesticado, o mismo que cualquier acto sexual contra uno de estos animales. La pena puede ser aumentada en un tercio cuando el autor valiéndose de una relación de poder cause el daño por medio de otra persona.

Tales conductas recaen directamente sobre el animal, al no estar claro de cuál es el bien jurídico que tutela esta Ley, y en la hipótesis de que sea la vida del animal, a todas luces infringe el Principio de Lesividad en el tanto que las conductas recaen sobre el animal y no se estaría violentando ningún derecho fundamental de la persona. El Principio de Lesividad fue construido en razón del ser humano para proteger los derechos de este frente al ataque de terceros.

Sala Constitucional, mediante la resolución No. 14015 – 2009 sobre el Principio de Lesividad indica:

El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sino se pone, con la conducta del sujeto activo, en peligro de un bien jurídico (“nullum crimen sine injuria”). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política, los cuales, por su orden establecen:

Artículo 1.- “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”.

Artículo 20.- “Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava”.

Artículo 28.- “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”.

Artículo 39.- “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (...).”

Bajo este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución sólo puede partir del interés de la protección de un bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de esa protección, de allí que la interpretación de las normas penales para aplicarlas a peligros abstractos resulte inconstitucional. Para poder configurar una conducta

como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad, al menos como peligro concreto (Sala Constitucional, Res No. 14015 – 2009).

La reforma a la ley objeto de análisis, no es clara en cuanto al bien jurídico que protege, tiene un grado de ambigüedad que permiten, de acuerdo con quien los valore o considere, interpretaciones no significativas como las que requiere la norma penal por lo cual, hace que se presente una situación de imprecisión tan grave que provoca el vicio invalidante por infracción del principio de tipicidad penal ya que se desconoce cuál es el bien jurídico objeto de protección y violenta de esa manera el Principio de Lesividad. Parece ser una norma penal en blanco que no establece un bien jurídico tutelado concreto, no se puede determinar por ende tampoco se puede determinar la afectación a ese bien jurídico.

“La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1 constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno” (Sala Constitucional, Sentencia 1996-06410).

De lo expuesto, se tiene que, en atención al principio de lesividad, la afectación llámese peligro o lesión, de un bien jurídico, debe ser condición necesaria para justificar la intervención del derecho penal describiendo en la norma su prohibición o castigo como delito. Se requiere que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito.

Principio de imputación: este principio, implica individualizar al imputado; describir detallada, precisa y claramente lo que se acusa; hacer la calificación legal de los hechos; señalar la norma quebrantada y expresar cuál es la pena que se pide. Acusación. imputación.

Desde el plano semántico, “imputar” significa atribuir la realización de una conducta comisiva u omisiva a una persona. En otras palabras, “imputar” es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Por ejemplo, en un salón de clase, cuando un alumno

levanta la mano, esta conducta es interpretada por el docente como la expresión de un interés manifiesto del alumno de intervenir en clase.

Para Kelsen la imputación es la vinculación entre un hecho (objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma. (Kelsen, Hans. 1989, p. 308). El valor que se hace de la conducta será positivo o negativo dependiendo si se infringe o no la norma impuesta; prohibición, mandato y permisión.

En los casos penales, el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el hecho debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo.

De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde.

El artículo 142 del Código Procesal Penal reza: “Fundamentación, Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación.

Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces.”

El problema que se encuentra en la Ley de Bienestar Animal es que muchas veces los actos de crueldad o maltrato hacia el animal son de difícil imputación. Cuando el acto es cometido en presencia de varios testigos incluso cuando se cuenta con prueba contundente para incriminar al sujeto, la aplicación de la ley en tal caso sería eficaz y hasta podría decirse que satisfactoria para

aquellos que abogaron contra tal injusticia, incluso significaría una victoria para las fundaciones encargadas de luchar contra el maltrato y crueldad animal.

Un ejemplo de ello es el caso del perro Tyson, en el que la viralización por redes sociales de un video en el que se aprecia al perro atado con una cuerda a una camioneta y luego arrastrado por un camino en el que encontró la muerte, el hecho generó una gran polémica en el país de Paraguay, lugar de los hechos, y que ha conseguido una histórica imputación, hacia las autoras. La grabación sirvió como prueba audiovisual al Ministerio Público para lograr la imputación y una correcta fundamentación a la hora de dictar sentencia.

Las imputadas son la madre y abuela de una menor que supuestamente fue mordida por el perro, el hecho ocurrió cuando se encontraban en un velorio y la menor tiró de la cola del perro con lo cual provocó que este realizara un movimiento reflejo hacía la menor, pero no se precisó si la mordió, tampoco existía ningún parte médico que verificara la existencia de la mordedura, lo único que se llegó a confirmar es que la niña tenía un rasguño.

Las imputadas regresan a la vivienda donde se encontraba el perro e instan a la dueña que sacrificara al animal para luego llevarlo hasta la camioneta, ante la negativa las imputadas se llevan el perro por la fuerza amarrándolo a la camioneta para luego ser arrastrado con lo ocasionaron la muerte de este. Hecho que quedó grabado y como si fuera poco fue cometido a plena luz del día en vía pública ante la presencia de varios pobladores del lugar.

En este caso, lograr una sentencia condenatoria para las imputadas parece que fue cosa fácil; pero, que pasa en el supuesto de que el hecho sea cometido por la propietaria del animal y en la privacidad de su hogar donde difícilmente pueda haber testigos más que las personas que habitan bajo el mismo techo. Ejemplo de esto último, es el caso del perro Campeón ocurrido en territorio nacional, específicamente en la ciudad de Atenas.

La acusación se basa en la denuncia interpuesta anónimamente por parte del hermano de la imputada, ante una fundación protectora de animales, al parecer el hombre ya estaba cansado de ver la condición en la que tenían al animal. La fundación interviene de forma inmediata y sin mediar ningún tipo de discusión cuando se presentan al lugar de los hechos, se les entrega a Campeón, la entrega la realiza una hermana de la imputada que llega en ese momento al hogar.

Efectivamente se confirma el pésimo estado del perro ya que le habían colocado un cordón alrededor del cuello el cual con el roce provocó que fuera penetrando en el cuello del animal, el acto de crueldad y la indiferencia por parte de la supuesta dueña quien luego dijo que no tenía tiempo para cuidar del perro, fue lo que motivo a interponer la denuncia contra la misma. Fotos que fueron tomadas en el momento del rescate, durante el proceso de intervención por parte del veterinario y en el proceso de recuperación, fueron las que sirvieron de prueba.

Como prueba también se contaba con el testimonio del hermano de la imputada mismo que interpuso la denuncia ante la fundación protectora. Sin embargo, al momento del juicio y cuando se requirió la presencia del mismo para que testificara, parece como que se lo había “tragado la tierra” puesto que no apareció aun cuando el juez dio la orden de que fuera traído al proceso.

Un punto clave en este tipo de delito para lograr la imputación al sujeto activo, es la prueba, en primer lugar, para lograr la incoación del correspondiente procedimiento penal aportando indicios suficientes de la gravedad de los hechos; y en segundo, para fundamentar en su momento una sentencia condenatoria., la cual puede presentar un problema. Los medios de prueba esenciales en este tipo de delito son: la prueba testimonial, el careo, prueba pericial, prueba documental y, la inspección ocular.

Si bien las que pueden resultar pertinentes en un procedimiento por maltrato animal para lograr la correcta imputación son: las pruebas documentales, en la forma de fotografías, vídeos o informes, las declaraciones de los testigos directos de los hechos o de los agentes intervinientes, las pruebas periciales y, en ciertos casos, la inspección ocular; es importante también la denuncia previa ante el OIJ para lograr una buena acción conjunta de fiscalía, OIJ y la Fuerza Pública.

En el caso del perro campeón, después de un análisis al principio de imputación que se ve reflejado en la acusación y querrela, se llegó a la siguiente conclusión: “Luego de una investigación casi inexistente, la fiscalía solicita el dictado de un sobreseimiento definitivo a favor de la señora imputada, por considerar a folios 29- 31 que no se podía acreditar el dolo por parte de la imputada GONZÁLEZ OCONTRILLO. También alegó la fiscalía que no se podía tener por cierto que la imputada fuese quien colocó el collar en el cuello de CAMPEÓN, por ello consideraba que el dolo no se podía acreditar.”

Continúa citando el Tribunal, que la acusación se presentó con un aserie de falencias violentando con ello el principio de imputación. “La imputación necesaria es un principio constitucional del proceso penal que conlleva que se le atribuya a una persona de forma clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada un evento delictivo, con un nivel de vinculación ciertamente probable de hechos delictivos; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa” (Tribunal Penal de Alajuela, Sentencia No. 518- 2019).

La fiscalía no pudo llevar al proceso elementos probatorios suficientes y eficientes para determinar la responsabilidad penal de la imputada. Al final, de conformidad con el beneficio de la duda, se absuelve por duda más no por certeza de toda pena y responsabilidad a la imputada González Oconitrillo, por el delito de crueldad animal. Esto tenía que ser así dada la falta de prueba necesaria para la incriminación de la acusada, sin embargo, la absolutoria se da por duda.

Es claro que, si no existe imputación, o si existiendo, no se le informa a la persona acerca del cargo, hecho, calificación y evidencia que pesa en su contra, simplemente el ejercicio de derecho de defensa será estéril y su valor ridículo desde la perspectiva legal y constitucional, pues no se sabrá nunca a ciencia cierta del contenido, núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar.

Principio de Proporcionalidad: se entiende como un principio jurídico en virtud del cual las penas han de ser necesarias y proporcionadas a la gravedad del delito cometido. Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución, la pena, además, deberá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada.

El principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución. Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución.

La Sala Constitucional mediante la Resolución No. 08298 - 2010 con respecto al principio de proporcionalidad y razonabilidad indica: "... el principio de razonabilidad surge del llamado "debido proceso substantivo", que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal.

Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados.

Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.

Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.

Aunado a lo indicado, y haciendo referencia específica a la materia penal, el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que son presupuestos esenciales para tener como legítima la actividad

represiva del Estado, requiriendo que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal.

De lo anterior, se deduce que en cuanto a delitos y penas se refiere, en nuestro marco constitucional existe reserva de ley, por lo que en esta materia sólo está permitida la actuación de los poderes del Estado a través de leyes formales. Ahora bien, también en la definición de las conductas punibles, en abstracto, el legislador debe realizar una valoración de proporcionalidad entre el hecho y los montos mínimos y máximos de las penas, de manera que la gravedad de los hechos debe reflejarse en la magnitud de la sanción que se prevé.

Por supuesto, la individualización de la pena que se produce ya en sede jurisdiccional y no legislativa atiende a una serie de factores tanto subjetivos como objetivos que deben estimarse, que son de resorte exclusivo del juez quien, entre un mínimo y un máximo de sanción otorgado por la ley, debe imponer la sanción que mejor se ajuste a las circunstancias particulares del hecho. Es por lo anterior que cualquier tipificación de una conducta, así como la pena que se pretenda imponer debe responder no sólo a la existencia de una norma legal, sino también a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad según el bien jurídico que se pretende tutelar.”

Lo anterior implica si bien es el legislador quien tiene la competencia para diseñar los tipos penales que pretenden proteger los diversos bienes jurídicos, esa tarea debe responder a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y a los fines constitucionales de la pena...”

Atendiendo a los enunciados anteriores, las penas establecidas en la Ley de Bienestar de los Animales a partir de su reforma parecen ser desproporcionales a todas luces en el tanto no hay un bien jurídico relevante que sea objeto de protección y más allá de eso en el supuesto de que exista ese bien jurídico, las penas establecidas son más gravosas que otros tipos penales simples contemplados en el Código Penal.

Por ejemplo, la reforma a la Ley de Bienestar de los Animales impone penas de prisión de tres meses a un año a quien, cause un daño a un animal, realice actos sexuales con animales y practique la vivisección, siendo que la pena podrá ser aumentada en un tercio cuando el acto se cometa entre dos o más personas. Así mismo, se sanciona con pena de prisión de tres meses a dos años a quien de muerte a un animal. Con este tipo de penas, se sanciona en el Código penal a modo de ejemplo, el aborto honoris causa y las lesiones leves, mismas que recaen en el ser humano.

Aborto honoris causa, Código Penal, artículo 120.- Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión. Las lesiones leves, tiene una pena de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.

Si analizamos el bien jurídico que se tutela en los supuestos de las lesiones leves y del aborto honoris causa, en el primero, el bien jurídico objeto de protección es la integridad corporal (física o psíquica) de la persona, recordando que cualquier tipo de lesiones conlleva un detrimento corporal; en el caso del segundo, el bien jurídico objeto de protección es la vida humana. Entonces, analizando estos bienes, es evidente que ambos emanan de un derecho fundamental regulado en la Carta Magna, que ambos son esenciales para la sana convivencia, para el orden y la paz social y que ambos son intrínsecos al ser humanos por ende las penas establecidas guardan total relación, es decir, son proporcionales al bien jurídico que objeto de tutela y que, si las mismas penas fueran un poco más altas igual guardarían completa proporcionalidad.

Caso contrario es el de las penas establecidas en la reforma de la Ley de Bienestar de los Animales, en el proyecto de ley se establecían penas hasta de tres años colocando en ese supuesto que era de mayor relevancia la vida de un animal que la vida humana e integridad de la persona. Actualmente las penas se establecen en dos años equiparando con ello el valor de los bienes jurídicos antes mencionados, tal concepción es un absurdo. La protección al bienestar de los animales no es tema de Derecho Penal, atenta contra los principios fundamentales del mismo. Las penas resultan desproporcionadas en relación con la gravedad de la falta.

En un Estado democrático de derecho, la utilización del derecho penal, por suponer la mayor injerencia en la libertad de la persona, debe limitarse a los casos en que no sea posible utilizar un medio menos lesivo. Según el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, la libertad solo puede limitarse en aras de la tutela de las propias libertades o derechos de los demás ciudadanos y solo en la medida de lo estrictamente necesario.

El principio de adecuación exige que el derecho penal, sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida; esto implica que solo es legítimo hacer uso del derecho penal, cuando la pena sea adecuada para la tutela del bien jurídico y cuando además se persiga algún tipo de finalidad, debiendo rechazarse las teorías

absolutas de la pena, donde no se persigue ningún fin, sino la sanción por la sanción misma. Según el principio de necesidad, la pena ha de ser la menor de las posibles sanciones que se puede imponer, y cuando la pena resulta innecesaria, es injusta.

Principio de Intervención Mínima: relacionada con la característica de Fragmentario que tiene el Derecho Penal, está relacionado con el carácter sancionador que tiene el Derecho Penal y significa que el Derecho Penal si bien es necesario, no debe ser utilizado de manera abusiva porque las consecuencias de su aplicación, aunque lícitas son violentas, implica por ejemplo la privar de libertad al ciudadano. Como este es un aparato por así llamarlo como un “engendro del mal” legalizado, solo se debe utilizar cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico no son capaces de resguardar los bienes jurídicos.

El carácter fragmentario se define a partir de la “Ultima Ratio”, indicando que el Derecho Penal toma para sí aquellos conflictos más graves que, por su gravedad no pueden ser resguardados por cada una de las materias. En otras palabras, en el pastel del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal toma el fragmento más odioso, más difícil de cada una de las rebanadas que constituyen las demás ramas del Derecho; tomando el Derecho Penal la parte más sensible de las ramas.

El presente apartado tiene como fin presentar desde una perspectiva distinta la protección de los animales que se ha decidido con la última reforma legal y si ella conlleva en realidad una protección real de la vida animal o si se trata una vez más, de un derecho penal simbólico que al final en nada va a ayudar a los animales.

La Sala Constitucional sobre este principio y con relación a la reforma de esta ley, en el voto 2016-13553, indicó: “el Derecho Penal sólo debe reservarse, para las acciones más lesivas que atenten contra los bienes jurídicos de mayor relevancia social”, lo cual se logra, continúa la Sala Constitucional, a través del tipo penal que establece el bien jurídico por tutelar, así como la conducta por sancionar.

Ahora bien, Cuando se lee el artículo dos de la Ley de Bienestar de los Animales, se indica sobre el ámbito de aplicación o competencia: “Los animales gozarán de los beneficios estipulados en esta Ley y su Reglamento”, es decir, habla de beneficios para los animales, y no de derechos, por cuanto, no resulta ajena la tendencia incluso a nivel internacional, en donde se considera que los animales son sujetos de derechos.

Lo que pasa es vista así, la protección de los animales riñe con el mismo artículo uno de la ley, que indica que el valor que protege es el de la dignidad humana, por cuanto considera que los actos crueles y de maltrato contra los animales lesionan este principio. Entonces, resulta claro que los animales no se protegen por ellos en sí mismo, sino porque esas conductas de maltrato y crueldad contra los animales resultan perjudiciales para la dignidad humana y que la no conciencia de los animales que sufren dignifica al ser humano.

Con respecto a las penas, en el artículo 279 bis, se habla de la crueldad contra los animales, sanciona con prisión de tres meses a un año, a quien directa o por interpósita persona, cause un daño a un animal doméstico o domesticado, que conlleve un daño persistente a la salud, o implique la pérdida de un sentido, un órgano o un miembro, incluso habla el tipo penal de que se cause un sufrimiento o dolor intenso o agonía prolongada. La misma pena se le aplica a quien realice actos sexuales con un animal y finalmente en el inciso c) a quien practique la vivisección a un animal, salvo cuando se trata de investigación.

El artículo 279 ter, castiga con prisión de tres meses a dos años a quien de muerte dolosamente a un animal doméstico o domesticado, pero aclara que, se tendrá exceptuada la aplicación de la pena prevista si el fin es el autoconsumo personal o familiar. Finalmente, el numeral 279 quinquies, sanciona con prisión de tres meses a un año a quien organice o propicie peleas entre animales de cualquier especie.

En el primer tipo penal, parece ser que lo que se tutela es la integridad física de un animal doméstico o domesticado, entiéndanse estos conceptos tal y como lo menciona la ley (por animal doméstico se entenderá “todo aquel que por sus características evolutivas y de comportamiento conviva con el ser humano” y por animal domesticado “todo aquel que mediante el esfuerzo del ser humano ha cambiado su condición salvaje”), así como su integridad sexual, el punto c) del artículo 279 bis, prohíbe la vivisección, es decir, la disección practicada a un animal vivo, lo que haría pensar también entra en la tutela de la integridad física, pero, esta se pierde cuando los fines de la misma lo son la investigación; sin embargo no menciona el tipo penal de forma clara a que tipo de investigación se refiere.

El segundo delito contenido en el artículo 279 ter, tutela la vida del animal doméstico o domesticado, la cual también sede cuando se le cause la muerte con fines de alimentación personal o familiar de cualquier persona puesto que no se especifica. Por último, el tercer delito contenido

en el numeral 279 quinquies, sanciona con prisión de tres meses a un año, a quien propicie o ejecute peleas entre animales de cualquier especie; en este punto parece ser que se tutela nuevamente la integridad de los animales.

Ahora bien, siendo la protección animal necesaria y que se trata de un bien jurídicamente relevante para los humanos, la pregunta es sí esta protección amerita la intervención del derecho penal; son muchos los autores que están a favor de esa postura. Sin embargo, -en un criterio estrenado-, esta conducta, aunque es muy reprochable, no puede ni debe ser tutelada por el Derecho Penal, una pena de hasta dos años de prisión, por causar la muerte a un animal, no resulta lógico, ni proporcional si se comparan con el resto de sanciones que contiene el Código Penal costarricense y los Bienes Jurídicos que tutela.

Como ya se ha repetido varias veces en este apartado, el principio de intervención mínima es un límite al ius puniendi estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, educativas, religiosas, etc., que, no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, siempre en bien de la seguridad jurídica, la libertad y las paz; todo ello por ser el derecho penal una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad del ser humano, que por cierto son derechos fundamentales inherentes a estos y de los cuales goza por solo el hecho de serlo.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Enfoque de la investigación

Existen dos tipos de enfoques de investigación, cualitativa y cuantitativa, para el presente trabajo, la metodología propuesta es de enfoque cualitativo ya que se pretende mediante la búsqueda de información cumplir con los objetivos.

Según Sampieri, una investigación cualitativa es aquella en la cual “La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio”. También este tipo de investigación, “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos” (Hernández Sampieri, 2014, p. 7).

Por otra parte, los autores Blasco y Pérez (2007:25), señalan que la investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas. Utiliza variedad de instrumentos para recoger información como las entrevistas, imágenes, observaciones, historias de vida, en los que se describen las rutinas y las situaciones problemáticas, así como los significados en la vida de los participantes.

Diseño de la investigación

Existen dos tipos de investigación, la transversal y la longitudinal; según Sampieri (2003) la primera se define como “El estudio transversal se define como un tipo de investigación observacional que analiza datos de variables recopiladas en un periodo de tiempo sobre una población muestra o subconjunto predefinido. Este tipo de estudio también se conoce como estudio de corte transversal, estudio transversal y estudio de prevalencia”.

Es por ello que la investigación bajo análisis es de tipo transversal ya que permite comprender cómo los legisladores en la actualidad ante una sociedad que reclama el que se hagan valer sus derechos tiende a crear nuevas leyes que permitan la protección de los mismos, siempre teniendo el debido cuidado y razonamiento de proteger derechos fundamentales y no caprichos que provienen del clamor popular.

Según el fondo, el trabajo es de tipo tanto descriptivo como analítico ya que sirve para evaluar la distribución de un tema de estudio en un determinado grupo demográfico.

Retrospectivo tiene que ver con el estudio anterior al momento de que se hace la investigación.

Alcance de la investigación

El presente trabajo de investigación tiene por objeto determinar si el derecho penal es la mejor rama del derecho ante la tutela del bienestar animal ya que al parecer infringe principios fundamentales que lo conforman, y si es, la mejor forma sancionatoria a aplicar, ante la correspondiente lesión al bien jurídico tutelado en la Ley de Bienestar de los Animales, Ley 7451 a partir de su reforma, Ley 9458.

No se pretende con esta investigación crear un régimen sancionador para la disminución de la crueldad animal, sino que pretende crear consciencia para fines didácticos en cuanto a si es el

Ius Puniendi del Estado al que corresponde tal protección, siendo este un método invasivo para la persona.

Algunas de las limitaciones es la poca jurisprudencia nacional con respecto al tema, así como doctrina en cuanto a derechos de los animales se refiere.

Esquema Operacional de las Variables:

OBJETIVO	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DEFINICION INSTRUMENTAL
Identificar cuál es el Bien Jurídico que tutela la Ley de Bienestar de los Animales, Ley 7451.	*Bien Jurídico.	El Bien Jurídico, es aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo, el cual es objeto de protección.	El Bien Jurídico es inherente a las personas.	Jurisprudencia, Doctrina, Ficha bibliográfica, Estudios de Investigación.
	*Bienestar Animal.	El bienestar de los animales, es el estado en que se encuentran los animales, que disfrutan de unas condiciones de vida adecuadas a sus necesidades y gozan de buena salud.	Condiciones adecuadas para la buena salud y desarrollo de los animales.	trabajos de investigación, Artículos, Ley.
Determinar si ese Bien Jurídico emana de un Derecho Fundamental.	*Derechos Fundamentales.	Es aquel privilegio plasmado en un ordenamiento jurídico vigente que le permite al individuo disfrutar de un derecho frente al Estado, por lo tanto, son inherentes a la persona.	Existencia y evolución de los derechos fundamentales.	Doctrina, Libros, Trabajos investigativos, Jurisprudencia.
Valorar si ese Bien Jurídico fue elegido y contemplado bajo la Teoría del Bien Jurídico.	*Teoría del Bien Jurídico.	Es la guía para la interpretación de normas, sobre todo en su papel de criterio de legitimación del Derecho penal.	Valorar si el Bien Jurídico está vinculado a la persona o se puede extender a otro ser vivo.	Doctrina, Entrevistas, Revistas, Libros, Jurisprudencia.
	*Estado de Derecho.	Es la forma de organización política en la que se encuentra sujeta la vida social, que por medio de un marco jurídico, ejecuta un conjunto de reglamentos a fin de garantizar el principio de legalidad y los derechos.	En el Estado de derecho se basa la Teoría del Bien Jurídico que debe tender siempre a la seguridad jurídica .	Doctrina, Jurisprudencia, Entrevistas, Revistas.
Definir si ese Bien Jurídico puede ser objeto de protección mediante la tutela del Derecho Penal.	*Derecho Penal	Regula la potestad punitiva del Estado, mediante la protección ante la lesión a un Bien Jurídico indispensable para la convivencia social.	Definir los Tecnicismos Jurídicos o parámetros de la Legislación Penal.	Jurisprudencia, Entrevistas, Doctrina, Libros.
	*Tutela en el Derecho Penal.	La finalidad de la tutela en el Derecho Penal, es la protección de Bienes Jurídicos.	Definir los Bienes Jurídicos que son de relevancia para la tutela del Derecho Penal como limitación al poder sancionador del Estado.	Doctrina, Entrevistas, Trabajos de Investigación, Jurisprudencia.

Técnicas de la investigación

El concepto de técnicas, en el ámbito de la investigación científica, hace referencia a los procedimientos y medios que hacen operativos los métodos (Ander-Egg, 1995: 42).

Son, por tanto, elementos del método científico. Métodos y técnicas no deben ser confundidos porque, aunque ambos conceptos responden a la pregunta cómo hacer para alcanzar un fin o resultado propuesto, el método es el camino general de conocimiento y la técnica es el procedimiento de actuación concreta que debe seguirse para recorrer las diferentes fases del método científico (Ander-Egg, 1995: 42 y González Río, 1997: 17).

Instrumento de investigación

Para Sabino (2000), son los recursos de que puede valerse el investigador para acercarse a los problemas y fenómenos, y extraer de ellos la información: formularios de papel, aparatos mecánicos y electrónicos que se utilizan para recoger datos o información, sobre un problema o fenómeno determinado. Cuestionario, termómetro, escalas, ecosonogramas.

Para efectos de la presente investigación se utilizarán las siguientes técnicas:

Estudios de Caso:

El estudio de casos consiste en un método o técnica de investigación, habitualmente utilizado en las ciencias de la salud y sociales, el cual se caracteriza por precisar de un proceso de búsqueda e indagación, así como el análisis sistemático de uno o varios casos.

Para ser más exactos, por caso entendemos todas aquellas circunstancias, situaciones o fenómenos únicos de los que se requiere más información o merecen algún tipo de interés dentro del mundo de la investigación.

A diferencia de otros tipos de investigación empírica, esta metodología es considerada como una técnica de investigación cualitativa, puesto que el desarrollo de esta se centra en el estudio exhaustivo de un fenómeno. Y no en el análisis estadístico de los datos ya existentes.

Entrevistas

Una entrevista de investigación es aquella conversación cara a cara que se da entre el investigador (entrevistador) y el sujeto de estudio (entrevistado).

El fin de este tipo de entrevista es obtener información relevante sobre un tema de estudio, a través de respuestas verbales dadas por el sujeto de estudio.

Este tipo de entrevista se centra en unas interrogantes puntuales, relacionadas con un problema propuesto.

Cuestionarios

El cuestionario es un instrumento compuesto por un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios para alcanzar los objetivos del estudio; es un plan formal para recabar información de cada unidad de análisis objeto de estudio y que constituye el centro del problema de investigación.

Un cuestionario nos permite estandarizar y uniformar el recabado de la información. Un diseño inadecuado o mal elaborado nos conduce a recoger datos incompletos, imprecisos y, como debe suponerse, a generar información poco confiable.

Revisión Documental

Es una técnica de observación complementaria, en caso de que exista registro de acciones y programas. La revisión documental permite hacerse una idea del desarrollo y las características de los procesos y también de disponer de información que confirme o haga dudar de lo que el grupo entrevistado ha mencionado.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Sujeto de investigación

El investigador, en su condición de sujeto de investigación, es una expresión social. Es decir, expresa las condiciones de conocimiento y las necesidades de la sociedad que lo produce. ... En suma, el Sujeto es un ser activo, productor, que desborda los límites de los sentidos en la infinita riqueza de la imaginación (Carvajal).

Fuentes de información

Una fuente de información es todo aquello que nos proporciona datos para reconstruir hechos y las bases del conocimiento. Las fuentes de información son un instrumento para el conocimiento, la búsqueda y el acceso de a la información. Encontraremos diferentes fuentes de información, dependiendo del nivel de búsqueda que hagamos.

1-Fuentes de Información Primarias:

Este tipo de fuentes contienen información original es decir son de primera mano, son el resultado de ideas, conceptos, teorías y resultados de investigaciones. Contienen información directa antes de ser interpretada, o evaluado por otra persona. Las principales fuentes de información primaria son los libros, monografías, publicaciones periódicas, documentos oficiales o informe técnicos de instituciones públicas o privadas, tesis, trabajos presentados en conferencias o seminarios, testimonios de expertos, artículos periodísticos, videos documentales, foros.

Para la presente investigación las fuentes primarias serán entrevistas a profundidad con Jueces del Tribunal Penal, litigantes especializados en temas de Derecho de Penal y fiscales del Ministerio Público, para obtener diferentes criterios sobre el bien jurídico que tutela la Ley de Bienestar de los Animales a partir de su reforma y la posible infracción a los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal.

2.- Fuentes Secundarias:

Este tipo de fuentes son las que ya han procesado información de una fuente primaria. El proceso de esta información se pudo dar por una interpretación, un análisis, así como la extracción y reorganización de la información de la fuente primaria.

Para este trabajo de investigación las fuentes secundarias que se utilizarán serán revisión de expedientes de diferentes Juzgados si las hubiere, medios de comunicación, recopilación de información.

Recopilación de información

La noción de recolección refiere al proceso y el resultado de recolectar (reunir, recoger o cosechar algo) un dato, por su parte, una información que permite generar un cierto conocimiento.

Esto quiere decir que la recolección de datos es la actividad que consiste en la recopilación de información dentro de un cierto contexto (Pérez, Merino, 2014, recuperado de Definición de recolección de datos (<https://definicion.de/recoleccion-de-datos/>))

Análisis de información

Es un proceso cíclico de selección, categorización, comparación, validación e interpretación inserto en todas las fases de la investigación que nos permite mejorar la comprensión de un fenómeno de singular interés (Sandín, 2003).

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS

El fin de este apartado en la presente investigación, es el poder tener la visión de los jueces, fiscales y abogados litigantes con respecto al tema de análisis. Al recopilar la opinión de los mismos se pueden evidenciar las posiciones que existen con respecto a la reforma de la Ley de Bienestar de Los Animales, Ley No. 7451, las cuales más adelante se van a exponer.

Al realizar las entrevistas, se quiere respaldar, contradecir y analizar a mayor profundidad muchas de las interrogantes que ha surgido a lo largo de esta investigación, por ejemplo, una de ellas: ¿Es la intervención de Derecho Penal y la pena de prisión, la más efectiva para tratar el tema de la crueldad animal? Al ser una investigación de corte cualitativo, con un extenso desarrollo en cuanto a las unidades de análisis, se ha optado que la forma idónea para desarrollar la entrevista es a profundidad, con preguntas abiertas para los jueces, donde los mismos puedan exponer su posición en cuanto al tema en análisis.

Para llevar un orden y una mayor facilidad de comprensión para el lector a continuación se van a exponer las preguntas que les fueron realizadas al señor Glen Calvo C. Fiscal adjunto de la Fiscalía de probidad del primer Circuito Judicial de San José, asimismo, se realizó una entrevista al Lic. Juan Carlos Román J. Abogado litigante y a la Licda. Lucrecia Arguello D. Representante de la Fundación Ateniense en el caso del perro Campeón. Lamentablemente como estaba previsto, no se pudo contar a tiempo con las respuestas del señor juez Mario Rodríguez V., del Tribunal Penal de Alajuela, mismo que dictó sentencia respecto al tema de análisis.

1- ¿Existe en la Ley de Bienestar Animal bien jurídico merecedor de ser protegido a través del Derecho Penal?

R/ **Fiscal:** La Ley de Bienestar Animal, desde un análisis dogmático, no tiene un bien jurídico definido. El concepto de bienestar es indefinido y no concuerda con la antijuricidad de muchas de las conductas sancionadas.

Abogado Litigante: Los bienes jurídicos fueron reconocidos en torno a la persona, su vida, derechos, expectativas, los animales representan esencialmente valoraciones afectivas y económicas que deben analizarse en la vía civil, no penal. La Ley de Bienestar Animal pertenece

a una corriente de pensamiento mundial que hace una equiparación sin sentido entre los bienes jurídicos personales y otros.

Fundación protectora de animales: El bien jurídico merecedor como tal es la vida, la vida de los animales, a ser cuidados y respetados como tal, no tanto el animal corresponde al tipo penal más relevante en materia de los derechos de los animales. Por ende, debería establecerse una protección directa a los animales en adición a esto se refleja más como una posición en segundo grado donde se considera de forma indirecta al animal en protección a las buenas costumbres, pero bueno, cosa que espero que mejore nuestra ley.

2- ¿Podría el maltrato o crueldad animal constituirse como un delito contra el medio ambiente regulado en el numeral 50 de la Constitución Política?

R/ **Fiscal:** No. Ya existen tipos penales que protegen a los animales en la Ley de Vida Silvestre, por lo que sería un choque de tipos penales.

Abogado litigante: Si, en lo que a protección de especies se refiere, recordemos que ya existe mucha regulación en material de protección de especies en peligro de extinción. Pero sigo concluyendo que los impulsores de la Ley de Bienes Animal quisieron darle una connotación sentimental a sus mascotas para equipararlas a los derechos insertos en los bienes jurídicos de las personas, excediendo los límites económicos y comerciales en los que regularmente estaba incluido. Ejemplo, cuando ladrones de vacas y toros se ingresan a potreros en San Carlos para robar y destacar en el sitio al ganado, la ley que los penaliza no es el Código Penal, ni el Código de Comercio, la ley que penaliza se llama Ley de Penalización de Robo de Ganado,

(<https://actualidadjudicialpj.poder-judicial.go.cr/index.php/la-prensa-informa/2906-diputados-elevan-hasta-16-anos-de-carcel-las-penas-por-robo-y-comercio-ilegal-de-ganado>)

Es decir, destazar ganado en un potrero sin duda les causa dolor, por qué no lo previeron en la Ley de Bienes Animal y lo regularon en la Ley Especial de Robo de ganado, simplemente por la connotación de cada uno de los grupos impulsores.

Fundación protectora de animales: El derecho de los animales no es mencionado expresamente en la constitución tampoco se hace alusión a derechos de la fauna o naturaleza, pero a pesar de esto resulta un tanto relevante el artículo 50.

3- ¿Considera usted que el bien jurídico que tutela la Ley de Bienestar Animal emana de un Derecho Fundamental?

R/ **Fiscal:** No. Los derechos fundamentales atañen directamente al ser humano, de los consagrados en Convenciones Internacionales y la Constitución Política, no se extrae un bien jurídico que tenga relación con la Ley de Bienestar Animal.

Abogado litigante: no, son derechos clase dos de tipo económico.

Fundación protectora de animales: Debería ser un privilegio plasmado en el ordenamiento jurídico ya que el bienestar animal representa la defensa de los animales en su ámbito de sensibilidad, su principal objetivo corresponde a que los animales no sufran innecesariamente, y despiadadamente, por lo tanto, debería verse de esa manera, estar constituido como tal porque no considero que se encuentre actualmente de esa manera.

4- ¿Es la intervención del Derecho Penal la vía más adecuada para evitar y crear conciencia sobre el Bienestar Animal, sin que se afecte el principio de intervención mínima del derecho penal, como limitante al ius puniendi del Estado?

R/ **Fiscal:** El punto de crear conciencia no le corresponde al derecho penal, ni tampoco el evitar la ejecución de actos crueles contra los animales. La prevención general es parte de la imposición de una pena., la cual, en el caso de la Ley de Bienestar Animal, me parece desproporcional.

Abogado litigante: no jamás, vivimos una fuerte corriente de penalización de la vida privada, y de las relaciones comerciales, ahora nada que no tenga fuerte penas de prisión es respetado. Nuestros legisladores tienen una imaginación punitiva criolla detestable, el derecho penal y la cárcel es la última vía para regular el comportamiento social, desde el punto de vista de la sociología del derecho penal, la penalización excesiva de las conductas, consecuencia del mal quehacer legislativo es propio de las “democracias latina-americanas” que llevan al Congreso a profesionales, cuando son profesionales sin el menor conocimiento de los trámites legislativos. En Costa Rica, los nuevo Diputados, no saben nada del Reglamento interno de la Asamblea Legislativa, y creen que crear tipos penales para regular toda conducta deseada es el camino adecuado.

Fundación protectora de animales: No considero que la vía penal sea la más adecuada para crear conciencia, obviamente para crear conciencia sería algo más allá, es crear educación más que todo. El Derecho Penal lo que viene hacer para nosotros es más que todo como una herramienta para poder lograr alguna mínima sanción, porque realmente es nada más como una pequeña herramienta porque, aunque esté una mínima ley tipificada, porque es mínima, no hay con qué hacerla efectiva.

No se cuenta con las necesidades que realmente tienen que es poder decir puedo, en el caso de la muerte de un animal poder realizar las autopsias, pericias correspondientes, para yo poder hacer realmente efectiva la investigación como debe de ser porque todo proceso penal lleva una investigación más no la hay. Entonces, no tenemos una herramienta como tal, pero aun así no es el Derecho Penal la forma de crear conciencia, es como la forma de nada más de crear tal vez un poquito de temor, de decir esta es una consecuencia a raíz de este acto. La mejor manera de crear conciencia es a través de la educación, en escuelas, en colegios, en las familias, la educación y el respeto a la vida como tal, de ahí es donde se crea la mayor conciencia.

5- ¿Tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma?

R/ **Fiscal:** La protección de bienes jurídicos, establecido por el principio de lesividad.

Abogado litigante: El fin del derecho penal moderno es la protección de los bienes jurídicos necesarios para la correcta vida en Sociedad.

Fundación protectora de animales: El Derecho penal no tiene como fin, debería más que todo tener como fin la protección del bien jurídico, eso realmente debería ser su fin, pero en ciertos casos lamentablemente no es así, no funciona de esa manera porque se supone que si nos dan una ley es para que ellos nos ayuden a ejecutarla, para que ellos nos protejan sobre esto, no nos pongan trampas.

Y en este caso he sentido que más que el fin de la protección a esto, más bien nos ponen trabas, debería ser así de esa manera realmente pero siento que en este momento digamos que al ellos no contar con las herramientas que ellos deberían tener para llevar a cabo este tipo de casos que tengan que ver con maltrato animal, tal vez por esa razón es que nos ponen trabas, tal vez no saber cómo dar esa protección, digamos que radica por esa manera.

6- ¿Considera usted, que de acuerdo al Principio Proporcionalidad, la pena privativa de libertad y las multas establecidas contempladas en la Ley de Bienestar Animal es proporcional al bien jurídico que tutela?

R/ **Fiscal:** No, no guardan proporcionalidad.

Abogado litigante: no, existen tipos penales en la nueva Ley de Bienestar animal que parecen más gravosos que tipos penales simples del Código Penal.

Fundación protectora de animales: Considero que no son proporcionales, para mi pensar deberían ser más altas, estamos hablando que sea como sea, visto de la manera que sea al final de toda la protección, la tutela es a una vida, a un ser que siente, que sufre, de la misma manera que cualquier otro ser humano, entonces considero que lo que se hace es que se le da un grado, si usted es humano está más arriba, si usted es animal está más abajo, como si el grado de dolor y sufrimiento tuviera un nivel, por lo tanto no considero que estén bien tuteladas.

7- ¿En relación con los extremos de las multas y la pena privativa de libertad, son estas desproporcionadas o irrumpen la armonía de los extremos que el legislador previó para las contravenciones en Costa Rica?

R/ **Fiscal:** Si, son desproporcionales a las conductas descritas en la ley.

Abogado litigante: Claro mucho más gravosos que las contravenciones. Las sanciones de ley de Bienestar animal no coinciden de forma escalonada con otros tipos sancionatorios distribuidos en el bloque de legalidad

Fundación protectora de animales: no considero que tengan la proporcionalidad que debiera de ser, ni las multas, ni la privatización de libertad, ninguna de ambas tiene la proporcionalidad que debiera ser, en mi parecer debiera ser más altas. Es vida, es dolor es sufrimiento, es crueldad y esto no se proporciona según tu especie.

8- ¿A su juicio infringe esta Ley de Bienestar Animal el principio fundamental de Lesividad?

R/ **Fiscal:** Si, al no poder determinar un bien jurídico.

Abogado litigante: por supuesto que sí, lo infringe. Toda la construcción dogmática nacional e internacional del principio de lesividad se construyó a partir de la persona, no de los animales. Estas nuevas corrientes de pensamiento progresista han distorsionado los bienes jurídicos en relación con el hombre.

Fundación protectora de animales: a mi parecer no, no infringe de ninguna manera porque bien lo dice que debe existir una proporcionalidad real entre la sanción y el bien jurídico que se afecta y más bien a favor de los animales no considero que exista esa proporcionalidad.

9- ¿Debería ser el Derecho Administrativo y no el Derecho Penal el encargado de sancionar este tipo de conductas relacionadas a la crueldad o maltrato animal?

R/ **Fiscal:** Si, el derecho penal debe ser la última ratio en el momento de intervenir y sancionar un acto humano ocurrido en la sociedad. En este caso, es desproporcional la creación de tipos penales para sancionar conductas humanas que pueden ser cobijadas por una rama del derecho menos invasiva.

Abogado litigante: no deberían ser normas del derecho de comercio, al menos de carácter civil, que establezcan sanciones económicas dependiendo del valor del animal, y del daño emocional que se ocasionó a su dueño. A la fecha tenemos creos, una primera condena en esta vía, y sabemos de las enormes dificultades económicas del laboratorio forense del OIJ para la atención de estos casos, inclusive en demérito de la atención de los casos convencionales.

Fundación protectora de animales:

Análisis de resultados de las entrevistas

De la primera unidad de análisis denominada Bien Jurídico y Bienestar Animal, se extrae de la mayoría que no hay un bien jurídico definido por parte del legislador a proteger y que, en caso de existir ese “bien jurídico” que alega tutelar la Ley de Bienestar Animal, no corresponde a uno en específico, como se mencionó en el capítulo II de la presente investigación, está ley pareciera discrepar entre, si el bien a proteger es la dignidad humana siendo que los actos crueles hacia los animales dignifican al ser humano, o bien de lo que se puede extraer de su artículo número

279bis, a la luz de la reforma en el Código Penal, viene siendo la dignidad del animal e incluso su dignidad sexual.

Lo que lleva a razonar el significado que la dignidad representa en los seres humanos; la dignidad humana significa que un individuo siente respeto por sí mismo y se valora al mismo tiempo que es respetado y valorado. Implica la necesidad de que todos los seres humanos sean tratados en un pie de igualdad y que puedan gozar de los derechos fundamentales que de ellos derivan. La valoración del mundo subjetivo de los animales nos conduce a preguntarnos si la idea de dignidad que es connatural a la persona humana es aplicable al animal.

Ahora bien, menciona uno de los entrevistados que el bien jurídico como tal a proteger es la vida de los animales, lo que conlleva a analizar si ese bien jurídico cumple con los elementos esenciales que se requiere para otorgarle tal titulación y por ende que sea relevante su protección para la sociedad. Emanan el bien jurídico “vida animal” de un derecho fundamental, la respuesta es no, sin embargo, la Constitución Política en su artículo 21, y demás tratados y normativa internacional protege la vida humana como un derecho fundamental más no así la vida de los animales.

Si bien por una cuestión moral debemos procurar el bienestar de los mismos, no es correcto simple y llanamente por una connotación sentimental hacia los animales, en este caso las mascotas, equiparar a estos, los derechos insertos en los bienes jurídicos de las personas. Habrá personas que piensen que los animales no tienen ningún valor y que se puede hacer con ellos lo que queramos. En el otro extremo están los que dicen que no se les puede utilizar ni tratar como instrumentos porque tienen dignidad. Considero que los animales sí tienen un valor, y deben existir reglamentaciones para su buen trato, pero no tienen dignidad, porque esa cualidad sólo la tienen los seres humanos, según la Declaración de Derechos Humanos de 1948.

“Los derechos humanos son “el reconocimiento de la dignidad inalienable de los seres humanos”. Libre de discriminación, desigualdad o distinciones de cualquier índole, la dignidad humana es universal, igual e inalienable. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Más allá del concepto mismo, los derechos humanos son expresados y definidos en textos legales, lo cuales buscan garantizar la dignidad de los seres humanos y hacerla realidad” (DUDH, 1948).

En un principio se habló de la posibilidad de que la misma ley tutelara la vida del animal y de ahí el análisis en cuanto a la tutela de bienes jurídicos que emanan de Derechos Fundamentales, sin embargo, a lo largo de la investigación, la ley se inclina más hacia la tutela de bienestar y dignidad de los animales mascota. En síntesis, no es claro o no existe un bien jurídico definido que sea objeto de tutela en la Ley de Bienestar de los Animales.

De la segunda unidad de análisis orientada a justificar la intervención del Derecho Penal bajo la tutela del bien jurídico que emana de un Derecho Fundamental establecido en la Ley de Bienestar de los Animales, tanto la posición del fiscal como la del abogado litigante concuerdan en que tal bien jurídico no emana de un Derecho Fundamental y que no se puede extraer siquiera de la Constitución Política, sino más bien, se trata de una clase de derechos de tipo económico.

La misma Sala es contradictoria en cuanto a la posición de que la protección de los animales encuentra amparo legal bajo el artículo 50 constitucional ya que, cuando entra en conflicto con derechos de los seres humanos los cuales sí son fundamentales, decide cosas diferentes en cada ocasión, esto es así porque los “derechos de los animales”, siempre serán desplazados por los derechos de los seres humanos. En el voto 3190-2015 de la Sala Constitucional, manifiesta que la protección animal se define en última instancia en función del mismo hombre, y por esta razón es válido limitar la extensión de espectro de protección animal en consideración a otros bienes jurídicamente relevantes para el ser humano.

La entrevistada menciona que el “derecho a la vida animal” no es visto como derecho fundamental actualmente y que como tal debería ser un privilegio plasmado en el ordenamiento jurídico ya que representa la defensa de los animales en su ámbito sentimental. De este modo se inclina hacia los sentimientos que estos puedan tener y como queda claro en las teorías expuestas con anterioridad los animales si son capaces de sentir, de eso no hay duda; lo que pasa es que se re direcciona a un ámbito ético y moral del ser humano y no como tal en la protección de animal.

En cuanto a la intervención del Derecho Penal, se concuerda en que este no es el medio adecuado para crear conciencia sobre el maltrato animal, esto, no es sino una muestra más de cómo el clamor popular se torna de interés político y se materializa con la creación de más delitos; las

modificaciones penales han sido sólo un intento de acallar las demandas que llegaban desde ciertos sectores de la sociedad, sensibles con el problema del maltrato animal.

También se muestra que el Derecho Penal no es sino una mínima herramienta utilizada para crear temor en el infractor y que el medió por el cual se debería crear conciencia es la educación. También se apela a la falta de insumos brindados para llevar a cabo la correcta aplicación de la norma penal puesto que no se cuenta ni con los recursos económicos necesarios ni con el mobiliario adecuado para una correcta investigación en caso de necesidad de autopsia.

En la Res. No. 2014-004035 de la Sala Constitucional de las once horas y cero minutos del veintiuno de marzo del dos mil catorce, indica esta Sala en cuanto a la intervención del Derecho Penal que, “El juez debe ser garante de que efectivamente se está ante el supuesto de una investigación penal en la que se configuran elementos suficientes para estimar que se requiere ese grado de intervención del derecho frente a otros mecanismos menos gravosos, como contrapeso al eventual ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. El Ministerio Público debe demostrar ante el Juez, fehacientemente, la relevancia de la información, la inexistencia de otros medios alternativos y el interés apremiante para la investigación o para el juicio penal de esa información. Esa valoración y test de razonabilidad es propio de la función del Juez”.

Desde esa óptica, es evidente que para evitar abusos del ius puniendi del Estado mediante la intervención del Derecho penal, es necesario ser racional lo cual se designa a la capacidad de elección de medios para alcanzar mejores fines, evidentemente, de lo extraído en las entrevistas, el Derecho Penal no es el medio idóneo para evitar o hacer entrar en conciencia a la sociedad sobre el maltrato o crueldad animal.

El interés por los animales mascota no es de relevancia y menos indispensable para todas las personas, siendo que muchas prefieren no tener ningún tipo de mascota en sus casas y esto no les hace seres inconscientes a los actos crueles que se puedan cometer contra los animales. Entones, si la utilización del ius puniendi del Estado es relevante en cuanto a la protección de bienes jurídicos mismos que emanan de Derechos fundamentales contemplados inclusive en la Constitución Política, de relevancia para los seres humanos y de acuerdo a los elementos esenciales que deben contener los bienes jurídicos trasladando esa línea de pensamiento a la Ley de Bienestar de los Animales; cabe preguntarse si ese bien jurídico emana de un Derecho Fundamental; Es esencial

para la sana convivencia, el orden y la paz social; Es intrínseco al ser humano., las respuestas a esta preguntas parecen ser respectivamente no, sí y no.

Si bien regular este tipo de conductas es importante para logara una sana convivencia entre los seres que habitamos el planeta, no cumple con los otros dos elementos indispensables para la creación de un bien jurídico, y aún bajo el supuesto de que la Sala Constitucional según sea el caso indica que el mismo se encuentra regulado en el numeral 50 de la Carta Magna en lo que respecta al derecho fundamental de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; el bien jurídico que se regula mediante la Ley de Bienestar de los Animales, no es intrínseco al ser humano.

Solo por faltar un elemento ante la creación de un bien jurídico, el mismo no puede ser considerado como tal puesto que se estaría ante la creación de leyes sin sentido que se legislan por la conmoción de un pueblo y no con pensamiento de protección jurídica, de intereses jurídicos relevantes. Debemos recordar que el Derecho Penal se interesa por tutelar aquellos bienes jurídicos que son relevantes dada su realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo, ejemplo, vida, salud, integridad, libertad, patrimonio, entre otros; de lo contrario se estaría abusando del poder punitivo del Estado.

Es de suma importancia mencionar el bien jurídico ya que este cumple además en el Derecho Penal, una función político-criminal, que significa que sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos; un Derecho Penal garantista es aquel que ofrece límites y barreras a un uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al ius poenale. El bien jurídico ofrece un límite en cuanto no es posible crear legislativamente delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atentan contra intereses políticos, ideologías, sentimientos de un grupo de la sociedad, etcétera, y no contra realidades valoradas socialmente.

En la tercera unidad de análisis con relación a la proporcionalidad de las penas establecidas, el criterio de dos de los entrevistados es igual, no es proporcional, de hecho, son mucho más gravosos que las contravenciones. Al respecto

...III.- Sobre el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso como parámetro de constitucionalidad. En un Estado democrático de derecho, la

utilización del derecho penal, por suponer la mayor ingerencia –sic- en la libertad de la persona, debe limitarse a los casos en que no sea posible utilizar un medio menos lesivo. Según el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, la libertad solo puede limitarse en aras de la tutela de las propias libertades o derechos de los demás ciudadanos y solo en la medida de lo estrictamente necesario.

Expresiones de este principio son los de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. “... el principio de razonabilidad surge del llamado "debido proceso substantivo", que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal.

Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados.

Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.

Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o

pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.

Aunado a lo indicado, y haciendo referencia específica a la materia penal, el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que son presupuestos esenciales para tener como legítima la actividad represiva del Estado, requiriendo que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal.

De lo anterior, se deduce que en cuanto a delitos y penas se refiere, en nuestro marco constitucional existe reserva de ley, por lo que en esta materia sólo está permitida la actuación de los poderes del Estado a través de leyes formales. Ahora bien, también en la definición de las conductas punibles, en abstracto, el legislador debe realizar una valoración de proporcionalidad entre el hecho y los montos mínimos y máximos de las penas, de manera que la gravedad de los hechos debe reflejarse en la magnitud de la sanción que se prevé.

Por supuesto, la individualización de la pena que se produce ya en sede jurisdiccional y no legislativa atiende a una serie de factores tanto subjetivos como objetivos que deben estimarse, que son de resorte exclusivo del juez, quien, entre un mínimo y un máximo de sanción otorgado por la ley, debe imponer la sanción que mejor se ajuste a las circunstancias particulares del hecho. Es por lo anterior que cualquier tipificación de una conducta, así como la pena que se pretenda imponer debe responder no sólo a la existencia de una norma legal, sino también a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad según el bien jurídico que se pretende tutelar”.

Lo anterior implica que si bien es el legislador quien tiene la competencia para diseñar los tipos penales que pretenden proteger los diversos bienes jurídicos, esa tarea debe responder a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y a los

fines constitucionales de la pena... (Voto 2011-11697). En similar sentido, votos 8298-2010 y 2004-2009.

En contrario sensu se encuentra con el criterio de que las penas o multas establecidas en nada son proporcionales, pero más bien este criterio está inclinado a favorecer la protección de los animales, a la protección de la vida animal llevando con ello una equiparación con la vida humana, misma que es inviolable, y esta comparación es porque desde el punto de vista del entrevistado el animal al igual que el ser humano siente y sufre de la misma manera, no es aceptable colocar en niveles el dolor.

Desde un punto de vista muy personal, no concuerdo en este punto con la entrevistada siendo que la misma considera que las penas son desproporcionales y más bien debería ser mayores por cuanto se habla de una vida; lo que me lleva a pensar que en este caso lo desproporcional es equiparar el valor de la vida humana con la vida de un animal por considerarse que al igual que el ser humano tienen la capacidad de sufrir. No es un fundamento de peso y hasta resulta ilógica tal comparación.

En general, de la proporcionalidad se habla del adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena como en el de su aplicación judicial. Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se construye en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos y por otro lado, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

En la cuarta unidad de análisis nos encontramos con el supuesto de que la Ley de Bienestar Animal al no poder determinar el bien jurídico, infringe el principio fundamental de Lesividad siendo que este consagra que las acciones que no lesionan a nadie quedan excluidas de la órbita de control por parte del Estado; al reglamentar el Derecho Penal este principio constitucional lo que hace es justamente garantizar el espacio de libertad del cual gozan las personas.

Por otro lado, se considera que en nada infringe el Principio de Lesividad porque para ello porque la sanción ante la infracción del bien jurídico está totalmente justificada y que por el contrario la misma no es totalmente a favor de la protección animal, en ese sentido, parece que lo que la entrevistada quiere decir es que si lo infringe es por no guardar una proporcionalidad con el valor del bien jurídico que se protege y la mínima sanción establecida para regular tal conducta.

El principio de lesividad exige que en todo delito exista un bien jurídico lesionado, y al cumplirse dicha exigencia es que se habilita el ejercicio posterior del poder punitivo. La acción humana tiene que acarrear daño para que el Estado pueda iniciar una persecución penal y así aplicarse el *ius puniendi* que como queda claro, es la facultad del Estado de castigar mediante la imposición de penas siendo que, sin la existencia de un daño o lesión efectiva o potencial a un tercero, el Estado no puede intervenir.

Hay que recordar que el carácter fragmentario o discontinuo del sistema jurídico penal y la naturaleza subsidiaria o *ultima ratio* del derecho penal son las dos caras de una misma moneda consagrada a través del principio de lesividad u ofensividad que nos muestra o enseña que sólo las formas más aberrantes de lesión o riesgo de aquellos bienes jurídico-penales deben ser perseguidas por el Estado.

Es importante hacer mención del bien jurídico, ya que es fundamental en el principio de lesividad y es donde interviene el ordenamiento penal, seleccionando en forma fragmentaria los bienes jurídicos más importantes, no todos sino algunos realmente relevantes, y orienta en forma subsidiaria su intervención frente a ataques intolerables que no pueden ser protegidos por las demás ramas del derecho; esto lo hace el Derecho Penal, no en primer sino en último lugar.

Es por ello que también en esta unidad los entrevistados indican que el Derecho penal debe ser la *última ratio* en el momento de intervenir y sancionar un acto humano ocurrido en la sociedad. La Sala Tercera en la Res: 2004-0461 cita: El Derecho penal es la “*última ratio*” del ordenamiento jurídico, posee un carácter fragmentario, que limita su intervención a los casos estrictamente establecidos por la ley, cuando se esté en presencia de conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos más preciados con que cuenta la sociedad. Por ende, no debe acudir a las normas de Derecho penal para solucionar conflictos que deben ventilarse en otras sedes judiciales.

El maltrato o crueldad animal según lo señala uno de los entrevistados, debería ser regulado mediante lo civil, estableciendo sanciones económicas que van a depender del valor del animal, así como el daño emocional que se pueda causar a su dueño en el supuesto de que el acto de maltrato o crueldad haya sido realizado por tercera persona; pero entonces qué pasaría cuando quien cause el daño es el propio dueño del animal, se tendría que indemnizar al tercero ajeno que interpuso la denuncia suponiendo que alegue alguna afectación emocional por medio del maltrato cometido contra el animal.

Para la regulación de los animales mediante la vía civil se encuentran artículos como el 495.- Los animales domésticos están sujetos a dominio, que se adquiere y trasmite en la misma forma que las demás cosas. Así mismo el artículo 264 indica: El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa, comprende los derechos: 1º.- De posesión. 2º.- De usufructo. 3º.- De transformación y enajenación. 4º.- De defensa y exclusión; y 5º.- De restitución e indemnización.

En ese sentido, la referencia que se puede apreciar en el Código Civil sobre la tenencia o posesión de los animales se regula en cuanto al interés económico que suministra el animal y no de acuerdo con el valor sentimental que se pueda tener hacia el mismo. Alguna parte de la doctrina considera que, ya que son considerados como cosas y que son objetos de propiedad, el propietario de una mascota podría presentar un reclamo en vía civil por el maltrato o muerte que le pueda infligir un tercero. Así estos artículos servirían como herramienta disponible para actuar en caso de maltrato hacia un animal, mascota.

Pero ello no es suficiente, hoy día es demandante e imperiosa la necesidad de cambiar ese estatus legal que el Código Civil le asigna al animal como cosa, se busca que el paso del ser humano por el planeta sea en consonante respeto, no aceptando prácticas crueles hacia los animales, sino que se deben erradicar esas prácticas dañinas que lo que hacen es lesionar la dignidad del ser humano.

Al respecto, Schroh. Olivera, cita que: “Es necesario lograr un cambio en el sistema civil actual en materia de defensa hacia los animales, no es un cambio de índole reglamentaria, sino conceptual”. “Los animales han quedado en el espacio gris entre las personas y las cosas, confundándose en estas últimas. La idea fundamental es discernir entre los distintos conceptos e indagar en la historia para poder lograr una nueva clasificación como realmente corresponde, y

darle un status diferente que les permita ser susceptibles de otro tipo de protecciones” (Schroh. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

Con respecto al Derecho Administrativo como vía para la regulación contra el maltrato o crueldad animal, tampoco parecer ser el adecuado ya que en el hipotético caso de que se denuncie un caso de maltrato animal y la administración no actúa, se produciría el silencio administrativo en el cual se tendrá por desestimada la gestión con lo que hay dos opciones, que el maltrato continúe hasta llegar a la muerte del animal o bien que el tercero actúe por cuenta propia incurriendo con ello en conductas que no tengan aparato legal.

Entonces, si la vía para la regular el maltrato o crueldad animal no es el derecho Civil, no es el derecho Administrativo y tampoco parece ser la más idónea el Derecho Penal, quiere decir que es un tema que vas más allá de lo legal, es un tema de conciencia, de buenas costumbres, de cultura, en fin, de educación.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Es cierto que, desde la existencia del hombre en la tierra, este siempre ha convivido con los animales incluso se ha servido de ellos sea para alimentación, vestido, diversión, compañía, etc.; y en la actualidad es algo que se sigue dando, el trato a los animales domésticos (por animal doméstico se entenderá todo aquel que por sus características evolutivas y de comportamiento conviva con el ser humano, definido así en la reforma de la Ley de Bienestar de los Animales, Ley No. 9458) y la protección de los animales ha sido un tema cambiante a lo largo de los años. Lo mismo que la consideración que de estos se tenía.

Recientemente, la relación ser humano-animal ha sido objeto de un profundo análisis público en virtud de las diversas acciones legales y discusiones políticas iniciadas por distintas organizaciones sociales a nivel internacional. En efecto, el cuestionamiento en torno al estatus jurídico de los animales y la creciente preocupación por el bienestar de éstos ha generado un apasionado debate público y una serie de modificaciones legislativas de interés.

Hablar de derechos de los animales en el pasado era objeto de burla, un tema ilógico e irracional para muchos, considerar a los animales como seres racionales con la capacidad de sentir y susceptibles de derecho es hoy en día una realidad. El Texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, se dio en Londres, 21 al 23 de setiembre de 1977.

En ella se consideró que todo animal posee derechos, que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales, que el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo, que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo, que el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos, y que, la educación implica enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales.

Ante la declaración de los derechos de los animales, surge la necesidad de regular y velar por que tales derechos se cumplan y respeten, es entonces donde interviene el Estado y delega en una rama del derecho la tarea de regular esas conductas, considerándola como la mejor herramienta con la que cuenta el Estado para la protección de esos derechos. Es ahí donde en un principio el Código Civil se refiere a los animales y los protege como cosas pertenecientes al patrimonio de una persona.

Como tal concepción hoy en día no es suficiente por resultar discriminatoria, se aboga por un resguardo mucho más atinado y que define y se considere a los mismos como lo que son, susceptibles de derechos. Es ahí donde debido a un clamor popular, surge la idea de que el Derecho Penal es la herramienta del Estado idónea para proteger a los animales del ataque de terceros inclusive de sus mismos dueños. Lo que no se puede olvidar y menos pasar por alto, es lo que representa el Derecho penal para el Estado y su función.

El Derecho Penal es el instrumento primario de control social que se basa o tiene como fin la búsqueda de la paz social (aunque parezca un fin romántico), es un ordenamiento de carácter social perteneciente al derecho Público que al igual que las demás ramas del Derecho se proyecta o aparece en forma de normas y con estas normas se pretende regular la conducta humana dentro de la sociedad. Se llama instrumento primario debido a que su carácter es obligatorio y tiene como respaldo una parte del poder estatal que se conoce como el poder punitivo que tiene el Estado.

Como rama del Derecho, este se rige por ciertos principios que son indispensables para el correcto uso de esta herramienta siendo la más grosera e invasiva con la que pueda contar el Estado. La legislación Penal, está establecida con ciertos parámetros que, si se irrespetan, se vuelven ilógicos, poco razonables e inútiles para los fines con los que fue establecido el Derecho Penal.

El bien jurídico, es un componente esencial a la hora de acudir al uis puniendi del Estado como garantía de los derechos; el bien jurídico cuenta también con elementos esenciales que son indispensables para que adquiera la titularidad de bien jurídico, estos son: que emane de un bien jurídico, que sea esencial para la sana convivencia, para el orden y la paz social, y que, sea intrínseco al ser humano. Los tres componentes deben darse simultáneamente, si falta uno de ellos no puede tener el carácter de bien jurídico.

Es ahí donde de acuerdo con el Principio de Lesividad, no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el derecho penal, aun cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma, sin el sustrato de bien jurídico es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el Principio de Lesividad.

No se puede abusar del uis puniendi estatal, entre más libre y democrático es un país, más pequeño debe ser su Derecho Penal, cada vez que se hace más grande lo que pasa es que se hace una reducción de libertades y consecuentemente el aparato estatal punitivo se vuelve más grande, lo cual, es un contrasentido. Lo ideal es que se reduzca ese catálogo de acciones punibles y se agrande la cantidad de oportunidades sociales y económicas que puedan tener los ciudadanos.

Otra de las problemáticas que presenta la Ley de Bienestar Animal según de manera personal me comentó la Dra. Iliana Céspedes G. Programa Nacional de Bienestar Animal; en una consulta que se realizó mediante correo, es que, “si bien SENASA apoyo la promulgación de esta Legislación en su momento; como usted conoce al ingresar un proyecto de Ley a estos procesos muchos de ellos cambian y estas modificaciones no siempre cumplen con el 100 % de la expectativa. De una forma los animales adquieren un rango superior de respeto al tratarse como individuos a los cuales cualquier acto de maltrato, crueldad o irrespeto son sancionados bajo esta legislación. Pero por otro lado desafortunadamente no se incluyó presupuesto para las instituciones que deben hacer cumplir esta legislación, lo cual ha causado que sea un tema difícil de cumplir a cabalidad.”

En igual sentido la Licda. entrevistada de la Fundación Ateniense de ayuda a animales abandonados, indica que la problemática es que la Ley fue creada sin establecer un presupuesto para hacerla efectiva, indicó que, ante el caso de la muerte de un animal al no haber instalaciones para poder realizar las autopsias, pericias correspondientes, impiden que se lleve a cabo todo el proceso penal como corresponde. A su parecer la reforma a la Ley de Bienestar Animal más que una herramienta para la protección animal vino a poner trabas porque no se cuentan con las herramientas necesarias para este tipo de casos.

Del mismo modo, el director del OIJ, Walter Espinoza mediante oficio 1289-DG-2018, indica, desde que la ley entró, en vigencia, han buscado aplicarla mediante acuerdos con otras

instituciones, ya que “el legislador no contempló ningún tipo de presupuesto adicional, a pesar de todo lo que una ley de esta naturaleza implica para el Poder Judicial”. “Este órgano se encuentra en la obligación de atender las denuncias, pero no contamos con ningún tipo de recurso óptimo (material ni humano) para la atención de estos casos. El personal no cuenta con capacitación básica, en materia veterinaria, ni investigación forense en animales”.

En el mismo pensamiento se encuentra la Fiscal General Emilia Navas quien expresó al respecto, “La Ley de Bienestar Animal fue aprobada sin contenido presupuestario, eso significa que todos los recursos que tanto el OIJ como la Fiscalía ocupaban para realizar las investigaciones no fueron presupuestadas y no se nos dan, en estos momentos los casos se están atendiendo, pero no hay recursos” ; “De una u otra manera estamos buscando la forma de solventar los problemas de falta de recursos, entonces hasta ahora no ha dado al traste con ninguna investigación, pero definitivamente no hay situaciones que se puedan resolver sin contenido presupuestario”.

Entonces, es un hecho que la Ley cuenta con una deficiencia presupuestaria fundamental para llevar a cabo y con un buen norte las investigaciones y todo el proceso penal que esto conlleva. Así lo indica el juez del Tribunal Penal de Alajuela en la sentencia dictada en el caso del perro Campeón; concluye este Tribunal, que la ausencia de recursos económicos en el Poder Judicial para el manejo de este tipo de asuntos es una realidad, ya que el gobierno central y el Congreso promovieron una ley sin contenido económico alguno. No se debe escoger entre el combate del bienestar animal y el crimen organizado o vivienda, pues son obligaciones del Estado y no compiten unas con otras.

También es un hecho que la Reforma No. 9458, a la Ley de Bienestar de los Animales, violenta los principios de fundamentales del Derecho Penal tales como el Principio de Lesividad al no contar con bien jurídico definido de forma clara y precisa que no induzca a confusión ni a interpretaciones varias en cuanto al bien jurídico de modo que las mismas atentan contra los elementos básicos con lo que debe contar todo bien jurídico, así como su amparo en la Carta Magna.

Finalmente, no debemos obviar, que muchas veces, aunque no se imponga una condena penal, los imputados pueden ser objeto del escarnio público, al verse publicadas sus imágenes en los medios de comunicación o en las redes sociales, siendo esto mucho más lesivo que una eventual pena de prisión, ya que incluso podría llevarlos a ser maltratados en la calle por prejuicios que se

crean contra estas personas, o bien que se les despida de sus trabajos, causando un gran perjuicio a sus intereses personales y familiares.

Para ir concluyendo, en cuanto a la idea de que la herramienta del Derecho Penal no es la adecuada para tratar este tipo de actos, se mostrará el número de personas condenadas y absueltas, en sentencias emitidas por los Tribunales Penales, en delitos que ofrecen protección y bienestar animal, comprendido en el período 2019, de acuerdo a una consulta realizada a la Dirección de Planificación- Subproceso Estadística; con fecha 14 de julio de 2020.

Tribunales Penales		
Delito	Condenatoria	Absolutoria
Comercio, Tráfico de animales	8	0
Descuido con animales	0	1
Maltrato de Animales	0	1
Infracción Ley Caza y Pesca	6	3
Crueldad contra los animales	0	0
Infracción Ley Fauna y Vida Silvestre	1	1
Total Sentencias	15	6

Los delitos de descuido con animales, maltrato de animales y crueldad contra animales durante todo el período del 2019, no lograron ninguna sentencia condenatoria, posiblemente por la falta de prueba que permita de manera contundente incriminar al imputado; sea cual sea la causa por la que no se logró una sentencia condenatoria es estos casos, es importante recordar que en un Estado de Derecho como el nuestro, las leyes están dirigidas a regular las conductas humanas y garantizar la protección de Derecho Fundamentales que poseen las personas, por ello en el tanto no se brinden los elementos necesarios al juzgador para que éste, dentro de un pensamiento objetivo, pueda imputar el delito acusado sin violentar los principios de Legalidad, Inocencia, Lesividad, Debido Proceso, entre otros de los que gozan las personas.

Expedientes en Trámite Juzgados Contravencionales, Juzgados penales y Tribunales Penales	
en delitos que frecen protección y bienestar animal, período 2019	

Tipo de Caso	Dependencia Judicial			
	Juzg. Contrav.	Juzg. Penales	Trib. Penales	Total
-				
Abandono dañino de animal	2	0	0	2
Abandono de animal	61	2	0	63
Abandono dañino animal (artículo 229 bis)	9	0	0	9
Comercio de animales	1	7	5	13
Descuido de animales	25	19	0	44
Maltrato de animales	9	17	3	29
Crueldad Animal	0	14	1	15
Infracción Ley Salud Animal	0	1	0	1
Infracción Ley Caza y Pesca	0	0	0	0
Infracción Ley bienestar Animal	3	1	0	4
Infracción Fauna Silvestre	0	0	0	0
Total Casos en Trámite	110	61	9	180

De la estadística anterior se puede apreciar que los delitos de abandono animal y descuido de animales son los que mayor concurrencia tienen siendo en el primer caso un total de 63 y en el segundo un total de 44, seguido por el de maltrato de animales con un total de 29 casos que se encuentran en trámite en los distintos juzgados y Tribunal Penal. Nótese, que la mayoría de casos se da por abandono, si no existen pruebas suficientes para la imputación de esos delitos, los mismos no podrían atribuirse a los supuestos acusados cuando en el mejor de los casos exista uno.

Las condenas por maltrato o crueldad animal, abandono, descuido; como queda demostrado en el cuadro anterior, no tienen el éxito que posiblemente pretenda la persona que interpone la denuncia y ello, porque, en la mayoría de los casos no existe, como ya se mencionó, prueba suficiente ni tampoco se cuentan con los recursos económicos y recurso humano para atender la situación como se espera. Esto es porque se asignó a esta rama del Derecho, el deber de resguardar el bienestar animal simplemente para parecer una sociedad más justa que trata a todos los seres, incluidos los animales, con igualdad de derechos.

Esto no puede ser, pareciera que se ha perdido el norte que debe tener el Derecho Penal y es que, El derecho penal es considerado como el conjunto de normas con contenido de justicia que están orientadas a resolver conflictos de la conducta humana y a proteger los derechos de las personas, y que además tiene por objeto una intervención punitiva. Se ha entendido que esta rama del derecho es llamada la última ratio, lo que significa que es subsidiaria y que, para acudir a ella, se deben haber agotado todos los mecanismos de control pertinentes. Se confunde el principio de última ratio o de intervención mínima del Derecho Penal como el de primera ratio donde se incorporan temas que deben ser atendidos desde otra perspectiva dejando al margen las medidas coercitivas del Derecho Penal.

Pero en la actualidad, la gente está recurriendo a ésta, para proteger sus intereses de carácter jurídico, razón por la cual el principio de última ratio se encuentra en crisis, pues como se afirmó, el derecho penal se está invocando prima facie y esto ha hecho que este concepto esté perdiendo su fundamento garantista. Hay que tener presente que no cualquier cosa es un bien jurídico, no puede ser un concepto retórico, sino un criterio que esté constituido por unos requisitos; propiamente por principios rectores que lo reglamenten, ya que el mismo no puede ser utilizado como comodín para convertir algo en objeto de protección penal.

Recomendaciones

Tal y como lo indica la misma Ley de Bienestar Animal, en su artículo número uno titulado: “Valores. - La familia y las instituciones educativas fomentarán, en niños y jóvenes, los valores que sustentan esta Ley. De manera particular se enfatizará en los siguientes:

- a) La conciencia de que los actos crueles y de maltrato contra los animales lesionan la dignidad humana.
- b) El fomento del respeto por todos los seres vivos.
- c) La conciencia de que la compasión por los animales que sufren dignifica al ser humano.

d) El conocimiento y la práctica de las normas que rigen la protección de los animales.”

Educar y enseñar son términos que se utilizan muchas veces queriendo expresar lo mismo. Lo cierto es que se trata de palabras con un significado muy diferente; se entiende por enseñar, a la presentación organizada en sistemas de hechos, ideas, habilidades y técnicas a los estudiantes. Educar en cambio, es formar a la persona en valores, por ejemplo, el esfuerzo, la tolerancia, el respeto, compasión, sus derechos y sus obligaciones entre otros. En este sentido se puede afirmar que la primera corresponde a la escuela y la segunda principalmente al núcleo familiar.

Entonces, en la misma línea de pensamiento y atendiendo al bienestar de los animales, la Declaración Universal de Derechos del Animal señala que, la educación es la que debe enseñar desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales. Se hace necesario educar y culturizar a la sociedad, ya que son las mejores herramientas para prevenir este tipo de maltratos y actos de crueldad hacia los animales. De ese modo es que este apartado está orientado a manera de recomendación por supuesto, a que el bienestar animal es tema que debe ser implementado desde la infancia, o sea, en el núcleo familiar.

La educación y la enseñanza son la mejor herramienta con las que puede contar una sociedad para sensibilizar y concientizar sobre la importancia de dirigir un buen trato hacia los animales. La educación es el medio que cambia a las personas mismas que pueden llegar a cambiar el mundo, su principal objetivo es criar personas capaces de hacer cosas nuevas y no solamente repetir lo que otras generaciones han hecho.

En octubre del 2019, la diputada María Vita Monge, del Partido Social Cristiana (PUSC), propuso incluir la educación financiera en escuelas y colegios. La legisladora presentó una reforma a la Ley Fundamental de Educación para introducir como fin de la enseñanza costarricense fomentar el desarrollo de una conciencia financiera. El proyecto fija un plazo de 12 meses al Ministerio de Educación Pública para que diseñe los cambios y estrategias necesarios una vez publicada la reforma.

Considero, que el tema de bienestar animal debería ser implementado de la misma forma, no que el mismo trate de crear una materia más, sino que el Ministerio de Educación, realice los cambios necesarios en las asignaturas que pedagógicamente considere adecuadas para tratar el

asunto. De este modo, la actitud hacia el bienestar animal será más favorable cuanto mayor es el nivel educativo de los estudiantes. Por nivel mayor educativo me refiero a los tres niveles de educación formal que son: Preescolar, educación básica primaria y básica secundaria, y educación media.

Hay una gran deficiencia en cuanto a la protección animal por parte del Estado, y es que el mismo no debe pronunciarse solo mediante una ley, o creando sanciones más severas para castigar este tipo de conductas, sino que hace falta concientizar a las personas, la mejor opción es la prevención, enseñar a las personas empatía por los animales, lo cual empieza por la educación.

Creo firmemente en que la educación y la cultura son las mejores herramientas para prevenir este tipo de actos, más no las únicas, por eso estoy de acuerdo que se deban regular estas conductas imponiendo multas proporcionales a la conducta desplegada del ser humano hacia el animal o bien mediante la imposición de cumplimiento de horas en labores sociales con lo cual la persona tendría más provecho y tomaría conciencia al respecto, siendo que en ocasiones la aplicación de multas podría resultar infructuosa en el caso de una persona que no tenga la solvencia para hacer frente a la sanción quedando así librado del acto cometido.

La educación es necesaria en todos los sentidos. Para alcanzar mejores niveles de bienestar social y de crecimiento económico; para nivelar las desigualdades económicas y sociales; para propiciar la movilidad social de las personas; para acceder a mejores niveles de empleo; para elevar las condiciones culturales de la población; para ampliar las oportunidades de los jóvenes; para vigorizar los valores cívicos y laicos que fortalecen las relaciones de las sociedades; para el avance democrático y el fortalecimiento del Estado de derecho; para el impulso de la ciencia, la tecnología y la innovación.

La educación es uno de los factores que más influye en el avance y progreso de personas y sociedades. Además de proveer conocimientos, la educación enriquece la cultura, el espíritu, los valores y todo aquello que nos caracteriza como seres humanos. En fin, la educación contribuye a lograr sociedades más justas, productivas y equitativas. Es un bien social que hace más libres a los seres humanos.

Guía de preguntas

Primera Unidad de Análisis. Bien Jurídico y Bienestar Animal.

- ¿Existe en la Ley de Bienestar Animal, bien jurídico merecedor de ser protegido a través del Derecho Penal?
- ¿Podría el maltrato o crueldad animal constituirse como un delito contra el medio ambiente regulado en el numeral 50 de la Constitución Política?

Segunda Unidad de Análisis. Derechos Fundamentales y Teoría del Bien Jurídico.

- ¿Considera usted que el bien jurídico que tutela la Ley de Bienestar Animal emana de un Derecho Fundamental?
- ¿Es la intervención del Derecho Penal la vía más adecuada para evitar y crear consciencia sobre el Bienestar Animal, sin que se afecte el principio de intervención mínima del derecho penal, como limitante al ius puniendi del Estado?

Tercera Unidad de Análisis. Teoría del Bien Jurídico.

- ¿Tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma?
- ¿Considera usted, de acuerdo al Principio de proporcionalidad, la pena privativa de libertad y las multas establecidas contempladas en la Ley de Bienestar Animal es proporcional al bien jurídico que tutela?
- ¿En relación con los extremos de las multas y la pena privativa de libertad, son estas desproporcionadas o irrumpen la armonía de los extremos que el legislador previó para las contravenciones en Costa Rica?

Cuarta Unidad de Análisis. Derecho Penal y Tutela en el Derecho Penal.

- ¿A su juicio infringe esta Ley de Bienestar Animal el principio fundamental de Lesividad?
- ¿Debería ser el Derecho Administrativo y no el Derecho Penal el encargado de sancionar este tipo de conductas relacionadas a la crueldad o maltrato animal?

CAPÍTULO VI: ANEXOS

Referencias Bibliográficas

Libros y documentos varios:

- Barbeito, M. I. (2011). Bioética Animal. Un decálogo animalista. Revista de Bioética y Derecho.
- Betancur, N.A. (1996). Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica. Editorial Linoyipia Bolivia. Santa Fe de Bogotá Colombia.
- Bettioli, Giuseppe, Diritto Penale. Parte Generale. Verona, Padova, 8ª ed., (1973).
- Cesare Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas (1764). Universidad Carlos III de Madrid (2015).
- Carvajal Pérez M (2006). El Proceso Penal en la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Derecho Procesal Penal Costarricense Tomo I. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José.
- Cavidad Quintero A. “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia. (1998).
- Cianciardo, J. (2004). El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Buenos Aires, Abaco.
- Cerna Ravines. (2018). El Bien Jurídico Penal Vida en una Sociedad Democrática y Liberal.
- Calderón Quindós F. (2004). El bosque Rousseauiano: belleza y dignidad moral.
- Descartes R. Discurso del Método. Traducción (1976).
- Fernando C., J. Derecho Penal Fundamental. Segunda Edición Volumen II, “Teoría General del Delito y Punibilidad”. Editorial Temis S.A. Bogotá (Colombia), 1989. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. La Ley y el Delito. Principios de Derecho penal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires (Argentina), 1980.

- Kayber Marijon. (1999). “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto”. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España.
- Kant, Immanuel. (1946). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa (2007).
- Mariana H. Silvestroni. (2004). Teoría Constitucional del Delito. Buenos Aires, Argentina.
- Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal Parte General; Edit. Tirant lo blanch; Valencia; 1993.
- Mezger E. (1958). Derecho penal. Libro de estudio. Parte general. Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L. Viamonte 857 T. E. 31-8753 Buenos Aires
- Riechman, J. (2005). Todos los animales somos hermanos. Ensayos sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas. Madrid: Editorial los Libros de la Catarata.
- Roxin C. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, (1999).
- Zaffaroni, E.R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Ediar. Editora. Comercial Industrial y Financiera. Buenos Aires (Argentina), 1985. Tesis de Morales Picado, 2015

Leyes y resoluciones:

- Decreto N°30580- Julio (2002). MINAE-MAG-S San José, Costa Rica.
- La Gaceta, 1912: 787-788. (2012). Alcance digital No. 188, San José, Costa Rica.
- Opinión Jurídica No. 042 – J. (2015). Publicación en Boletín PGR 30.
- Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. Noviembre (2017). Caso García Ibarra Y Otros Vs. Ecuador.
- Sala Constitucional. Sentencia 02771. 2003
- Sala Constitucional, voto 503-94, 1994

Sala Constitucional. EXP: 10-001078-0007-CO. Res. No. 2010-008298.

Sala Constitucional, Res 11623, 2008

Sala Constitucional, Res. No. 14384 – 2009

Sentencia C-095-16. Febrero (2016). Tribunal Constitucional Referencia: expediente T- 5.193.939
Bogotá, D.C.

Tribunal Penal de Alajuela, Sentencia No. 518-2019 EXP 18-000061-0553-PE CRUELDAD
ANIMAL.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Resolución No. 01235
– 2019 EXP 15-000275-1219-PE.

Voto constitucional No.4620 del año 2012

Voto No.4620 del año 2012 de la Sala Constitucional

Constitución Política

Código Penal, Ley No. 4573.

Código Procesal Penal, Ley No. 7594.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Ley de Bienestar de los Animal, Ley No.7451.

Reformas de la ley No. 4573, Código Penal y ley No. 7451, Ley de Bienestar de los Animales

Electrónicos:

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 5. RDMCP-UCR.
<file:///C:/Users/General/Downloads/12510-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20209-3-10-20131123.pdf>

Catecismo de la Iglesia Católica. (1993). Librería Editrice Vaticana.
http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/audiences/1993/documents/hf_jp-ii_aud_19930512.html

The Five Freedoms; The Farm Animal Council. (1979). <https://www.fawec.org/es/fichas-tecnicas/23-bienestar-general/21-que-es-el-bienestar-animal>

HERRÁN JOSÉ CARLOS. (2009). <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/are-we-human>

Ferrari V. Conferencia Derecho e interacción social. Orden y conflicto en una democracia que cambia. 2014 <https://journals.openedition.org/polis/12279>

Henry Salt. (1982). Los Derechos de los Animales.

https://www.catarata.org/libro/los-derechos-de-los-animales_45681/#:~:text=Henry%20S.,Salt&text=Salt%2C%20publicado%20por%20vez%20primera,a%20un%20debate%20que%20contin%C3%BAa.

Rev Chil Neuro-Psiquiat (2001). Gómez Pereira. Antoniana Margarita.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272001000400007

DIARIO EXTRA. (2019). OIJ y Fiscalía no aplican ley de maltrato animal. Falta de presupuesto y pésimas condiciones se los impide.

<https://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/391275/oij-y-fiscalia-no-aplican-ley-de-maltrato-animal>