



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
PROTECCIÓN PENAL EN LOS DELITOS
CONTRA ANIMALES QUE
CONFORMAN LA FAUNA URBANA.**

Autor: Sebastián Felipe Vintimilla Machuca.

Directora: Dra. Julia Elena Vázquez Moreno.

Cuenca - Ecuador

2020

DEDICATORIA

A Dios, como a mi Madre Dolorosa.

A mi núcleo básico y fundamental, que son mis padres, por todas y cada una de las enseñanzas que me han brindado a lo largo de mi vida, que han logrado sembrar en mí “El Ser más para Servir mejor a los demás”.

A Rafael y Nicolás, por toda la motivación que han generado en mí.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a mi Abuelita Ana, así como a mi hermana Gaby, por ser un ejemplo de dedicación y perseverancia en todos los aspectos de la vida.

A la Universidad del Azuay, por ser mi Alma Mater, donde conseguí una enseñanza inigualable tanto ética como profesional, misma que fue transmitida por profesionales y seres humanos valiosos, que me permitieron descubrir el amor por una carrera que sirve para “Ayudar” a quien más lo necesita.

A mi Directora dentro del presente trabajo, la Dra. Julia Elena Vázquez, quien me guio en este camino para conseguir un Sueño que ahora se materializa.

Y a todas aquellas personas que formaron parte de este camino transitado, en donde fui encontrando personas inimaginables e inigualables, a las cuales les puedo llamar Amigos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
ÍNDICE DE CONTENIDOS	III
RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
.....	X
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	4
1. DERECHO PENAL SIMBOLICO Y EL POPULISMO PENAL 4	
INTRODUCCIÓN:	4
1.1. DERECHO PENAL SIMBÓLICO	4
1.1.1. Concepto de Derecho Penal Simbólico.....	5
1.1.2. Derecho Penal Simbólico en la Doctrina.....	7
1.1.3. Causas que generan la aparición del Derecho Penal Simbólico 11	
1.1.4. Características del Derecho Penal Simbólico	12
1.1.5. Efectos del Derecho Penal Simbólico	16
1.1.5.1. Efectos Instrumentales.....	18

1.1.5.2.	Efectos Simbólicos	20
1.1.5.3.	Aplicación de los efectos Instrumentales y Simbólicos	22
1.1.6.	Principio de Mínima Intervención en el marco del Derecho Penal Simbólico	24
1.1.6.1.	Caracteres del Principio de Mínima Intervención Penal ...	27
1.1.6.2.	El Derecho Penal Simbólico y su vulneración al Principio de Mínima Intervención Penal.....	30
1.2.	POPULISMO PENAL COMO MECANISMO MÁS EFICAZ DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO	32
1.2.1.	Definición:.....	32
1.2.2.	Análisis del Populismo Penal	33
1.3.	FINES DE LA PENA	41
1.3.1.	Prevención General.....	42
1.3.1.1.	Prevención General Positiva	43
1.3.1.2.	Prevención General Negativa.....	43
1.3.2.	Prevención Especial	44
1.3.2.1.	Prevención Especial Positiva	45
1.3.2.2.	Prevención Especial Negativa	46
1.4.	SOLUCIONES LEGISLATIVAS RESPECTO DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO	47
	CAPITULO II.....	50
2.	EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	50

INTRODUCCIÓN.....	50
2.1. CONCEPTO DE ACCIÓN.....	51
2.1.1. Definiciones doctrinarias de acción	51
2.2. LA ACCIÓN PENAL	52
2.2.1. Caracteres de la Acción Penal.....	54
2.2.2. Importancia de la Acción Penal.....	56
2.2.3. Objetivos de la Acción Penal.....	56
2.3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	57
2.3.1. Acción Penal de ejercicio Público.....	58
2.3.2. Acción Penal de ejercicio Privado	61
2.3.2.1. Definición y características de la Acción Penal de ejercicio Privado	62
2.3.2.1.1. Definición.....	62
2.3.2.1.2. Características de la Acción de ejercicio Privado.....	63
2.3.2.2. Procedimiento a seguir en los Delitos de ejercicio de Acción Privada	64
2.3.2.2.1. Diferencia entre Querrela y Acusación particular	64
2.3.2.2.2. Procedimiento especial establecido en el COIP para los Delitos de ejercicio Privado.....	65
2.3.2.2.2.1. Audiencia de Conciliación y Juzgamiento	68
2.3.2.3. Figuras procesales aplicables al procedimiento de ejercicio privado de la acción	73
2.3.2.3.1. Desistimiento o Abandono	73

2.3.2.3.2.	Conciliación	76
2.3.2.3.2.1.	Definición	76
2.3.2.3.2.2.	Requisitos para que se lleve a cabo la Conciliación	77
2.3.2.3.3.	Suspensión Condicional de la Pena	79
2.3.2.3.3.1.	Definición y Análisis en base a la Doctrina	79
2.3.2.3.3.2.	Requisitos para la aplicación de la Suspensión Condicional de la pena de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal	83
2.3.2.3.3.3.	Aplicabilidad de la Suspensión Condicional de la pena en los Delitos de ejercicio Privado	85
2.4.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	87
2.4.1.	Concepto de Bien Jurídico Protegido.....	88
2.4.2.	El Bien Jurídico Protegido en el marco del Derecho penal y el Derecho Constitucional	90
2.4.3.	El Bien Jurídico Protegido y el Objeto de Ataque	92
	CAPITULO III	96
3.	EL MALTRATO CONTRA LOS ANIMALES QUE CONFORMAN LA FAUNA URBANA.....	96
	INTRODUCCIÓN.....	96
3.1.	DERECHOS DE LOS ANIMALES	97
3.1.1.	Comparación entre la Constitución de la Republica del año 1998 con la Constitución de la Republica del 2008 en torno a los derechos de los animales.....	97
3.1.2.	El Código civil Ecuatoriano en el marco de los Derechos de los Animales	100

3.2.	LA DESCOSIFICACIÓN DE LOS ANIMALES.....	101
3.3.	CLASIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE FAUNA.....	103
3.4.	FAUNA URBANA	105
3.4.1.	Definición	105
3.4.2.	Animales que conforman la Fauna Urbana.....	107
3.4.3.	Animal doméstico y de compañía entorno al Maltrato Animal	109
3.4.3.1.	Definiciones	109
3.4.3.2.	El Maltrato en animales de la Fauna Urbana	110
3.4.3.3.	Derecho Comparado aplicado en la protección hacia los	
	animales que conforman la Fauna Urbana	112
3.4.3.3.1.	El Maltrato Animal en la Legislación Española	112
3.4.3.3.2.	El Maltrato Animal en la Legislación Colombiana	117
3.4.3.3.2.1.	Delito contra los Animales en la Legislación Colombiana	119
3.4.3.4.	El Bien Jurídico Protegido en los Delitos contra el Maltrato	
	Animal	122
3.4.3.4.1.	Teorías planteadas del Bien Jurídico protegido en los	
	delitos contra el Maltrato Animal	124
3.4.3.4.2.	Los Animales como “Seres Sintientes”	128
3.4.3.5.	Mecanismos Legales de Protección hacia los Animales de la	
	Fauna Urbana	130
3.4.3.5.1.	Protección Administrativa	131
3.4.3.5.1.1.	Infracciones y Sanciones Administrativas	133

3.4.3.5.2.	La Protección Penal como mecanismo contra el Maltrato de Animales de la Fauna Urbana	143
3.4.3.5.2.1.	Contravenciones que sancionan al Maltrato Animal recogidas en el Código Orgánico Integral Penal.....	144
3.4.3.5.2.2.	Revisión Básica de la estructura de los Delitos de Ejercicio Privado de la Acción contra Animales que forman parte del Ámbito de la Fauna Urbana.....	147
3.5.	INCIDENCIA DEL MOVIMIENTO ANIMALISTA.....	156
3.5.1.	Corriente Liberacionista o utilitarista	159
3.5.2.	Corriente Bienestarista.....	159
3.5.3.	Corriente Abolicionista	160
3.5.4.	Movimiento Animalista en el Ecuador	161
3.5.4.1.	Antecedente previo a las Reformas: Ley Orgánica de Bienestar Animal.....	162
	CAPITULO IV.....	165
4.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	165
	CONCLUSIONES.....	165
	RECOMENDACIONES.....	172
	BIBLIOGRAFÍA.....	173

RESUMEN

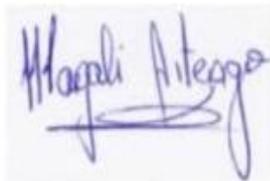
Dentro del ámbito jurídico existen varias ramas que otorgan protección tanto a las personas, naturaleza, cuanto a las cosas, en las diversas relaciones que se pueden generar entre las mismas; de manera, que la consecuencia de lo mencionado es la existencia de la protección Administrativa, Civil, Penal entre otras más, con el único objetivo de lograr proteger aquellos intereses de vital importancia para convivencia social.

El presente trabajo de investigación analiza jurídicamente, si es adecuada la protección penal concedida a los animales de la fauna urbana en las últimas reformas al COIP, para lo cual, se enfoca tanto la parte Sustantiva como Adjetiva para poder determinar su aplicabilidad práctica, y solo así poder establecer si estos nuevos delitos de ejercicio privado de la acción están inmersos o no en el Derecho Penal Simbólico, siendo consecuencia directa del populismo penal, demostrando que por ahora únicamente es necesario la protección Administrativa.

ABSTRACT

In the legal field, there are several branches that provide protection to people, nature and material things in the diverse relationships that could be generated, so that the consequence of it is the existence of the Administrative, Civil and Criminal protection, among others. Their only goal is to protect those interests of vital importance to social coexistence. The following investigation analyses if the criminal protection given to animals which belong to the urban fauna in the latest reforms to the COIP (Organic Integral Penal Code) is adequate. To accomplish this, both the Substantive and the Adjective parts were studied in order to determine its practical applicability. Then, it was established if these new private-practice misdemeanors of the action were or not immersed in the Symbolic Criminal Law, being a direct consequence of the penal populism. This showed that only Administrative protection is needed for now.

Translated by

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Harpeli Aiteaga". The signature is stylized with a horizontal line underneath the name.A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Sebastián Vintimilla". The signature is highly stylized and cursive.

Sebastián Vintimilla.

INTRODUCCION:

El desarrollo tanto social, político y legislativo como eje central para la tipificación de nuevas conductas como tipos penales, así como reformas a otras disposiciones normativas que ostentaban la categoría de contravenciones desde el 24 de diciembre del 2019 se convirtieron en los nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra animales que forman parte de la fauna urbana, en donde encontramos los siguientes delitos: lesiones a los animales, abuso sexual que se ejecutan en los animales, muerte a los animales y por ultimo peleas y combates entre perros u otros animales de la fauna urbana; lo que nos conlleva dentro del presente trabajo a establecer que tan adecuada es la protección penal en el marco de la protección de los derechos reconocidos a favor de los animales.

Por consiguiente, se tiene que comenzar entendiendo el artículo 71 de la Constitución de la Republica vigente desde el año 2008 que reconoce a “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.”(Asamblea Nacional de la Republica del Ecuador a, 2008); de manera, que la propia constitución la reconoce como sujeto de Derechos a la naturaleza en todo su conjunto, comprendiendo dentro de la misma tanto a la flora cuanto a la fauna en sus diversas clasificaciones como titulares de derechos, mismo que podrán ser ejercidos por cualquier ciudadano tanto individual como colectivamente.

Se debe comprender algo clave y fundamental en el análisis jurídico de esta protección a ser examinada, para lo que necesariamente se debe partir del artículo 3 de nuestro Código Orgánico Integral Penal que establece “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”(COIP, 2014), lo que conlleva a considerar necesariamente si se han agotado todos los mecanismos extrapenales, como por ejemplo, la protección que brinda las normas de carácter Administrativo, para que en dicho caso de fracaso por parte de la protección administrativa poder ahí sí, acudir a la protección penal, lo que será en su debido

momento abordado a profundidad de acuerdo a las postulados y caracteres que trae consigo el principio de mínima intervención.

Todo el análisis que se va a realizar respecto de la protección penal que resguarda a los animales de la fauna urbana se abordara con lo que debe ser entendido como Derecho Penal Simbólico y la incidencia del Populismo penal como mecanismo principal del fenómeno de la “simbología penal”, por lo que en el primer capítulo nos referiremos detenidamente al estudio alcanzado hasta el momento, en lo que hace referencia a que comprende el fenómeno expansionista del Derecho Penal Simbólico y los efectos que produce, cuando uno o varios tipos penales están dentro de este fenómeno del derecho penal que cada vez crece y crece más y trae consigo una banalización de la dogmática jurídico penal.

Una vez que haya quedado claro los conceptos, causas que lo originan, característica como los efectos que produce el Derecho Penal Simbólico, así como también estableciendo un mecanismo de evitar que dicho fenómeno se siga expandiendo, en el capítulo dos se ahondara en el estudio de la bien jurídico protegido, objeto material así como todo lo concerniente a la acción penal, para una adecuada comprensión de los fines que persigue cuando se cumplen todos los principios en los que se basan los tipos penales analizando los principios rectores y básicos en materia penal, y en base de aquello comprender quien es el titular de activar el órgano jurisdiccional cuando estamos frente de un delito público, así como en su defecto cuando estamos delante de un delito de acción privada.

Finalmente en el capítulo tercero con fundamento en lo alcanzado en los capítulos previos, entrar a comparar lo que establecía la constitución del año 1998 y nuestra constitución actualmente vigente desde el año 2008, respecto a los derechos reconocidos en favor de los animales como parte integrante de la naturaleza, y consecuentemente, analizar todo el desarrollo logrado en cuanto a la protección de los derechos a favor de los animales de la fauna urbana, por lo que se analizara que se debe entender por fauna urbana, que animales se ven inmersos en dicha clasificación y si la protección penal tiene primordial interés en todos los animales de la fauna urbana o en su defecto solo se enfoca en los animales domésticos que solo sería una parte dentro de la fauna urbana, y así

lograr encontrar una delimitación de la protección que otorga nuestro ordenamiento jurídico contra el maltrato animal, estableciendo previamente que se entiende por el maltrato hacia los animales, y los mecanismos de protección que otorga tanto la rama administrativa dentro de su proceso sancionatorio, cuanto la rama penal a través de las contravenciones y delitos con sus procedimientos determinados en nuestro cuerpo normativo que vienen a proteger a un bien jurídico aún no determinado, desde la vigencia de nuestra constitución.

Una vez realizado aquello entrar en el derecho comparado con legislaciones como Colombia y España que son pioneras en dicha protección contra el maltrato animal; para concluir si en base a todo el análisis realizado en conjunto del presente trabajo, se determina si es adecuado o no la protección penal o únicamente nos encontramos ante tipos penales que responden al Derecho Penal Simbólico, ya que fueron tipificados por incidencia de grupos activistas de los derechos de los animales, lo que conllevaría a una potencial reforma en busca de otro mecanismo eficaz de protección para los animales de la fauna urbana y así lograr parar en algo al expansionismo de la fenomenología del simbolismo en la rama penal.

CAPITULO I

1. DERECHO PENAL SIMBOLICO Y EL POPULISMO PENAL

Introducción:

En este primer capítulo hacer tratado, es un punto de partida clave comprender todo el desarrollo alcanzado respecto del estudio del Derecho Penal Simbólico, ya que el mismo es el núcleo del trabajo que realizare, y una vez que se entienda al mismo, poder comprender al principal mecanismo utilizado que es el populismo penal, para poder determinar si los fines de la pena se cumplen, así como entrar en el estudio del principio de mínima intervención penal dentro del marco del Derecho Penal Simbólico, todo ello con la finalidad de determinar si estos nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que conforman la fauna urbana han sido bien legislados.

Todo esto se realizara con el debido detenimiento de establecer lo que significa este fenómeno expansionista de la simbología dentro del derecho penal, que ha traído consigo un sin fin de opiniones de la más variada índole de Juristas, que en su debido momento serán abarcadas en sus opiniones y puntos de vista que a mi parecer serán los más destacados, y solo con aquello poder entender el objetivo en el que se basa este trabajo, que es determinar las consecuencias que acarrear los tipos penales que se encuentran inmersos en el Derecho Penal Simbólico ya que la protección que brinda no ha sido suficientemente estudiada de acuerdo a los principios rectores del Derecho Penal, permitiendo así una adecuada técnica legislativa, y solo con aquello poder ver y analizar las consecuencias que ocasiona en la población en general, cuando dichos tipos penales solo tienen efectos simbólicos que únicamente respondieron a fines políticos más no al interés primordial de la ciudadanía.

1.1. Derecho Penal Simbólico

Previamente a entrar en el núcleo de este capítulo, dado que aquí se analizara si la protección penal en los delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que conforman la fauna urbana es adecuada para resguardar

los derechos de los animales, se debe partir, que para que una sociedad logre una manera de defensa a sus bienes jurídicos más valiosos se necesita de un Derecho Penal real y vigente, ya que de esta forma se obtiene al momento de activar al Órgano Jurisdiccional una protección eficaz y eficiente al derecho vulnerado, por eso a mi criterio es necesario citar las palabras de Rodríguez Moreno, en donde considera que “...el Derecho Penal es la rama más importante del Derecho, la única que puede garantizar la armonía social. Sin Derecho Penal no hay sociedad posible. Sin Derecho Penal el Estado se convierte en una entelequia inimaginable”(RODRÍGUEZ MORENO, 2013).

De manera que dentro de la rama del Derecho Penal, se necesita que todos y cada uno de los tipos penales existentes dentro del cuerpo normativo vigente, respondan a una realidad social que busca la solución de un problema, conflicto o un “mal” o como la sociedad quiera llamarlo, y no únicamente se simbolice que dicho conflicto social se ha resuelto, por el hecho de verse tipificado como delito, y al ser meramente simbólico, no se haya avanzado nada en la generación de progreso y protección, por consiguiente, el problema se quedara en un hueco sin salida, el cual, se hará cada vez más grande, dejando sin aquella y ansiada armonía social impidiendo una adecuada estructuración de la sociedad.

1.1.1. Concepto de Derecho Penal Simbólico

Al momento de hablar del Derecho Penal Simbólico, debemos entender que es algo nuevo conceptualmente hablando, ya que es un fenómeno que ha surgido desde la época de los ochenta dentro de la rama penal, por lo que, no existe aún una definición exacta de lo que debe ser entendido el mismo; sin embargo, se intentara aproximar lo más posible a lo que debe entenderse, tomando como fundamento la función instrumental y simbólica del Derecho Penal, por consiguiente, es preciso enunciar lo que García-Pablos considera respecto del Derecho Penal Simbólico que consiste en:

El efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de los electores (autocomplacencia y satisfacción, en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), y nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos. (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2000, pág. 120)

Aquel efecto psicológico que genera la utilización de simbología dentro de la rama penal, como bien lo menciona el autor citado, genera una paz irreal dentro de la convivencia social, ya que el problema no va hacer resuelto, lo que trae consigo es la falta de protección al bien jurídico que se pretende proteger; de manera que a palabras de Fernández Ruiz:

Que el derecho penal trabaje con símbolos y significados es una obviedad, el problema reside cuando se le utiliza deliberadamente para producir un determinado efecto en la opinión pública, un impacto psicosocial, y no para proteger eficazmente los bienes jurídicos que pretende tutelar “Por qué entonces se pervierte la función genuina del derecho Penal, que, es siempre una función instrumental. (FERNÁNDEZ RUIZ, 2006, pág, 140)

De forma, que de acuerdo a las dos pensamientos planteados previamente, se encuentran puntos concordantes respecto del Derecho Penal Simbólico, que es la producción de un efecto de “seguridad” en la opinión de la gente respecto a una solución aparente “presunta” de un conflicto social, el cual el legislador se ha pronunciado al tipificarlo como delito; sin embargo, trae consigo la No protección del bien jurídico que supone aquel nuevo tipo penal, que presuntamente debería tutelar y proteger al derecho que se encuentra en peligro de ser gravemente lesionado.

Es por estos efectos, que a palabras de Felipe Rodríguez Moreno, a las cuales me apego a su forma de pensar, conceptualiza al Derecho Penal Simbólico de la siguiente manera, en donde:

El Derecho Penal Simbólico son todos aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal y a sabiendas de que no serán aplicados, o que los delitos tipificados son imperseguidos, únicamente como herramienta política, utilizada para responder a las exigencias de los ciudadanos frente a sus gobernantes. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013)

Del concepto planteado, se puede inferir lo que se va a tratar de demostrar en este trabajo, que será señalar la simbología que traen consigo los nuevos

delitos de ejercicio privada contra los animales que conforman la fauna urbana, lo que ocasionaría y demostraría que la protección penal no es adecuada, y solo tendrían fines demostrativos para que la ciudadanía vuelva a tener confianza en el Sistema de Justicia, cuando se haya cometido un ilícito que atente contra los animales, consiguiendo una calma que solo será momentánea, ya que el problema se mantendrá y los derechos de los animales no tendrán una tutela adecuada, por lo cual, serán reiteradamente vulnerados.

1.1.2. Derecho Penal Simbólico en la Doctrina

Respecto del tratamiento dado por los estudiosos del derecho a lo que debe ser entendido por Derecho Penal Simbólico se debe dejar en claro nuevamente, que el tema no ha si tratado considerablemente, por lo que existe una escaso estudio al mismo; sin embargo, a pesar de la escases se tratara en la medida de lo posible, hacer ciertas menciones que clarificaran las circunstancias que identifican al Derecho Penal Simbólico para poder así tener una completa comprensión en la interpretación del tema a tratar.

El primer punto a tratar, es mencionar que no se debe confundir el Derecho Simbólico con el Derecho Penal del Enemigo, ya que puede un tipo penal que se adhiere a la corriente de pensamiento del Derecho Penal del Enemigo ser utilizado por el Derecho Penal Simbólico, pero sin dar lugar a que sea entendidos como sinónimos, ya que son dos fenómenos dentro de la rama penal diferentes, de manera que es adecuado hacer la mención a lo que Silva Sánchez establece al respecto que “El Derecho Penal Simbólico necesita del Derecho Penal del Enemigo para lograr su fin de “absurdas cruzadas morales” (SILVA SANCHEZ, 2002, pág. 305).

Esta referencia respecto del Derecho Penal del Enemigo, se tiene que entender que el mismo trae un anclaje con el Derecho Penal Simbólico, sin embargo, dentro del primero tiene como objetivo principal que el criminal no sea tratado como un ciudadano normal, ya que el mismo representa un problema y un peligro para convivencia dentro de la sociedad, y la ciudadanía al enterarse que un criminal pudiera en un supuesto no consentido, ser privado de la libertad indefinidamente como consecuencia del Derecho Penal del Enemigo, generaría un efecto de falsa y absurda seguridad.

Por consiguiente, bajo este supuesto entra la labor del Derecho Penal Simbólico, ya que los legisladores apoyarían estas ideas dando una falsa percepción a la ciudadanía de protección basándose en que un criminal pudiera ser privado de la libertad indefinidamente, para así bajar la tasa de criminalidad llegando a convencer de cierta forma que el delito no se perpetrara, dejando a salvo al bien jurídico protegido (derecho fundamental), pero en la realidad no tendrá aplicación práctica por desconocimiento de la carta magna y de los tratados sobre los Derechos Humanos que impiden dicha penas ya que atentarían contra los derechos de las personas privadas de la libertad, de manera que solo estos tipos penales respondería a fines políticos, dejando a un lado los intereses de la ciudadanía que busca únicamente seguridad para convivir plenamente en sociedad.

Para perfeccionar esta idea es necesario citar nuevamente las palabras del autor ecuatoriano Rodríguez Moreno, el cual sostiene que:

El Derecho Penal sea del Ciudadano o del Enemigo podrá ser Derecho Penal Simbólico según determinadas y exclusivas circunstancias de: institucionalidad política, sistema de gobierno, ubicación geográfica, instituciones procesales, cualidad y calidad jurisdiccional, ideología, infraestructura penitenciaria, recursos económicos, incidencia de la religión, densidad demográfica, e incluso me atrevería a decir: clima.

Con lo anteriormente explicado quiero decir que una misma institución del Derecho Penal del Enemigo puede ser Derecho Penal Simbólico en Ecuador y no serlo en Honduras, o serlo parcialmente en Irán y no serlo en Vietnam. Por eso el análisis del Derecho Penal Simbólico jamás puede ser generalizado y debe ser sometido a un exhaustivo análisis individualizado para determinar su existencia total, parcial o nula, según el lugar donde se lo finge aplicar. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013).

Hasta ahí la diferenciación entre Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal Simbólico, debiendo siempre partir, que la diferenciación en muchos de los casos depende de las diversas circunstancias que se puedan presentar, así como de la legislación que aborde la temática tratada, por lo que

se usara al Derecho Penal del Enemigo para que se adentre en el Derecho Penal Simbólico, con la finalidad de conseguir una seguridad vana, misma que se introducirá en los ciudadanos como solución a los problemas, y con aquello únicamente se consigue réditos e intereses políticos, que es para lo único que sirve el Derecho Penal Simbólico.

Otro tratadista que ha tratado sobre la temática del Derecho Penal Simbólico es Alessandro Barrata, el cual lo conceptualiza de la siguiente manera:

[...] la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones altísimas. (BARRATA, 1995, pág. 53)

Es por ello, que cada vez encontramos nuevos delitos, reformas en la cantidad de años respecto la pena privativa de libertad, así como también en el endurecimiento en los requisitos para que una persona privada de la libertad pueda acceder a los beneficios penitenciarios, y eso ocurre como dice Barrata como una consecuencia de generar “una ilusión de seguridad” en la gente, ya que con aquello las personas podrán confiar nuevamente en el sistema de justicia, la cual en nuestro país y realidad es escasa.

Para otro autor como lo es Borja Jiménez, conceptualiza y manifiesta que el Derecho Penal Simbólico es una manera de legislar para:

Resolver conflictos sociales que consiste en: ante un conflicto Penal grave que alarma a la sociedad, los medios de comunicación alarman a la sociedad con constante aprovechamiento del espacio para vender, con criterios de la ideología de la globalización (lucrar), y ante esa alarma social surge odio hace el presunto culpable (es culpable sin proceso), luego la gente se siente insegura y surge la idea de que el político que pueda solucionarlo será quien más votos obtenga (ideología de la globalización: obtener el máximo beneficio), tomando en cuenta que nadie puede impedir estos sucesos, sino únicamente hacer creer que es posible neutralizarlos. ¿Cómo? Reformando la ley

Penal y haciendo creer a la sociedad (ingenua) que así se solucionan uno, dos o tres casos alarmantes. (BORJA JIMENEZ, 2012)

Para este autor, el rol de los medios de comunicación son claves, ya que muchos de los casos los convierten en mediáticos y sensacionalistas, y todo por un afán de conseguir más seguidores y así lograr lucrar de la situación, pero lo que en realidad obtienen es la banalización del Derecho Penal, aunque eso a ellos no les interesa, por consiguiente, dentro de esta situación sola una parte sale ganando y es el político como los medios de comunicación, que viene a catalogarse como salvadores al o los problema que clama la ciudadanía, pero en verdad solo son cómplices de que aquel problema se agrande más y más.

Por último, otro autor como lo es el argentino José Daniel Cesano considera desde su perspectiva, que la característica del Derecho Penal Simbólico es:

Una marcada ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, a través de la creación de nuevas figuras delictivas; neo-criminalización que cumple una función esencialmente retórica. Es decir: se trata de normas que no tienen una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger (sencillamente porque no se aplican), pero que, sin embargo, juegan un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de los electores. (CESANO, 2004, pág. 18)

De todos estos criterios citados incluyendo este último, se puede reafirmar nuevamente y siendo redundante en la postura a la cual me adhiero, que el Derecho Penal Simbólico únicamente responde a fines políticos, es decir, utiliza un mecanismo tan eficaz que es el Populismo Penal para la consecución de sus fines.

Donde a criterio personal, de todo lo analizado en la doctrina respecto de este tema, es que en base de un conflicto social que clama protección de cualquier rama del derecho, el legislador les otorga la protección penal, sin previo estudio de la dogmática jurídico penal, por lo cual, no se respetara los principios de esta rama, sino lo hace únicamente con el afán de conseguir réditos y complacer sus intereses individuales, y solo por eso tipifica una conducta como delictual, generando aquella falsa sensación de seguridad de haber solucionado

los “males” que agobia a la sociedad; sin embargo, lo que verdaderamente ha conseguido es un “simbolismo” dejando sin una adecuada protección y tutela jurídica a los derechos que seguirán siendo vulnerados.

1.1.3. Causas que generan la aparición del Derecho Penal Simbólico

Para poder entender el ¿Por qué? de la aparición del Derecho Penal Simbólico, se debe deducir las causas que lo genera, para así, lograr sacar una o varias de la razones por las que cada vez se sigue extendiendo este fenómeno dentro del Derecho Penal, el cual se da no solo en nuestro país, si no en todas las legislaciones del mundo, pero sobre todo y especialmente en aquellas democracias que tienen una pésima representación popular a través de los políticos que se eligen, los cuales en muchos de los casos, no tienen una formación en las Ciencias Jurídicas o Políticas, que les permitiese al momento de hacer ofrecimientos a la ciudadanía, determinar si es viable o no convertir a una conducta en delictual, por lo que se afecta de manera drástica al sistema de justicia y eso ocasiona que la gente ya no confíe en la misma.

El autor ecuatoriano Rodríguez Moreno, señala cuales son las causas que generan este fenómeno expansionista dentro de la rama penal, mismas que las establece en tres, las cuales son:

- a. La identificación con la víctima.
- b. La atomización y pluralismo de una determinada sociedad conduce a que existan bastantes proyectos de vida con diferentes grados y maneras de valoración según el tiempo y la idiosincrasia.
- c. La Globalización del Derecho Penal. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013)

Lo que significa de estos tres presupuestos previamente citados, que presuntamente son aquellos los generadores de la aparición y esparcimiento del Derecho Penal Simbólico; y lo es, porque en primer lugar la víctima potencial toma un rol fundamental, y al decir “potencial” se refiere a que cualquier persona puede convertirse en víctima, porque se generó en la mente de la población que el problema es demasiado grave, por lo que la sociedad se va identificar con la víctima, porque puede convertirse en cualquier momento en aquella.

Respecto de la segunda causa, se pudiera decir que dependiendo de lo que cada persona espera dentro del desarrollo de su vida y basándose en principios arraigados en su interior personal, solicita que el aparato estatal proteja lo que para ellos es primordial, utilizando como medio para alcanzar dicho fin al Derecho Penal, sin que se haya si quiera previsto otros tipos de protección, dado que consideran que únicamente la rama penal sirve dentro de todo el Derecho, lo cual es totalmente adverso a la realidad.

La ultima causa, se refiere a una consecuencia que se deriva de la Globalización, que infiere a todo el mundo, por lo cual, no se puede negar sus efectos dentro de la rama penal, ya que lo que se busca con la misma, es una identificación global de los problemas sucintos en toda la población, sin embargo, la misma jamás va a poder aplicarse, debido que cada norma y disposición normativa responde a una idiosincrasia propia de cada sociedad, que jamás va a poder ser igual por ejemplo, la ecuatoriana con la española.

Todas estas causas son las generadoras del Derecho Penal Simbólico, ya sea en conjunto o separadamente, y las mismas cada vez se adentran más en la sociedad, lo que ocasiona que sea de cierta forma in-combatible, sin embargo, una solución sería la preparación educativa de los próximas personas a ocupar los cargos públicos; esto será analizado al finalizar este capítulo con un poco más de detenimiento.

1.1.4. Características del Derecho Penal Simbólico

De la conceptualización dada anteriormente, así como de establecer las causas que originan y permiten que el Derecho Penal Simbólico se expanda a niveles cada vez mayores, nos permite dilucidar características propias que trae este fenómeno de la rama penal, mismas que están tanto implícitas como explícitas, dentro de los conceptos de los distintos doctrinarios previamente citados, de los cuales extraeré los más relevantes.

Una primera caracteriza que se puede nombrar es la falsa confianza generada en la sociedad, ya que al conseguir de parte del legislador normas y disposiciones penales, que aparentemente son eficientes y eficaces para la protección de lo que reclaman enfocados en los derechos fundamentales de todas las personas, vuelven a tener confianza tanto en los legisladores (políticos) como

en el sistema de justicia; sin embargo, aquello no es verdad, por lo que es preciso citar las palabras de Polaino Navarrete que determina esta característica, en donde:

Sostiene que el Derecho Penal Simbólico pretende originar confianza en la población, haciéndole creer que la sociedad se protege a sí misma y que las normas del Derecho Penal son válidas y despliegan su eficacia, ejerciendo su cometido de proteger bienes jurídicos. (POLAINO NAVARRETE, 2012, pág. 144)

La siguiente característica a tratar, es que este fenómeno denominado Derecho Penal Simbólico nunca tendrá un efecto funcional para lograr luchar contra la delincuencia y comisión de infracciones, así como para eliminar los problemas y conflictos sociales que nos aquejan y que buscamos protección, sino al contrario, únicamente genera un efecto “simbólico” que logra ser como una anestesia temporal a dicho problema; para precisar esta característica citare a Rodríguez Moreno donde lo explica de la siguiente manera:

El Derecho Penal Simbólico no es funcional y siempre será simbólico, que si el Derecho Penal funcionaría como erradicador absoluto y omnipotente de la criminalidad y las sociedades perfectas existieran, el Código Penal sería utilizado una sola vez y luego desaparecería. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013, pág. 45)

Dado que esto jamás va a suceder, es que tenemos un cuerpo normativo como lo es el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el año 2014, el cual si bien podrá reformarse cada vez, nunca podrá erradicar la criminalidad, ya que eso es una utopía estructurada dentro de una falacia, que muchas de las veces la gente se ha dejado engañar, pensando que las reformas que se proponen son funcionales siendo únicamente simbólicas.

La siguiente de las características, será la consecución de poca protección en unos casos, así como en otros, la nula protección al bien jurídico protegido, porque, puede ser el caso que incluso no exista un bien jurídico protegido debidamente delimitado, como si lo hay para otras figuras penales que protegen tanto a la vida, libertad, como al honor, etc. Y ese es un presupuesto factico a tratar en este trabajo que será abordado tanto en el capítulo segundo cuanto en el

capítulo tercero, donde se hace una pregunta ¿cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la fauna urbana?

Esta característica encuentra su fundamento en las palabras del autor Winfried Hassemer, quien es la persona que acuñó el nombre del Derecho Penal Simbólico, y pionero en el tratamiento jurídico de este fenómeno, el expresa que “El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una «necesidad de acción»”(HASSEMER, 1995, pág. 13).

El autor Rodríguez Moreno establece otra característica que lleva consigo el Derecho Penal Simbólico, y es que las normas que se encuentran en este fenómeno, son engañosas (dicho engaño se encuentra implícito), porque generan en las personas falsa confianza y seguridad, pero cuando despiertan de aquel sueño, pierden la confianza en las disposiciones normativas y por ello en el sistema de justicia, por la falsa solución que no permitió ayudar o coadyuvar en la solución al problema que les agobia, y para profundizar esta idea citare el pensamiento de Hassemer a través de las palabras interpretadas por el autor ecuatoriano en donde señala esta característica: “catalogando al Derecho Penal Simbólico como un “engaño” o una “pura fanfarronada” que puede hacer que la sociedad pierda la confianza en sus normas”(RODRÍGUEZ MORENO, 2013).

Entre todas características mencionadas, la siguiente que se analizara y que para mi criterio la más importantes de las desarrolladas hasta este momento, es que el Derecho Penal Simbólico como ya se mencionó anteriormente responde única y exclusivamente a fines políticos; y esta característica existen en toda la doctrina tratada hasta ahora sobre este punto concordante, de manera que citare el pensamiento del autor Borja Jiménez misma que ha sido citada por Rodríguez Moreno, en donde señala la consideración a los fines políticos en el Derecho Penal Simbólico, por la forma en que se tipifica al nuevo tipo penal, señalando que “La definición de la conducta objeto de la incriminación suele ser difusa, abstracta, de difícil concreción”(RODRÍGUEZ MORENO, 2013, pág. 50).

Esta forma de tipificación tomando como base las palabras de Borja Jiménez, se podría explicar de la siguiente manera, y es que debido a la ignorancia por parte del legislador, y en el afán de ganar un curul ofrece como oferta de campaña erradicar los problemas que aquejan a la ciudadanía en un caso, y en otro, por volver a ganar las elecciones, intentara de alguna forma materializar dichas promesas de campaña ofrecidas previamente, por lo que sin consultar, así como realizar un minucioso análisis jurídico penal, tipifican una conducta como delito, lo que ocasiona que la protección no sea la adecuada, y únicamente dicha tipificación responde a fines políticos, y es por eso, que una o varias personas se aprovechan del Derecho Penal.

La última característica abordar, que englobara implícitamente todas las anteriores, es que responde el Derecho Penal Simbólico a la opinión pública, lo cual, ha sido una consecuencia directa de los medios de comunicación; es por eso que la relevancia de los medios de comunicación en esta característica genera una posición predominante del periodismo, que en muchos casos es una payasada, ya que estos en su afán de transmitir información “sensacionalista o mediática” que es la que vende en mayores proporciones, consigue que más gente se haga sus seguidores.

Por lo cual, se agarran de situaciones que de cierto modo si merecen la atención y protección del Derecho, debido a debates que se han originado sobre problemas sociales que responden a una realidad, pero que no exclusivamente deberían ser abordadas por el Derecho Penal, pero sí de las demás ramas del derecho, y las potencializan hasta un punto que genere preocupación y alarma, ya no solo de un grupo pequeño sino de un gran porcentaje de la población, que arremeterán contra del legislador para alcanzar su finalidad, y así sentirse mucho más seguros, aunque la realidad va hacer otra; ya que si entendemos la funcionalidad del Derecho y en especial del Derecho Penal, no es conseguir incesantemente más tipos penales, sino al contrario, ya que el Derecho Penal es de ultima ratio, es decir, viene hacer un último recurso cuando los demás recursos hayan fracasado o no son adecuados para conseguir una tutela adecuada.

De todo lo mencionado es preciso el momento para citar al autor Diez Ripolles, en donde hace una clara consideración a esta característica inferida por mi persona, que la expone de la siguiente manera:

...la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permita al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los concesos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes.(DIEZ RIPOLLES, 2002, pág. 66)

De todas estas características, que hacen de delimitadores a este fenómeno dentro de la rama penal, a la cual, se ha denominado Derecho Penal Simbólico, mismas que han sido inferidas de un estudio de la doctrina y trabajos investigativos realizados hasta la presente fecha, que conjuntamente con las casusas que lo originan, se podría decir que son las fuentes de las cuales se nutre dicho fenómeno, para que se expanda cada vez más y más dentro de la rama penal la “Simbología”.

1.1.5.Efectos del Derecho Penal Simbólico

Para poder entender los efectos que trae consigo el Derecho Penal Simbólico, se debe partir que dichos efectos simbólicos siempre han estado en las ciencias jurídicas y concretamente en el Derecho, porque este irradia sobre la sociedad y todo lo que la compone, es decir, está presente respecto a cada una de las personas y en todas sus actividades que realicen; por consiguiente, como una forma de buscar que todas las personas se representen conductas, sanciones y hasta penas se ha usado la simbología en muchas de las ramas del derecho.

El problema resulta cuando esta simbología es adulterada, cuando su objetivo y sus fines son menos cavados, es por eso acertado las palabras de Diez Ripollés cuando se refiere al asambleísta, congresista o diputado que son varias de las denominaciones que sirve para identificar al legislador, para cuando este último, vulnera una de las tantas ramas del Derecho, y que en este caso es la rama penal.

Buscando a través de los fines de la pena, que obviamente también son infringidos, tipificar infracciones para frenar un problema que agobia a los ciudadanos, cuando dicho problema tiene mecanismos de solución ajenos a los penales, que aún ni siquiera han sido usados pero de igual manera han sido descartarlos por diversas circunstancias que nunca tuvieron lugar; y he ahí la crítica al poder legislativo que a través de los assembleístas (falsos representantes de la sociedad) banalizan la rama penal; es por eso que el autor ha esta situación lo intenta circunscribir de la siguiente forma:

El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no solo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no lo son propios. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, pág. 64)

Sin embargo, de esto último expuesto, necesito hacer mención que dentro de la rama penal no existen efectos simbólicos únicamente, sino que la misma, está compuesta por efectos tanto instrumentales como simbólicos, para así cumplir de alguna manera sus fines últimos, que es, entre uno de ellos permitir la convivencia pacífica; para lo cual, será necesario precisar que debe ser entendido por los unos así como por los otros, por lo que se volverá a citar al autor que mejor ha tratado esta temática que es el Mexicano Díez Ripollés, donde sucintamente expone lo que deben ser entendidos:

Los Efectos instrumentales, están vinculados al fin a la función de protección de bienes jurídicos, por lo que tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. En cambio, los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, págs. 67-68)

De esta explicación, trae como interpretación que los efectos instrumentales están enfocados de manera imprescindible, a una protección adecuada de los bienes jurídicos que la rama penal se ha hecho cargo de protegerlos y velarlos para así impedir su vulneración, ya que estos efectos si consiguen modificar que conductas reprochables se realicen, impidiendo materializar aquel injusto de reproche social, de manera que si cumplen una finalidad preventiva.

En cambio, los efectos simbólicos no vienen a proteger a los bienes jurídicos, ni consiguen en gran medida que de alguna manera se modifiquen comportamientos para impedir la vulneración del derecho que supuestamente se tiene que proteger; dado que todo queda en el lado subjetivo de la persona, por eso se habla de mensajes o contenidos de carácter valorativos, que podrán conseguir como una representación en el fuero interno de las personas, sobre las implicaciones de realizar la conducta sancionada; el cual, siempre estará supeditado al nivel de formación alcanzado en varios aspectos, y no únicamente el educativo, sino sobre todo al moral respecto de las repercusiones que puede traer consigo, pero en la generalidad de las personas dichos efectos simbólicos no previenen nada.

1.1.5.1. Efectos Instrumentales

De lo sucintamente expuesto anteriormente, considero demasiado necesario explicar un poco más, respecto de que debe ser entendido por efectos instrumentales en concordancia con la pena y los fines que esta busca, dado que los mismos son los que necesariamente se requieren para una adecuada protección de cualquier bien jurídico; debiendo puntualizar que el Derecho Penal no únicamente está compuesto y conformado por estos efectos, sino también pasan a formar parte los efectos simbólicos.

Lo que si es preciso mencionar es que el Derecho Penal en mayor parte si deberá basarse sobre los efectos instrumentales, ya que los mismos consiguen una modificación en el comportamiento humano, y esto es demostrado en la realidad social, ya que cumplen los fines de la prevención general de la pena, cuando se analiza en base de la teoría Relativa de la misma, desde sus dos enfoques tanto positivos como negativos.

Es por eso, tan cierto el criterio del autor Diez Ripollés cuando circunscribe los efectos materiales o instrumentales con el fundamento de la pena y la reacción penal, donde:

Al fundamento de la reacción penal (efectos instrumentales) le sirven de presupuesto dos realidades: por un lado, la efectiva producción en nuestra sociedad de graves lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia; por otro, la existencia de ciudadanos a los que en alguna medida se les puede hacer responsables de tales daños, en la medida que estos no son disuadidos. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, pág. 71)

Es por aquello, que los efectos instrumentales o también llamados materiales, requieren de dos presupuestos para tener una plena validez y vigencia, ya que necesitan imperativamente que un bien jurídico este inminentemente en peligro o que ya se estén generando lesiones, dado que en base de aquello se basara el legislador al momento de que un tipo penal se cree gracias a la tipificación, por que responderá a estas amenazas y lesiones con una sanción.

Esto es así porque ante la eventual peligrosidad o lesión, el tipo penal al traer consigo una pena por la infracción, genera de una forma directa en las personas sociales, así como en los eventuales delincuentes la transformación comportamental con relación a lo que se prohíbe, por lo que se estaría cumpliendo lo que busca los fines de la pena de acuerdo a la prevención general.

Aunque debo necesariamente dejar presente que eso no modificara de ninguna manera a los delincuentes en potencia y seriales (asociales en estado puro), ya que para ellos será aplicables la prevención especial, donde se mira la rehabilitación de un lado y la protección de la ciudadanía por otro; pero debiendo ser realistas que en muy pocos de los casos se conseguirá algo productivo, dado que en sistemas de rehabilitación debilitados e inmersos en corrupción como el de nuestro país, resulta imposible su recuperación y rehabilitación, consiguiendo únicamente mantener “protegida” a la sociedad temporalmente, porque la verdad siguen delinquirando incluso desde adentro de los centros penitenciarios.

De conformidad con lo expuesto, se podría decir que el objetivo mediato de los efectos instrumentales, es evitar a como dé lugar que un bien jurídico esté ante un inminente peligro de un lado, pero más que eso, que dichos bienes jurídicos sean lesionados; pero para conseguir aquello se necesita como objetivo inmediato “la disuasión social”, basándose en los cambios comportamentales de las personas que son susceptibles de adecuar su conducta a lo que solicita y busca la norma penal; por lo expuesto, eso vendría hacer la aplicación de los efectos instrumentales de la rama penal.

1.1.5.2. Efectos Simbólicos

Como se dijo anteriormente, cuando se comenzó hablar de los efectos en general, se puede afirmar que tanto efectos simbólicos como los instrumentales son necesarios y en cierta medida van de la mano, por eso he de ser redundante en aquello; por consiguiente, ahora explicare los efectos simbólicos aplicados en la disuasión social por la coyuntura que trae consigo, ya que los mismos son los que se necesitan dejar claro en su comprensión, para en lo posterior cuando se vaya aplicar todo lo comprendido sobre los efectos en el marco de los delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que son integradores de la fauna urbana, poder llegar a una conclusión respecto a la “simbología” que está presente en dichos delitos, para así poder determinar cuál es el efecto de mayor peso predominante, si bien son los efectos instrumentales o en su defecto los efectos simbólicos.

El punto de análisis nace de la posibilidad o imposibilidad de estos efectos en ser capaces o no de proteger a bienes jurídicos, los cuales se consiguen a través de la prevención, aplicados en la producción de comportamientos que materialicen el injusto penal, es por ello la interrelación entre los unos con los otros, ya que no podrá estar presente únicamente los efectos instrumentales sin los simbólicos o viceversa, para lo cual Diez Ripollés parte de una premisa:

Sostener tal afirmación (de la inaplicabilidad de los efectos simbólicos) supone mantener que la producción en los ciudadanos de determinados estados de ánimo o representaciones mentales a través de la pena no tiene consecuencias directas sobre su actuar, es decir, que se agota en la mera suscitación de la emoción o en el enriquecimiento cognitivo correspondiente, sin repercusiones sobre comportamientos futuro. O

que esa repercusión está limitada o tan carente de legitimación que, bien solo puede jugar un papel muy secundario, bien debe admitirse como un efecto indeseable. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, pág. 70)

Con lo cual el autor en lo posterior sostiene en base de esto que ha sido citado, que los efectos simbólicos o como el los llama “efectos expresivo integradores” constituyen una base en donde se estructura la utilización legítima de la pena, y considera como aquel núcleo de la prevención intimidadora, para de esa forma alcanzar el orden social entre todas las personas que componen la sociedad, ya que dicho simbolismo que irradia la pena al estar circunscrita en la tipificación del tipo penal que se trate, consigue de cierta forma lograr la disuasión por la representación que la persona la realiza en su fuero interior, consiguiendo a través de la intimidación que la persona adecue su conducta a lo que establece la norma, dado que supone que si comete la infracción sancionada se le impondrá una pena.

De dicha postura y forma de pensar, yo soy contrario a la misma, porque, quedaría solo en el fuero interno de la persona, ya que al enviar mensajes con contenidos éticos y valorativos no se conseguiría nada que pueda representar un cambio a nivel macro, que es lo que se busca con la introducción de nuevos tipos penales en nuestro Código Orgánico Integral Penal, porque dependería de la subjetividad del receptor, lo cual sería de muy poca ayuda, porque depende del criterio que tenga dicha persona, y especialmente de los principios sobre los cuales se hubieran formado desde su niñez y adolescencia que es donde se forja a una persona para el futuro, de manera, que pueden como no incidir en dicho fuero interno los contenidos ético valorativos.

Por consiguiente, y basándose en lo que se planteó, dichos efectos no vendrían a proteger de manera adecuada a ningún bien jurídico, ya que necesita de la ayuda de los efectos instrumentales en mayor medida, dado que los efectos simbólicos solo vendrían a complementar secundariamente en razón que hayan podido incidir adecuadamente los efectos materiales, que tiene una mejor eficacia al momento de disuadir a las personas tanto sociales como asociales.

1.1.5.3. Aplicación de los efectos Instrumentales y Simbólicos

De todo lo expuesto, para lograr una adecuada aplicación de dichos efectos en un delito respecto del cual si se quiere eficacia y eficiencia al momento de proteger a un bien jurídico, requerirán de estos dos efectos, ya que son indispensables; a mi parecer no puede existir un delito que se haya tipificado únicamente respondiendo a los fines instrumentales, si bien de cierta manera podría ayudar al cambio comportamental de los individuos, no consigue la eficacia que obtendrá cuando los efectos simbólicos le están coadyuvando a dicho fin.

De la misma forma si únicamente entraran dentro de un tipo penal a funcionar los efectos simbólicos, los individuos en los mejores de los casos generaran una representación mental respecto del injusto, lo cual no es que va a proteger al bien jurídico, sino que en base de una simbología se conseguirá que ciertas conductas (que serán pocas) alcancen adecuar su actuar a lo que dispone la norma.

Lo cual no es correcto y adecuado, ya que debe responder la protección del bien jurídico a un mecanismo de defensa y disuasión que reconozca a la problemática como aquel núcleo, y que en la mayoría de los casos el Derecho Penal no tendrá cabida, ya que la protección penal deberá responder a un principio sobre el cual se estructura todas las conductas que es el principio de mínima intervención penal, el cual deberá ser concordante con el principio de legalidad, el cual viene hacer la piedra angular sobre la cual se estructuro la dogmática jurídico penal.

Todo lo relacionado con el principio de mínima intervención aplicado en el marco del Derecho Penal Simbólico, será abordado en el siguiente apartado; por ahora se debe entender cuando y como se deben aplicar estos efectos para conseguir legitimación de los mismos en la pena una infracción, para solo así lograr conseguir un tipo penal adecuado; sobre este punto abordado Diez Ripollés sostiene que estos efectos y en especial los simbólicos deben responder a tres principios:

El primero de ellos sería el de proporcionalidad. Según este principio, que carece de connotaciones utilitarias, la existencia y entidad de la

pena debe reflejar la presencia e importancia de la afección al bien jurídico, así como la concurrencia e intensidad de la responsabilidad del autor.

Un segundo principio, el teológico, estaría constituido por lo que corrientemente se denominan fines de la pena. A través de su configuración utilitaria, se determinan los efectos socio personales que se quieren lograr con la pena (aplicación de la prevención general como la especial, en sus variantes positiva y negativa).

El tercer principio es el de humanidad de las penas, ya que garantiza que las sanciones penales no sobrepasen los niveles de incidencia sobre los ciudadanos que son admisibles en el marco de las condiciones de aceptación del contrato social. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, págs. 73-74-75)

Solo en base a estos tres principios que necesaria e imperativamente deberán confluír en conjunto, los efectos instrumentales “Materiales” como los simbólicos “Efecto Integradores” logran alcanzar legitimación en la pena; pero es en base de este análisis respecto de estos principios, que se fundamenta mi postura acogida previamente, de que en mayor medida los efectos instrumentales deben legitimar la pena, si bien el autor intenta con estos tres principios fundamentar la postura de eficacia respecto de los efectos simbólicos, considero que mejor termina dando absoluta validez a lo contrario, ya que de la interpretación aplicada se puede inferir que únicamente se refiere a los efectos instrumentales y en una menor cantidad se hace referencia a los efectos simbólicos que están inmersos en el fin teológico, porque de acuerdo a los otros dos principios repunta los fines instrumentales.

Por lo que a mi forma de pensar y basándome en lo estudiado y analizado para el desarrollo del presente trabajo, todo delito debe necesariamente fundamentarse en efectos instrumentales en la mayor medida posible, obviamente utilizando los efectos simbólicos pero con una menor incidencia que no desvirtúe el sentido de la protección, ya que llevaría a generar un “simbolismo” que no alcanza un rango de protección adecuado, porque, lo vuelve inaplicable y nada práctico, de manera que solo vienen a sumar letras y

palabras muertas en disposiciones que nunca podrán ser de aplicación para obtener un resarcimiento y sanción del daño causado, teniendo como resultado la absoluta indefensión a un derecho vulnerado, que pudo haber sido acogido en la protección de otra rama del Derecho y así proteger adecuadamente al derecho que se intenta resguardar.

1.1.6. Principio de Mínima Intervención en el marco del Derecho Penal Simbólico

En el presente trabajo es necesario abordar el principio de mínima intervención penal, para establecer como dicho principio se sitúa dentro del Derecho Penal Simbólico, y para lograrlo, es preciso determinar cómo este fenómeno expansionista incide en dicho principio, debiendo tener una absoluta claridad que el intervencionismo penal únicamente se encuentra legitimado en el casos en donde no haya otro método o mecanismo adecuado de protección, o dicho mecanismo haya fracaso en la protección hacia el derecho que se busca proteger.

Dado que en el caso adverso, lo que se estaría consiguiendo es que todo tipo de conductas sea abarcado por el Derecho Penal, lo que conlleva aun exceso de punitivismo por parte del poder estatal, lo que traería como resultado una banalización de la rama penal, dado que un sin número de conductas se encontrarían prohibidas, lo que impediría una vida adecuada, incidiendo negativamente en todas las personas para que puedan desarrollarse en todos los aspectos de la vida en sociedad.

Por lo cual, es necesario citar las palabras del autor José Antonio Martos Núñez, mismo que trata al principio de mínima intervención conceptualizándolo en que “el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo”(MARTOS NUÑEZ, 1977, pág. 100), y todo esto lo realiza mediante el principio de mínima intervención penal, ya que vendrá a defender a lo más fundamental dentro de la sociedad, que son aquellos derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna, así como los consagrados en los tratados de Derechos Humanos que el Ecuador haya ratificado.

De acuerdo a Muñoz Conde el principio de mínima intervención se conceptualiza en base de un postulado que es parte de dicho principio, donde se establece que lo que “Limita la intervención penal, es el carácter fragmentario del Derecho Penal, significando que no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos a los que protege sino, solamente, los ataques más graves” (MUÑOZ CONDE, 2001, pág. 56).

De estos dos conceptos se puede tener una idea bastante clara de lo que debe ser comprendido por principio de mínima intervención penal, así como su función, entendido que por medio de este principio, el Derecho Penal justifica su intromisión en la convivencia de las personas cuando existe algo que la menoscaba; y es por lo mismo, que esta rama se permite proteger a los bienes jurídicos más relevantes como por ejemplo la vida, la libertad, la propiedad, es decir, todos y cada uno de aquellos bienes jurídicos que no pueden por otros mecanismos protegerse, o que dichos mecanismos han fracasado en ese objetivo.

Es por todo esto, que se debe tener en cuenta siempre que la utilidad, así como aquel fin último que se persigue por medio de este principio, será el de lograr un intervencionismo punible por parte del Estado en la menor medida de lo posible, y es por eso, que en la conceptualización de Muñoz Conde, él autor señala que no se castiga a todas las conductas que de cierta forma o modo puedan lesionar o poner en inminente peligro al bien jurídico, ya que para aquello se tienen otros mecanismos de protección, sino que se requiere del intervencionismo penal únicamente en aquellas conductas que son realmente graves, cuyos ataques van a incidir en un perjuicio irreparable al bien jurídico protegido, y que por más que exista la denominada Reparación Integral jamás volverá el derecho vulnerado al estado anterior en el que se encontraba.

Precisamente por lo que se acaba de expresar, considero demasiado adecuado hacer mención a una realidad, que si bien teóricamente todo lo mencionado se debe entender por el principio de mínima intervención penal basándonos en la dogmática jurídico penal; la verdad es, que en nuestro país desde el regreso de la democracia, se han venido promulgando nuevos códigos donde se mezclan tanto la parte sustantiva cuanto la adjetiva, siendo ese el motivo que dichos cuerpos normativos adquieren el nombre de Códigos

Integrales, dejando como claro ejemplo de esto es nuestro Código Orgánico Integral Penal.

En donde se expresa y recoge en su artículo 3 que “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”(CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Sin embargo, en la práctica aquello ha sido desvirtuado en unos niveles abismales e inimaginables, ya que en nuestra realidad ecuatoriana, la política se ha vanagloriado de esta rama para subsumir en la misma un sin fin de conductas como delictuales, y esto ocurre porque toman al Derecho Penal como una agenda personal (análogamente hablando), especialmente aquellos políticos que no quieren dejar el poder, ya que saben que al momento de tipificar cualquier conducta como contravención o delito, la sociedad va otorgarles el voto porque supuestamente se interesan en la seguridad de ellos, lo cual es contrario a la realidad que vivimos.

Hay que dejar presente que los legisladores lograron en el Código Orgánico Integral Penal plasmar los principios rectores de la dogmática jurídico penal, y que dentro proceso deberá seguirse y respetarse, sin embargo, cuando se analizan las conductas tipificadas se encuentran con un sinsentido en muchas de ellas, ya que únicamente han respondido simbólicamente a las necesidades, por lo que, no hay garantía de protección a las mismas, es decir, se ha irrespetado todos y cada uno de los principios que legalmente se reconocen.

Entre aquellos que se vulneran a la hora de tipificar infracciones, se encuentra este principio básico y fundamental de intervencionismo penal mínimo, y aquello es el resultado de que el Derecho Penal se haya desvirtuado, ya que su objetivo es intervenir únicamente cuando sea necesario porque no hay otro mecanismo adecuado de protección.

Es por esto, que cuando no se respeta dicho principio, se deja sin una tutela de protección adecuada al o los derechos que se intenta proteger, los cuales pudieron ser protegidos por otro mecanismo extrapenal; de manera, que por más de tener un tipo penal y un procedimiento en el cual se deba sustanciar dicha infracción, jamás veremos que esto suceda en la práctica, a no ser, que se haga

mediático el caso y solo por la presión social de alguna manera se llegue a una resolución, o en su defecto a una sentencia.

1.1.6.1. Caracteres del Principio de Mínima Intervención Penal

Respecto de los caracteres tenemos que “El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados fundamentales: de una parte, el respeto al carácter «fragmentario» del Derecho Penal; de otra, su consideración como «última ratio»; y, por último, la naturaleza «accesoria» del Derecho Penal.”(MARTOS NUÑEZ, 1977, pág. 101); solo si se cumplen estos tres caracteres “postulados”, una conducta puede verse inmiscuida dentro del Derecho Penal, porque esta rama del Derecho interviene únicamente como último recurso, debiendo comprender que los “postulados” a los que se refiere el autor en realidad son caracteres básicos del Derecho Penal, que deben confluir los unos con otros para una adecuada técnica legislativa, por eso a continuación se expondrán de manera breve cada uno de ellos.

El primero que se ha analizado es el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal, mismo que nos brinda protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas más lesivas a los mismos, ya que sin el carácter fragmentario la punitividad se extendería a varias conductas que impedirían el desarrollo de cada persona en un sinnúmero de actividades, es por aquello, que para precisar lo mencionado será necesaria una explicación mucho más detallada que nos permitirá comprender al mismo, la cual nos otorga Martos Núñez cuando se refiere que:

El carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuya virtud, la pena sólo ha de aplicarse a aquellas acciones u omisiones que por su peligrosidad y responsabilidad lo merezcan en interés de la protección social, constituye, sin duda, uno de los fundamentos político-criminales más importantes de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva, que degrada la verdadera función de la pena. (MARTOS NUÑEZ, 1977, pág. 107)

Del carácter de subsidiaridad “accesorio”, el autor Francisco Muñoz Conde sostiene que:

El Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del Derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del Derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal. (MUÑOZ CONDE, 1993, págs. 74-76)

Lo que quiere decir del autor, es que únicamente cuando todos los otros mecanismos de protección que nos brinda el Derecho, como por ejemplo las que nos otorga la rama de Derecho civil, Derecho Administrativo, entre otras, se puede acudir al Derecho Penal, dada la función que esta rama tiene en la protección de bienes jurídicos por medio de la utilización de la pena a través de sus fines, por lo que solo una vez que se hayan lesionado gravemente o lo haya colocado en un peligro inminente a dichos bienes jurídicos, a una persona se le puede conminar con una pena, misma que se impone luego de un proceso penal, la cual inclusive puede llegar a la privación de la libertad, ya que existen otras penas que no afectan al derecho que toda persona tiene respecto de su libertad.

Entendido que dentro del Derecho Penal existen tanto penas privativas como no privativas de la libertad, es por tanto, que mientras la conducta no sea de alta peligrosidad en atentar a derechos fundamentales que en esta rama se traducen en “Bienes Jurídicos Protegidos”, deben otros mecanismos extrapenales encargarse de su sanción en busca de la reparación para aquella vulneración hacia el derecho afectado, y eso se consigue a través de la reparación material como inmaterial que nos otorga el Derecho, para así conseguir una adecuada protección.

Por último se debe analizar el carácter de la Ultima Ratio del Derecho Penal, y al tratar al mismo partiré de las palabras de Wessels, el cual afirma que el Derecho Penal sirve, en su opinión, para “la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica” (WESSELS, 1980, pág. 3), por lo que el Derecho Penal únicamente debe entrar a funcionar, como un mecanismo de defensa para los bienes jurídicos más importantes, sin que ello equivalga a que toda conducta que lesione o ponga en peligro a dicho bien jurídico deba ser sancionado por la punitividad que goza esta rama.

Una vez entendido que hay otros mecanismos de protección extrapenales como también de solución de conflictos, se desentraña que el fin del Derecho Penal no es únicamente la de sancionar, sino, como las palabras de Wessels dice, es la de mantener la paz jurídica y eso se consigue con la armonía en la convivencia social; de manera, que se obtiene un doble resultado que es tanto paz social cuando hay respeto de la ley, cuanto protección de los bienes jurídicos protegidos.

Para poder entender aquello antes dicho en simples palabras, el autor Martos Núñez nos explica que el Derecho Penal “ha de concebirse como «última ratio», esto es, que sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informarles”(MARTOS NUÑEZ, 1977, pág. 111); por consiguiente, en la actualidad muchos de los delitos los cuales han ido apareciendo desde la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, como por ejemplo, estos últimos, que son los delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la fauna urbana, no se podría decir que no haya otra rama capaz de resguardar los derechos que se buscan proteger, o que, en su defecto se hayan agotado otros mecanismos de protección, para poder sacar una conclusión de que otro mecanismo haya fallado, y así justificar la intromisión de la protección penal.

Como consecuencia de aquello, se deja sentado que únicamente la protección penal tendrá un fundamento válido, cuando el principio de mínima intervención haya sido respetado, y esto se logra cuando el carácter de la Ultima Ratio conjuntamente con los dos otros caracteres ya analizados, infieran directamente en resguardar al bien jurídico protegido, es decir, cuando no haya otra forma de tutelar a dicho bien jurídico, o dicha forma de protección falla en la salvaguardia del bien jurídico fundamental para la sociedad, mismos que responden a la idiosincrasia de cada población.

Es por esto último, que no basta compararse con otro país que haya alcanzado la protección penal para determinado derecho, cuando nuestra realidad es distinta, y por tanto, pueden aplicarse otros tipos de protección, por lo que el fundamento de la última ratio toma sentido con más fuerza que nunca, el cual es intervenir cuando sea la razón última de tutela jurídica por el fallo de

otro mecanismo extrapenal o por que otra rama del Derecho no puede solventar aquel resguardo que se necesita.

1.1.6.2. El Derecho Penal Simbólico y su vulneración al Principio de Mínima Intervención Penal

Del breve análisis que se pudo hacer previamente respecto del principio de mínima intervención y sus caracteres, se entiende, que para que una nueva conducta pueda aparecer dentro de la rama penal y así un derecho pueda ser tutelado por la misma adecuadamente, el Derecho Penal Simbólico no debe incidir, ya que por las características que tiene y aquellas causas que lo originan generan una vulneración a este principio transcendental; sin embargo, nuestros legisladores han hecho caso omiso, trayendo consigo una ardua y tenaz vulneración y expansionismo de este fenómeno dentro de la rama penal.

Y una de las causas que permiten dicha vulneración y expansionismo de la “simbología” dentro del Derecho Penal, es que se haya ignorado por completo a este principio, y por tanto a todo su desarrollo doctrinario; omitiendo su función principal que es la de permitir y determinar cuándo necesariamente un problema deba ser resuelto por la rama penal, viniendo en dicho supuesto a tutelar al bien jurídico, así como a sancionar al infractor que lesiona gravemente o lo pone en peligro inminente; y esta realidad responde a un problema que tienen todos los países del mundo en sus legislaciones, el cual aparece en gran medida por la influencia generada por los medios de comunicación.

Por esta realidad y cruda verdad en la que vivimos y que incide directamente en el apareamiento de nuevos tipos penal, y reformas en sí al Código Orgánico Integral Penal en nuestro país, es que es preciso reflexionar las palabras del autor ecuatoriano Rodríguez Moreno, donde hace unas puntualizaciones muy claras respecto de esta problemática, expresando que:

El Derecho Penal es el Derecho con el que más se involucra la sociedad civil, opinan, critican, proponen, lo cual no es adecuado, porque únicamente debe pertenecer a los expertos. Usualmente la prensa escribe o se pronuncia en temas jurídicos a través de periodistas, sin conocimientos jurídicos y sin asesoría jurídica, por lo cual crean tendencias erróneas sobre la justicia, y más aún cuando tratan temas

pertenecientes al Derecho Penal. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013, pág. 57)

Lo cual es absolutamente cierto, dado que al ser el Derecho Penal un punto central donde se pueden generar las más variadas opiniones y críticas, los medios de comunicación recogen en su conjunto todas aquellas expresiones y opiniones que realizan las personas, y se pronuncian como dando una respuesta anticipada sobre un tema netamente jurídico, que debe ser tratado por profesionales y estudiosos de esta profesión; sin embargo, los medios de comunicación que no tienen el más mínimo conocimiento, y toman especialmente a la rama penal como punto de debate, estableciendo que únicamente esta rama es la adecuada para solucionar cualquier problema, y es aquí donde se necesita un estudio a profundidad para una correcta interpretación, como aplicación en la técnica legislativa al determinar si es o no correcto la protección penal.

A pesar de aquello lo único que ocasionan es que se genere especulación y duda en todas las personas, y que como se dijo anteriormente, dado que la duda genera incertidumbre e inseguridad es por esto que solicitan a su representante (legislador) la solución a cualquier problema que tengan a través del Derecho Penal, como una la solución válida a dicha problemática.

Y es por todo esto, que únicamente se generara un “simbolismo” en la sociedad civil de que el Derecho Penal es su salvador y única herramienta, por lo que, aparece una nuevo tipo delictual, el cual no ha sido analizado a profundidad de acuerdo a los caracteres del principio de mínima intervención penal, lo que trae consigo vulneración y banalización de la rama del Derecho Penal en su conjunto, ya que se omite este primer filtro que es el intervencionismo penal mínimo.

Por consiguiente, se obtiene como respuesta, que el carácter fragmentario, por ejemplo, no sea respetado ya que únicamente el Derecho Penal sirve adecuadamente y eficientemente para la protección de bienes jurídicos protegidos respecto de aquellas graves conductas que lesionan o lo ponen en peligro inminente; y no únicamente sucede esto con el carácter fragmentario sino también lo vemos respecto del carácter de subsidiaridad, dado que la protección

penal debe aparecer cuando las demás ramas del Derecho no puedan brindar protección a un derecho que necesita ser tutelado, es por eso que es accesoria la intervención de la protección penal.

Todo esto mencionado da sentido a que el carácter de la Ultima Ratio, el cual es básico y fundamental sea dejado por los suelos, dado que el fin último del Derecho Penal es inmiscuirse a brindar protección cuando todos los mecanismos formales e informales hayan fracasado, porque solo así, se le otorga legitimidad y eficacia a la protección penal, lo que no se podrá ver en estos casos elevados a delitos que han sido generados por el sensacionalismo de los medios de comunicación, los cuales generan una vulneración absoluta al principio de mínima intervención, y por tanto al Derecho Penal en sí; todo ocasionado por la “simbología” que se transmite y logra representar en la sociedad civil.

1.2. Populismo Penal como mecanismo más eficaz del Derecho Penal Simbólico

1.2.1. Definición:

Para poder llegar a entender al Populismo Penal es necesario partir por lo que se entiende como Populismo, que a palabras del autor Rafael Velandia Montes lo intenta delimitar de siguiente manera:

El populismo puede definirse como cualquier movimiento de naturaleza política que mediante una “retórica específica, de fuerte coloración emotiva y redentorista” se autoproclama como intercomunicador legítimo de un sector de la sociedad, por lo general representado por un vocero o líder, y que expresa una expectativa de cambio social en una o más áreas de la comunidad que se estiman insatisfechas. (VELANDIA MONTES, 2016, pág. 19)

De lo dicho, cuando el autor se refiere a líder, debemos entender tanto a una sola persona cuanto a un conjunto de personas que buscan un cambio, de este concepto dado, y aplicado en la rama penal se podría delimitar una definición en la siguiente, como aquella expansión dentro del campo del Derecho Penal en donde tanto políticos, activistas y grupos con una forma de pensar uniforme gozan de un rol protagónico, es decir, un papel central en la consecución de resultados elevados a disposiciones normativas, en pro de

defender derechos que consideran vulnerados, obteniendo como consecuencia de discursos cargados de emotividad, normas vagas y carentes de eficacia y eficiencia, gracias a la interrelación entre los políticos y activistas, que en muchos de los casos estos últimos se convierten en los primeros, por dichos discursos que logran influenciar en la sociedad.

1.2.2. Análisis del Populismo Penal

Cuando se ha escuchado hablar a conocedores en el tema respecto del populismo penal, lo primero que suele venir a la mente como una primera idea, es que aquellas conductas que han sido tipificadas vinieron hacer creadas o en su defecto reformadas, para solventar y saciar a intereses individuales en ciertos casos, ya que en otros, si bien se toma el nombre de una colectividad que supuestamente tiene como objetivo venir a mitigar lo que una sociedad clama, la verdad no puede ser tan desacertada; porque, de la misma manera que en los casos de intereses individuales, existe un trasfondo aplicado a esta colectividad, que también buscan obtener intereses para pocos sin que se apliquen para todos, que para ser directos y frontales tienen como resultado un objetivo netamente individualista atrás de dicha colectividad, lo que conlleva a que la problemática social sobre un determinado tema siga absolutamente latente.

De manera, que el populismo penal viene hacer una verdadera epidemia en un nivel micro, es decir, dentro de una legislación de cualquier país, porque, si la llevamos a una escala mayor a un nivel macro es una absoluta pandemia, ya que atañe a todo el mundo sin importar que escuela jurídica sigan los diversos países, y va estar siempre presente como un fantasma que rodeara al legislador al momento de proponer cualquier iniciativa legislativa, cuando dicha propuesta no tenga una base jurídica, en la cual se cumplan y respeten de manera obligatoria los principios por las cuales se rige, así como del desarrollo doctrinario en las diversas ramas del Derecho para obtener una solución a un problema.

Para sustentar todo lo anteriormente dicho, se debe partir de una premisa que fundamente la razón, de porque, el legislador incurre en esta problemática legislativa, y a criterio del autor Rafael Velandia Montes es:

Explotar los temores de la población motivados en la inseguridad o aprovecharse del pánico a la criminalidad que se encuentra con razón y a veces sin ella enquistado dentro de extensos sectores de la población es el medio principal y predilecto de quienes hacen populismo penal. (VELANDIA MONTES, 2016, pág. 5)

Por consiguiente, el propio legislador buscar estar siempre atento respecto de aquellos temores que el pueblo clama que no le suceda, y que en el caso de que acaezca se brinde una solución, y es por ello, que el político intentando ser una autoridad ejemplar que escucha las necesidades y les da una solución, aprovecha la situación; sin embargo, la verdad es que solo busca dar una salida solo aparente a cambio de votos, lo que conllevaría a estar siempre en un círculo vicioso, que parecería actualmente que nunca acabara.

De manera que categóricamente se debe establecer los costos políticos a cambio de nada, como postula el autor Rafael Velandia Montes, al mencionar que:

El populismo penal contrae altos costos políticos sin que, a cambio, comparezca algún beneficio cierto y real; tal vez por esto se llama populismo, en el sentido de explotar y manipular los sentimientos e intereses del pueblo para, después de armar el escándalo, presentar sus políticas como si fueran la redención salvadora de todos los males aquí, los provocados por la criminalidad, aunque en realidad sus medidas sean ineficaces para enfrentar esa problemática. (VELANDIA MONTES, 2016, pág. 6)

Por eso muchos tipos penales ya sean de acción pública, privada e incluso contravenciones carecen de eficacia y aplicabilidad práctica dentro de la administración de justicia, cuando no han sido detenidamente analizados, conforme aquellos principios de donde ha emergido la estructura que tenemos del actual Derecho Penal, dejando el daño ocasionado sin reparación y el agresor gozando de la impunidad por su ilícito cometido.

Si bien en base a la realidad social, se ha podido demostrar que el Derecho siempre debe estar en un constante y permanente cambio, para resguardar todos los derechos fundamentales que nos reconoce nuestra carta

magna, debiendo necesariamente ser entendida a la Constitución como un medio para alcanzar un fin, que trae consigo el desarrollo de toda persona de acuerdo a los derechos que se le reconocen.

Sin embargo, a la hora que nuestros legisladores que son los detentadores del poder deben adoptar la protección más adecuada, consideran que todos los mecanismos extrapenales han sido agotados, cuando ni siquiera han sido analizados conforme a la protección que las distintas ramas del Derecho nos otorgan para solventar problemas y conflictos sociales.

Por lo que esa obligación que tiene el Derecho de siempre intentar estar un paso delante de los conflictos que nacen en el diario convivir, en la realidad se observa que dichos problemas están tres pasos más allá que el Derecho y de la protección que nos brinda; y la verdad esto sucede por inobservancia de un análisis jurídico previo de otros conflictos sociales que son consecuencia directa de una pésima y mediocre técnica legislativa entorno a la protección que se otorga aciertos derechos en concordancia con los problemas que se generan alrededor de ellos, que vienen hacer los detonadores de los nuevos conflictos sociales que afloran a nuestra realidad, trayendo como respuesta del legislador nuevos tipos penales.

Es por ello que el autor citado anteriormente en otra obra titulada “*La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*”, considera:

Lo que es una realidad hoy en día es la creación indiscriminada de tipos penales, la vigorización de las penas existentes para conductas ya tipificadas, la disminución de las garantías en los procesos penales de quienes son juzgados, la flexibilización, con tendencia expansiva, de los criterios de imputación de responsabilidad penal y el endurecimiento de los regímenes penitenciario y carcelario. (VELANDIA, 2015, pág. 16)

Lo que conlleva a que en muchos de los casos no se puedan bajo ningún aspecto evitar, ya que se tomó a la rama penal por su prestigio general como aquella herramienta que tiene el Estado para intentar disuadir a las personas de su cometimiento, sin la consideración de otros mecanismos tanto jurídico como

no jurídicos, que ostentan una potencialidad preventiva para no incurrir en su cometimiento.

De manera, que hoy en día podremos encontrarnos ante muchas situaciones contrarias a derecho, y como diría David W. Garland en su obra “*La Cultura del control*, mismas palabras que ha sido citada por el Dr. Juan Pablo Uribe Barrera que “la voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de “la víctima” y de temerosos y ansiosos miembros del público”(URIBE BARRERA, 2013, pág. 79).

Por lo que, dentro del populismo penal la víctima toma un papel central y vital, ya que en base de sus traumas vividos, y que al momento, de transmitir el mensaje a los conciudadanos en busca de encontrar abrir la sensibilidad y el raciocinio respecto de aquella experiencia vivida, logran enviar un mensaje con emotividad y expresividad que llega al receptor a ponerse en su lugar.

De manera, que aquello infiere al momento de que solicitan una solución al problema, ya que consigue de un legislador en muchos de los casos imprudente e inexperto en temas jurídicos, la atención requerida, convirtiendo a cualquier conducta que infringen y vulneran derechos en delitos, o en otros casos, donde ya existe la tipificación de un tipo penal se le endurezcan las penas que trae consigo.

Dado que dicho mensaje de emotividad logro reflejar y generar en la ciudadanía ira y aversión a ese tipo de conductas, donde el político que ya se convirtió en legislador, o que en su defecto, ya era legislador aproveche de dicha situación una oportunidad para crear un tipo penal, sin un adecuado y profundo análisis argumentativo basado en una política criminal seria y profunda, a cambios de votos.

Por lo que “ahora el populismo penal le cierra la puerta en la cara a la razón y aumenta las tasas de encarcelamiento cuando se conocen bien los nefastos efectos sociales y económicos de la prisión”(PRATT & MIAO, 2017, pág. 36), donde si bien le dan un lugar sumamente importante en el orden de prelación dentro del cometimiento de un delito a la víctima, se deja de lado en la mayoría de los casos, que al momento de endurecer las penas, así como de

convertir a infracciones que no estuvieron dentro de la protección y sanción de una rama del Derecho, se vean inmersas de un rato al otro en el Derecho Penal, dado la protección que irradia esta rama del Derecho; por lo que no logran cumplir con uno de los fines de las penas que de acuerdo a nuestro Código Orgánico Integral Penal es el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona condenada.

Y no solamente se quebrantaría aquello, sino también otros fines, como es la reparación del derecho de la víctima tanto materialmente cuanto inmaterialmente en aquellos casos que es imposible resarcir lo afectado, ya que dichas reformas no tienen sentido en su tipificación o modificación, generando serios problemas sociales así como económicos para el Estado, todo por culpa del populismo.

Por consiguiente, la razón (*Ratio Legis*) no se encuentra en los tipos penales que son producto de consecuencias populistas, o que a criterio de reconocidos juristas los catalogan como resultado de dicha consecuencia, debiendo entender que la razón es aquel pilar que sostiene a una sociedad, por lo que, se debe plasmar en todas las disposiciones normativas dicha racionalidad humana, que hace diferenciarnos de otros seres vivientes.

Y no únicamente deberá hablarse respecto de la rama penal sino de cualquier otra rama del Derecho, porque la razón debe ser aplicada en la generalidad de los aspectos sociales; y es por todo esto, que de lo dicho me conlleva a ver de un modo implícito que el populismo se ha logrado introducir en un sector de la sociedad moderna que son los políticos, en donde aquella razón quedaría en el aire trayendo como consecuencia de aquello, lo que estamos viviendo en la actualidad, ya que ni se aplica normativamente.

Por lo que, para John Pratt notable estudioso de esta problemática social de lleva a sostener que:

La mayoría de los análisis de estos hechos han tratado al populismo penal como una especie de acontecimiento localizado dentro del cuerpo social, como una desviación de la dirección que ha tomado el castigo en la sociedad moderna, como una infección que puede ser diagnosticada, tratada y exorcizada. (PRATT & MIAO, 2017, pág. 36)

De lo anteriormente citado, deviene en una básica idea, respecto de que todo conflicto, problema o como la ciudadanía lo quisiera llamar, dependiendo del tiempo, lugar y la situación que agobia sus relaciones con otras personas, pueda ser solucionado únicamente por medio del Derecho Penal, como aquel remedio a cualquier enfermedad, inobservando abruptamente que no es adecuado solicitar ante aquella o aquellas situaciones que aparezcan como insolucionable, la intervención penal sin un previo estudio argumentativo y analítico profundo.

Sin embargo, el legislador establecerá y otorgará, así no más, la protección de la rama penal, sin buscar otro mecanismo o medio que sea adecuado para alcanzar un resguardo eficaz y eficiente para aquellos derechos fundamentales que gozan todos y cada uno de los sujetos de derecho (Personas y la Naturaleza) como titulares de los mismos, por lo que, estaría el castigo en medio de la razón y la anti-razón por falta de análisis jurídico; y como el objetivo es conseguir de una u otra manera consensos y votos, estas propuestas de solución a las problemáticas sociales se dirigirán a masas y a grandes grupos, estableciéndoles como potenciales víctimas, para así cumplir su finalidad populista.

En el análisis que conlleva este trabajo respecto de la protección penal hacia los animales que conforman la fauna, es necesario al momento de hablar del populismo penal, hacer una distinción desde la óptica legislativa cuando los legisladores se encontraban en un estado liberal, que a diferencia, de lo que hoy en día nos encontramos, que es un estado Constitucionalista y Garantista, tal como nos cataloga nuestra Constitución vigente desde el año 2008, en donde abre los horizontes y viene a introducir a los animales como sujetos de derechos, de manera, que de acuerdo al Autor Mauricio Martínez:

En el modelo de Estado legocentrista el legislador, argumentando representar la voluntad mayoritaria, en materia punitiva tenía libertad absoluta para seleccionar conductas y bienes jurídicos, establecer penas, sacrificar derechos, etc., en cambio, en el modelo constitucionalidad o constitucionalismo de los derechos al legislador le corresponde la carga de la argumentación sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de suprimir derechos mediante el

castigo para lograr la convivencia, aunque los tribunales constitucionales siguen concediendo libertad al legislador para configurar la política criminal sin ponderación de bienes o derechos, o sea, sin determinar previamente la utilidad, subsidiariedad e idoneidad de las penas. (MARTÍNEZ, 2008, pág. 189)

De lo citado, se puede apreciar lo que sucedió en nuestra legislación, cuando por parte de ciertos grupos de activista en busca de una igualdad en los derechos de los animales, solicitaron a los legisladores una adecuada rama de protección, misma que ha sido conseguida el 24 de diciembre del 2019, que si bien dichos legisladores debieron argumentar la introducción y tipificación de las conductas contra los animales como delitos de ejercicio privado de la acción en la política criminal; se podrá apreciar más adelante que los fundamentos de aquello no existen, o en su defecto, no tienen aplicabilidad práctica.

Por lo cual, deberé ser enfático al mencionar que el Derecho Penal debe ser selectivo al momento de proteger a los sectores más vulnerables dentro de la sociedad, así como todo lo que la rodea, sin embargo, aquella selectividad no se encuentra presente en estos nuevos delitos, generando dudas en torno al ¿por qué? de su intromisión en la protección penal, y esto es así, debido a la existencia de otras ramas de protección que no han sido ni siquiera analizadas o previstas por el legislador.

De manera, que los nuevos tipos penales que protegen a los animales debieron ser analizados mediante un debate ciudadano, así como con expertos en la problemática a tratar, profesionales del derecho, entendido aquí a los abogados, jueces así como doctrinarios en la rama penal, todos ellos conjuntamente con los defensores de los derechos humanos, ya que la libertad ambulatoria de una persona se encuentra en juego.

De todo lo mencionado en este tema respecto del populismo penal aplicándolo anticipadamente en la protección a los animales que conforman la fauna urbana, en donde existe un enfoque especial hacia el maltrato de perros y gatos, es preciso mencionar la incidencia que tuvieron los medios de comunicación tanto públicos como privados en lo que a información se trata, dado que se inmiscuye en lo que el autor Uribe Barrera considera respecto al:

Público general, porque este público no suele tener aproximaciones precisas sobre el sistema penal, la forma en que se hace justicia en un país y la tasa de delitos. Por el contrario, existe una tendencia a creer que hay más delitos que los existentes, y que éstos son más graves de lo que realmente son; igualmente, que las penas impuestas son muy blandas y que no se terminan cumpliendo. (URIBE BARRERA, 2013, pág. 85)

Por lo que se genera preocupación social, y por ende la ciudadanía al entrar en duda, y como una forma de velar tanto por sus derechos e intereses cuanto por los demás, incurren en pensar que la última opción es la privación de la libertad del agresor que permite un proceso penal, cuando esa no es la finalidad de esta rama del Derecho, la cual, será tratada a más profundidad en el transcurso del desarrollo de este trabajo de investigación; por consiguiente, la incidencia que tiene tanto el periodismo como la comunicación en general es abismal, incurriendo en muchos de los casos en producir conmoción por falta de contrastación de dicha información, generando un falso peligro ya que pasan mal la información al receptor y como este último no conoce en la mayoría de los casos las reglas del debido proceso devienen en creer que solo la rama penal es adecuada.

Como una última idea, que engloba todo lo tratado respecto del populismo penal o punitivo, me he de adherir a la siguiente forma de pensar, misma que ha sido recogida de las palabras del autor Mauricio Martínez en donde el menciona que:

En los tiempos actuales, el manejo del delito, ante el fracaso del sistema penal para combatirlo, está dirigido más bien a lograr réditos de gobernabilidad y éxitos electorales. Esto, que se ha denominado populismo punitivo, tiene entre otros componentes el aumento de la penalidad, la renuncia a la resocialización y la recuperación del protagonismo de las víctimas. (MARTÍNEZ, 2008, pág. 195)

De estas palabras citadas se puede resumir la idea básica del populismo penal, donde se puede observar que en los últimos años vemos aplicados a nuestro ordenamiento jurídico dicho pensamiento, porque no habido un

suficiente análisis y debate a la hora de tomar la decisión en la tipificación de conductas, lo que ha traído consigo un declive de la rama penal y, por consiguiente, que ciertas personas se hayan vanagloriado por la consecución de la protección penal a cambio de réditos electorales.

Sin embargo, los costos políticos traen consigo que los fines de la pena no se cumplan, es por ello que el siguiente punto de análisis vendrá hacer los fines de la pena, para poder así determinar si dichos fines se cumplen en los casos en que un tipo penal se encuentra dentro del Derecho Penal Simbólico, dado que cuando llegan a estar inmersos en el mismo, es por consecuencia directa del mecanismo más eficaz que ha sido analizado en este apartado del trabajo de investigación, que es el populismo penal.

1.3. Fines de la Pena

La razón por la que ha de ser analizada la pena en específico hacia sus fines en este trabajo, tiene que ver si es que en estos delitos en análisis podrá de alguna manera cumplir lo que de acuerdo a la doctrina deben desempeñar dichos fines, ya que todo delito sea de ejercicio público de la acción o ejercicio privado acarrea una pena, que el responsable de la infracción deberá cumplir; por lo que partiré con las siguientes palabras de Sergio Politoff:

Una pena sin racionalidad desde el punto de vista de su valor instrumental pierde legitimidad. Aunque es siempre incierto el efecto preventivo, general o especial, de la imposición concreta de una pena determinada, hay casos en que ella es manifiestamente inútil y muchas veces su costo social (que incluye las consecuencias del estigma social sobre el condenado y su familia) puede ser exageradamente superior a los fines cautelares que se le atribuyen. (POLITOFF, 1998, pág. 14)

De las palabras antes citadas, debo adherirme a lo que el autor piensa respecto de la incertidumbre del efecto preventivo tanto general como especial, pero sobre todo a la racionalidad de una pena cuando un tipo penal no ha sido analizado conforme a los principios de la rama penal; por lo que, a continuación explicare brevemente en que consiste la prevención general y especial en sus dos variables tanto positiva como negativa, teniendo de fundamento a la teoría relativa de la pena, la cual es contraria a la teoría absolutoria, a la cual hare una

muy breve mención tomando las palabras de Londoño Jiménez, donde considera lo que prevé dicha teoría:

No busca determinados fines en la pena, sino que propende al castigo del delincuente, únicamente porque ha trasgredido la norma penal, la sustentaron KANT y HEGEL, el primero de los cuales llegó a sostener que, como consecuencia jurídica necesaria del delito, en el supuesto de una disolución de la sociedad, antes debe ejecutarse al último asesino que se encuentre en las cárceles, a fin de que su conducta delictuosa sea debidamente retribuida con la pena. (LONDOÑO JIMENEZ, 1977, pág. 152)

Eso respecto de la Teoría Absolutoria de la Pena, ahora para entender los fines de la pena me basara en la Teoría Relativa, para la cual, la pena necesariamente tiene funciones y fines que cumplir, no siendo una mera imposición por el haber transgredido lo que establece la disposición normativa, por consiguiente, para entender el fondo explicare la prevención general y especial en sus dos variantes positiva como negativa.

1.3.1. Prevención General

Al hablar de la prevención general dentro de la Teoría Relativa de la Pena, se establece que es un concepto utilizado en el Derecho respecto de uno de los efectos que tiene la regulación normativa de una legislación para la sociedad, a la cual ira dirigida, por lo que a palabras del autor Morselli:

La prevención general no es otra cosa que prevención de futuros delitos; pero, a su vez, esta prevención no es otra cosa que un «efecto inducido» por la retribución: efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación de sentimiento colectivo de justicia. (MORSELLI, 1993, pág. 271)

La coerción a la cual se hace referencia tiene como su fin principal, el disuadir al individuo de no realizar el comportamiento legalmente prohibido, por lo que, la persona al tener conocimiento de las consecuencias negativas que traería su actuar, se abstiene de cometerla; así como, el enraizamiento de lograr un fin último que es la justicia dentro de la sociedad ante cualquier conducta reprochable.

Claus Roxin menciona "...que al Estado le debe interesar no solamente impedir que se produzcan condenados por nuevos delitos sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se cometan los delitos"(ROXIN, 2008, pág. 78); de manera, que la prevención general va enfocada a que en la sociedad se disuada de cometer delitos, por lo que dicha disuasión se produce desde dos enfoques, uno positivo y uno negativo, que se explicaran a continuación.

1.3.1.1. Prevención General Positiva

La paternidad de la teoría de la prevención general positiva habitualmente es atribuida a Hans Welzel, así como a su concepción de la función ético-social del Derecho penal, misma que ha sido citada por el autor Mario Migliardi, según la cual:

“más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares es la tarea de asegurar vigencia real de los valores de acción de la actitud jurídica. La mera protección de bienes jurídicos tiene solo una finalidad de prevención negativa (...)”. (MIGLIARDI, 2016)

De manera, que los postulados de esta clase de prevención es que todo el poder Estatal se pone el peso sobre los hombros tanto a la hora de la tipificación de los delitos en la normativa jurídico penal de cada legislación, así como en su seguimiento y sanción de los mismos, como una manera de reforzamiento y ratificación de los valores implícitos en sus mandatos, para castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, cual viene hacer el fin último del Derecho Penal, por lo que, conlleva su protección la “*Vigencia Segura de la Norma*”, para con aquello regresar de algún modo la confianza a los ciudadanos en el Sistema de Justicia, consolidando dicho sentimiento.

1.3.1.2. Prevención General Negativa

El fin que se persigue en esta clase de prevención, es que la pena no repercute únicamente en la persona responsable “delincuente”, sino también sobre las demás personas que componen la sociedad, que si bien no delinquieron en esta conducta reprochable, consigue intimidarles de una u otra forma para que se abstengan de realizar las conductas delictivas; por lo que una norma al llevar

en sí misma una amenaza, tiene por finalidad disuadir a cualquier persona la realización del delito, ya que consigue infundir temor de la sanción. “Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, prevención general negativa)” (SILVA SANCHEZ, 2006, pág. 4).

Por consiguiente, tanto la prevención general positiva como la prevención general negativa van de la mano, ya que la lógica al analizar la prevención en conjunto, es que para que las potenciales víctimas (que serían todas las personas que se compone la sociedad) sigan arraigados aquellos valores básicos dentro de la convivencia social y así seguir confiando, o en su defecto, confiar nuevamente en el sistema de justicia; requiriendo de manera indispensable que la amenaza que conlleva la disposición legal al momento que se tipifica un tipo penal logre infundir miedo respecto de la pena privativa de la libertad aquellas personas que de una u otra forma pueden ser potenciales delincuentes, ya que de no conseguir aquello no se lograra ningún tipo de prevención.

Es por ello la cita que hace Silva Sánchez a las palabras de Mir Puig, en donde, este último expresa que “la prevención general negativa junto con otros elementos, en particular, la producción de convicción se halla contenida en la positiva, si bien simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido” (SILVA SANCHEZ, 2006, pág. 4); de manera, que la pena es un medio con el cual intimidar a la sociedad para prevenir la comisión de futuros delitos, porque viene hacer de la misma una forma ejemplificadora para el resto de la sociedad, y ese es el motivo de su aplicación en el responsable del delito, en otras palabras generan ejemplo de lo que no se debe hacer.

1.3.2. Prevención Especial

Al tratar a la prevención especial dentro de la Teoría Relativa de la pena, como primer paso se debe diferenciar respecto de todo lo referente a la prevención general, ya que esta última se enfoca y se dirige a la sociedad en general, en cambio la prevención especial se encuentra dirigida a la persona que cometió el ilícito, ya que esta clase de prevención de acuerdo a Claus Roxin, pensamiento que ha sido citado por Hernando Londoño, es donde se “sostiene

que la pena sirve exclusivamente a fines racionales y que solo puede estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la comunidad” (LONDOÑO JIMENEZ, 1977, pág. 154).

Lo que me conlleva, analizar de una manera muy breve en que consiste sus dos enfoques, ya que existe una prevención especial positiva como una negativa, las cuales tiene sus connotaciones que deben ser comprendidas para poder tener aquellas ideas claras que serán de gran ayuda al momento de sacar las conclusiones en cuanto a todo este desarrollo investigativo.

1.3.2.1. Prevención Especial Positiva

Esta prevención nace a partir del fin de la pena enfocada en el delincuente, y uno de sus precursores es Von Liszt, quien en uno de sus más grandes postulados reconoce que, la pena se justifica en función de la finalidad preventiva (Aguilar, 2018), mediante la cual se pretende que el autor del delito no vuelva a cometer ningún ilícito para el futuro.

Dado que el objetivo de la prevención especial en su enfoque positivo, es que la persona que ha sido sentenciada por un delito, en su estadía en un centro de rehabilitación social, en el caso de una pena privativa de la libertad, se logre re-sociabilizar para su convivencia pacífica dentro de la sociedad a la que pertenece; porque lo que, se busca es reinsertar a una persona que por diversas circunstancias pudo haber cometido un ilícito, y que una vez que haya superado dicha circunstancia por la aplicación de una pena, teóricamente nunca más vuelva a delinquir: todo esto consiguiendo en base a la educación que se le brindara durante el tiempo que dure su pena, teniendo a la educación como aquella fuente primaria de reinserción.

Sin embargo, en un estudio realizado dentro de una investigación por Eugenio Raúl Zaffaroni expresa que “En la ciencia social hoy está demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado”(ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, 2006, pág. 46), de manera, que tanto el criminalizado se deteriora aún más en su proceder por la estigma que ocasiona la criminalización, cuanto en el caso de los privados de la libertad se consigue una realidad adversa de reinserción, de manera que no se lograría cumplir ningún fin propuesto.

1.3.2.2. Prevención Especial Negativa

Lo que debe ser entendido por prevención especial negativa, es aquella que busca la sanción del delincuente para proteger a la sociedad de que el delincuente siga cometiendo ilícitos, por consiguiente, lo que se busca como fin último es evitar el peligro que para la sociedad supone dicho delincuente, se trataría entonces de evitar que el autor de un delito exprese en mayor o menor medida la peligrosidad que conlleva su ser ante la sociedad. Por lo cual, esta prevención especial negativa, se dirige aquellos delincuentes que si bien se impone una pena, no van a dar algún cambio, como lo es su rehabilitación, es decir, se dirige a delincuentes por estado puro.

Dentro de la prevención especial negativa se afirma, que la pena impuesta a estas personas (Delincuentes por Estado) es efectiva cuando se anula totalmente la causa del delito: como por ejemplo, aplicando pena de muerte en el caso de un asesino serial; la castración química en el caso de los violadores o la cadena perpetua en las legislaciones que la contemplan, para los delincuentes terroristas o narcotraficantes a gran escala, entre otras conductas.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alagia, & Slokar hace una referencia valiéndose tanto de la prevención especial positiva juntamente con la prevención especial negativa, en donde considera que:

Para la prevención especial negativa la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social. En general, se la promueve en combinación con la anterior: cuando las ideologías re fracasan, se apela a la neutralización y eliminación de los incorregibles. (ZAFFARONI, ALAGIA, & SLOKAR, 2006, pág. 48)

Por lo que la prevención especial negativa, en muchos de los casos en sistemas de justicia deficientes, traería consigo que se impongan este tipo de penas atroces a personas que realmente no se las merezcan, dado que si se basa dicha imposición en la reincidencia del procesado por la comisión de un ilícito diferente al ya sentenciado, y que ha cumplido dicha pena, vendría a ser la reincidencia (analizado en la medida que la persona comete cualquier ilícito) una

consecuencia por la deficiencia y falencia en la rehabilitación que se le proporcione a la persona; lo cual, devendría en perjuicio a dicho ciudadano por un deber que el Estado tenía hacia él, ya que ocasiono que vuelva a delinquir, pero ahora se le impondrá una pena mucho más cruel, que ni siquiera le permitiría cogerse a medidas como la suspensión condicional de la pena dado los requisitos que esta solicita lo que afectaría notablemente en los fines que persigue la pena.

De manera, que un punto a ser tratado en el segundo capítulo este trabajo de investigación, será comprender todo lo referente a la suspensión condicional de la pena y si es aplicable en los delitos de ejercicio privado, ya que los delitos contra los animales de la fauna urbana están en esta clasificación, entendido que uno de sus presupuestos para que estén inmersos en el Derecho Penal Simbólico estos delitos, es que la suspensión condicional afecte a los fines que busca la pena, porque genera una simbología que no tiene aplicabilidad como consecuencia de fines políticos, ya que si una persona se acoge a dicha figura procesal u otras que se analizaran más adelante, ya no enviaría un mensaje disuasorio al resto de personas por el hecho de no cumplir su pena dentro de una cárcel (que es lo que la mayoría de la gente ve como ejemplo negativo), ya que las personas por temor a la imposición de la pena privativa de la libertad, se abstienen y disuaden su actuar y se acogen a lo que la ley mando, prohíbe y permite.

1.4. Soluciones Legislativas respecto del Derecho Penal Simbólico

Como último a punto a ser tratado en este capítulo, será la busca de soluciones para enfrentar a este fenómeno expansionista, dado que no vale únicamente la crítica, sino que en base de ella se debe buscar la solución; por lo que en este aspecto partiré de una premisa planteada por Rodríguez Moreno en donde expone que:

El objetivo inmediato, es lograr con el Derecho Legislativo Penal, una alternativa, algo racional. Es decir, debemos dejar a un lado la "auto-observación" y aplicar la "observación", es decir, verlo todo desde afuera, y solo así la argumentación de las razones podrá ser docta y dejar de ser lega. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013, pág. 70)

De manera, que para poder conseguir aquella finalidad, es necesario que los conflictos y problemas sociales sean enfrentados mediante procesos de análisis a profundidad partiendo desde el núcleo que ocasiona estos inconvenientes, y una vez, que se haya comprendido los mismo llevar a un análisis argumentativo científico donde exista un debate jurídico respecto de cómo se debe aplicar una solución, pero no únicamente teniendo como base al Derecho Penal, sino al contrario a todas y cada una de las ramas de Derecho; y, aquello se consigue mediante una política criminal seria, acreditada y profunda.

Por lo que, citando nuevamente a Rodríguez Moreno es necesario que haya una aplicación en donde:

El legislador debería motivar sus decisiones incluso con más profundidad y seriedad que el Juez que lo aplica. Por lo tanto debe ser obligatorio que el legislador motive sus decisiones legislativas, utilizando precedentes jurídicos, doctrina, normativa, filosofía, empirismo, etc. No importa si nos gusta o no la fundamentación, lo que importa es que exista a profundidad. (RODRÍGUEZ MORENO, 2013, pág. 70)

Solo cuando logremos leyes realmente debatidas y analizadas argumentativamente a profundidad, en base a la política criminal seria y profunda se podrá conseguir un freno a todo este fenómeno expansionista denominado Derecho Penal Simbólico, porque, al estar una norma inmersa en el Derecho Penal, sin la debida motivación, obligatoriamente deberá ser derogada, ya que no podemos seguir como sociedad amparándonos en normas simbólicas, que solo irradian meras expectativas de protección.

Mismas que son aprovechados por políticos ignorantes, que encuentran su oportunidad de conseguir interés propios, por lo que se apartan demasiado del Derecho, y vienen a usar una técnica legislativa inadecuada al elaborar una ley, donde solo actúan de acuerdo a su pensamiento político, el cual, es representado a través proyectos de ley para ganar votos a cambio de entregar tipos penales absurdos y vanos, que no cumplen los fines de la pena, mismos que se encuentran en dichos proyectos de ley. Y cada vez se van apartando más de la política

criminal sin que nos demos cuenta por falta de desinformación y desinterés a la hora de elegir a nuestros gobernantes.

CAPITULO II

2. EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Introducción

Una vez analizado todo lo concerniente al Derecho Penal Simbólico, lo que sigue, en este trabajo investigativo, es analizar a la acción penal, debido a lo que establece el artículo 409 del COIP “La acción penal es de carácter público” (CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 409, 2014), sin embargo, a pesar de dicho carácter público, su ejercicio de la acción se subdivide tanto en delitos de ejercicio publico cuanto delitos de ejercicio privado de la acción; lo cual, trae una diferenciación muy notable y básica, ya que en los delitos de ejercicio público el titular de la acción es únicamente Fiscalía General del Estado, quien puede iniciar la investigación sin necesidad de requerir una denuncia previa, en cambio en los delitos de ejercicio privado corresponde la acción únicamente a la víctima, quien la ejerce únicamente mediante una querrela para poder poner en conocimiento al órgano jurisdiccional del injusto penal.

Todo lo relacionado con la acción penal será analizado con detenimiento, ya que uno de los objetivos que se ha planteado a conseguir con este trabajo de investigación, es tener una clara comprensión de este tema, ya que tiene una incidencia directa a la hora de establecer si los delitos en análisis están inmiscuidos dentro del Derecho Penal Simbólico, ya que al no ser Fiscalía General del Estado quien tiene la titularidad de la acción, y por tanto, venir a liderar la investigación en el cometimiento de dichos ilícitos, en la mayoría de los casos van ocasionar que la impunidad vaya en aumento.

Dado a que las posibles y potenciales víctimas que son los dueños de los animales domésticos, entendidos a estos últimos como una parte de la fauna urbana, no venga accionar mediante una querrela el proceso en el órgano jurisdiccional, para así, poder poner en conocimiento del cometimiento de dicho ilícito; o que en su defecto, así se inicie un proceso en contra del responsable, este último se acoja a figuras procesales recogidas en el Código Orgánico

Integral Penal (COIP), o a mecanismos de solución de conflictos alternativos, teniendo como base y fundamento el tiempo de la pena que han sido establecidos en estos nuevos delitos.

Es preciso mencionar que en este capítulo a ser desarrollado, se deberán hacer breves menciones respecto del bien jurídico como al objeto material, siendo relevante la diferenciación entre ambos elementos estructurales del delito, y esto se llevara a cabo, debido a la importancia en el análisis de este trabajo, ya que problemática que se ha ocasionado entorno a estos dos elementos resulta como consecuencia de la falta de delimitación respecto del bien jurídico protegido, ya que si se toma como punto de partida nuestro Código Civil ecuatoriano, este a los animales los define como cosa mueble semoviente, de manera que existe una incertidumbre que se intenta solventar en la medida de lo posible, respecto si lo que se protege con la tipificación de estos delitos es al animal como “Ser sintiente” es decir, como animal que tiene sentir tanto físico como psicológico, o “como cosa”.

2.1. Concepto de Acción

En el derecho procesal general se debe entender por acción al “Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado” (ILLANES, 2010, pág. 4), de este concepto se puede entender, que la acción es aquella facultad que tienen y gozan todas las personas, que estén en pleno ejercicio de sus derechos tanto civiles como políticos, para acudir al órgano jurisdiccional a exhibirle una pretensión y exigirle una resolución al respecto de la problemática jurídica, que se da por la vulneración de un derecho; por lo que, se plantea dicha acción y mediante la misma se busca solución, entendido, que no por el hecho de plantear la acción es que se le va a dar la razón a lo que reclama.

2.1.1. Definiciones doctrinarias de acción

En la doctrina existen varios autores que han tratado a la acción en el Derecho Procesal General, por lo cual, citare únicamente a dos, los cuales a mi parecer son los que nos dan una idea demasíadamente clara y acertada, de lo que debe ser entendida la acción, el primero es el autor Hugo Alsina que la trata de la siguiente manera:

La acción es la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material. La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. (ALSINA, 1963, pág. 333)

En tanto también, el autor Eduardo Couture quien no está nada alejado de las palabras y el pensamiento de Hugo Alsina, nos da una definición sobre que debe ser entendida la acción procesal, la misma que aplicada en materia civil deberá ser entendida como “El poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho” (COUTURE, 1997, pág. 57), en lo que respecta a esta definición hecha mención, se puede coincidir con la anterior cita respecto de la explicación ya dada; por lo que, una vez planteada una idea sumamente clara de lo que debe ser entendida por acción procesal en general, se puede ya entrar directamente al análisis de la acción penal y sus diversas formas de ejercicio en la rama penal.

2.2. La Acción Penal

El ejercicio acción penal es una actividad básica y fundamental que es realizada por el Estado, a través del órgano que constitucionalmente han sido autorizado (Fiscalía General del Estado) dentro de un proceso penal, mismo que está revestido de las garantías constitucionales que obligatoriamente deberán ser cumplidas, como lo son las reglas del debido proceso, así como todas y cada una de aquellas señaladas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Respecto de este tema, lo que se viene analizar, es a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal cuando se está en frente de un delito de ejercicio público que son la mayoría de los delitos tipificados en el COIP, así como a quien le corresponde el ejercicio de la acción en un delito de ejercicio privado, y esto es debido a una circunstancia muy especial y particular, ya que las personas no pueden de ninguna manera tomar la justicia por mano propia; debido a que al formar parte de un Estado todas las personas que lo conformamos aceptamos un pacto social (Constitución de la Republica), el cual, se da entre la población y el poder público, donde todos cedemos una parte de nuestros

derechos a cambio de que se nos garantice el cumplimiento y la no vulneración de los derechos que cada uno de nosotros se nos ha otorgado, y entre esos esta la seguridad y la justicia.

Es por aquello, que ninguna de las personas puede hacer justicia por mano propia, debido que sería regresar a tiempos de las cavernas donde no había sistemas de justicia y cada una de las personas hacia lo que quería, obviando el raciocinio que todos los seres humanos tenemos, y es por ello, que en un Estado de Derecho se debe acudir a los órganos jurisdiccionales que el Estado ha creado para el efecto, para así obtener la protección y reparación del derecho vulnerado.

La acción penal por principio general es de carácter pública, esto quiere decir que se encuentra a disposición de cualquier persona que considere que ha sido vulnerado en sus derechos, donde así mismo, se ha determinado cual es el órgano de todo el aparataje estatal que va investigar el delito cometido, y que en caso de obtener elementos de convicción suficientes ejercer la respectiva acción, esto hablando de los delitos de ejercicio público; en este punto es necesario dejar presente que debido a la independencia del poder judicial, la Fiscalía General del Estado si bien viene a conformar parte de la Función Judicial, está sin embargo, goza de completa autonomía e independencia a la hora de iniciar un proceso, así como de investigar tanto pre-procesalmente cuanto procesalmente, ya que Fiscalía podrá conocer de la comisión de un delito de oficio o mediante una denuncia (*noticia in criminis*).

Es por lo mismo , que en el sistema acusatorio que nuestra legislación adoptado existe una división en cuanto al ejercicio de la acción, ya que existen delitos de ejercicio público como delitos de ejercicio privado de la acción, y dicho ejercicio se encuentra completamente separado de la jurisdicción, ya que esta última es potestad publica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, todo esto de acuerdo a las reglas de la competencia; lo cual trae consigo que en la rama penal a través de sus juzgadores sean los únicos autorizados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, todo ello en sus diferentes instancias donde se encuentre el proceso.

El autor Illanes en su obra titulada “*La Acción Procesal*” cita a Giovanni Leone quien dice que “la acción penal es el poder de pedir la decisión de

declaración de certeza de la noticia criminal o de la represión de un delito” (ILLANES, 2010, pág. 5), de lo cual se infiere, que mediante la acción penal una persona que se subsume en la calidad de víctima o perjudicado de un injusto penal, solicita que se declare mediante una sentencia que dicho delito se cometió y en su efecto se responsabilice al autor del mismo, logrando así reprimir el delito, pero para complementar esta definición será necesario desglosar los caracteres de la acción penal.

2.2.1. Caracteres de la Acción Penal

Estos caracteres que han sido obtenidos de la obra “*La Acción Procesal*” del autor F. Illanes, donde expresa cuales son los que delimitan y definen a la misma, consiguiendo una clara diferenciación de la acción civil, por lo cual, es necesario hacer mención a los mismos brevemente:

- Pública: Está regida por normas jurídicas de carácter público, tanto subjetiva como objetivamente.
- Es oficiosa: Un organismo especializado (Fiscalía General del Estado) tiene que hacer conocer a través de la denuncia la pretensión de la sociedad en abstracto. En materia penal es este organismo quien ejerce la acción (en delitos de ejercicio público).
- Obligatoria: La Fiscalía General del Estado no puede transar ni negociar un hecho criminal, aunque modernamente, con la finalidad de democratizar el derecho penal, se ha introducido el Principio de Oportunidad. Este principio faculta a los fiscales la negociación con el acusado bajo ciertas condiciones: aceptación de culpabilidad, rebaja de la pena, ayuda en el proceso, etc.
- Irretractable: Una vez promovida debe llegar a su fin: la sentencia.
- La acción penal es irrevocable.
- La acción penal es indisponible.
- La acción penal es indivisible.
- Es única: Aunque en los sistemas mixtos existe la acción bipartita, que faculta al ofendido, especialmente en delitos de menor gravedad, para que puedan accionar ellos el proceso, es decir sustraen para sí la acción. (ILLANES, 2010, pág. 6)

Todos y cada uno de estos caracteres señalados los vemos plasmados en nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), y se los puede circunscribir de la siguiente manera: la acción es pública, porque únicamente en virtud de las leyes vigentes, la acción puede ejercerse por la Fiscalía General del Estado quien es la titular de la misma, sin embargo, nuestro ordenamiento establece un carácter mixto en cuanto al ejercicio de la acción penal, ya que permite también al ofendido proponer mediante una querrela el planteamiento de la acción, en aquellos delitos taxativamente señalados.

También decimos que la acción penal es obligatoria, porque, una vez que llega a conocimiento de Fiscalía General del Estado que un delito ha sido perpetrado, al ser un organismo autónomo su deber y obligación es investigar hasta poder determinar indicios de responsabilidad, en caso de existir, y en base de aquellos iniciar el proceso, para al finalizar el mismo, conseguir que el juzgador sancione a la persona que materializó el injusto penal; aunque en muchos de los casos en la fase de investigación previa se permitirá al fiscal aplicar el principio de oportunidad, ya que en base a dicho principio, en ciertos delitos y cuando se cumplan los requisitos exigidos, permitirán al fiscal dar por terminado la investigación, sin embargo, esto no afecta el carácter de obligatorio.

Por último, la acción penal es irrevocable ya que una vez que se ejerce y por lo mismo se acciona al Órgano Jurisdiccional, su finalidad tendrá que ser llegar a una resolución, como también a una sentencia de ser el caso que determine la comisión de una infracción, así como la responsabilidad, o en su defecto se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada de ser el caso; y ese resultado dependerá de los elementos de convicción que se tenga, los cuales una vez actuados se conviertan en pruebas, y en base a esto se puede establecer que la acción penal también es irrevocable e indivisible, ya que como se acaba de decir, no se podría revocar, porque una vez que se ha iniciado tiene que concluir de alguna forma, y no solamente con sentencia.

En cuanto a la indivisibilidad de la acción penal, lo que quiere decir, es que se persigue la comisión del delito, así como la sanción, en base de la responsabilidad de las personas que cometieron el injusto penal o que actuaron en calidad de cómplices, pero individualizando a cada uno; pero debiendo tener presente que la acción es una sola.

2.2.2. Importancia de la Acción Penal

La relevancia que se debe tener de la acción es demasiado grande por tres razones fundamentales:

La primera se da al momento de interponer la acción penal, ya que da inicio al proceso penal, que dependiendo del procedimiento a seguirse tendrán reglas que cumplirse indistintamente, como por ejemplo, en el procedimiento ordinario hay tres etapas a cumplirse que son la instrucción fiscal, etapa intermedia y por último la etapa de juicio, donde decidirá un tribunal integrado por tres jueces la responsabilidad de la persona procesada.

La segunda razón, viene a coadyuvar a la primera, ya que permite impulsar al proceso penal hasta lograr que el mismo se termine, indiferentemente que se sancione a la persona o se ratifique su estado de inocencia.

Y la última razón, la cual engloba la finalidad de la acción penal, será la de encontrar una decisión por parte del órgano jurisdiccional, que como se mencionó al principio de este capítulo es un órgano completamente independiente, separado por completo de Fiscalía General del Estado, en donde será el Tribunal de Garantías Penales el que deberá pronunciar su decisión desde un doble enfoque, el primero respecto de la responsabilidad, entendida como la sanción de los implicados en la comisión del delito (autor o cómplice), o en su defecto, la ratificación de su estado de inocencia, y por otro lado, respecto de la reparación integral (material como inmaterial) para la víctima, en el caso de haberla; pero entendido que siempre la finalidad implícita de la acción penal es lograr el esclarecimiento de los hechos para poder llegar a la verdad de lo que realmente aconteció.

2.2.3. Objetivos de la Acción Penal

Los objetivos que se van a señalar son aplicables tanto para el ejercicio público como para el ejercicio privado de la acción, y esto es así, porque, la acción penal es de carácter público y lo único que se divide es el ejercicio de la misma, por lo mismo compartirán los objetivos que se busca con la acción penal; es por aquello que para hacer dinámico la explicación respecto de este tema, y así lograr la comprensión por parte del receptor, iré separando y explicando cada uno en literales:

a) El primero de los objetivos que busca la acción penal, será que se aplique lo que describe y tipifica la ley penal, mismas que se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal, por lo cual en caso de que una conducta sea contraria a lo que se busca proteger, se impondrán las sanciones que las mismas prevén como son las privativas de la libertad u otras sanciones que en el cuerpo normativo antes mencionado prevea.

b) Otro objetivo de la acción penal, teniendo en cuenta las finalidades que se busca por medio de la acción, es que dentro del proceso penal que se sigue en contra de una persona (procesado), será la de obtener justicia y esclarecer la verdad de los hechos; de esta premisa se deriva una obligación, el cual será de exigir la libertad del procesado en la forma prevista en el Código Orgánico Integral Penal, cuando se tenga que “reparar los errores que llegue a cometer el fiscal al igual que las injusticias cometidas dentro del ejercicio de la acción penal” (POZO MONTESDEOCA, 2006, págs. 122-129), ya que lo busca la acción penal será acercarse lo más posible a la verdad material.

c) Y el último objetivo que se pretende alcanzar con la acción penal, es la reparación integral de la víctima, que puede ser material cuando sea posible aplicar la misma, o en su defecto, la reparación inmaterial cuando dicho bien jurídico no sea susceptible de la reparación cuantificable, como compensación del perjuicio sufrido a consecuencia de la infracción penal, es por esto que nuestra Constitución de la República del Ecuador consagra la reparación integral en su artículo 78 para la víctima de algún delito.

En base de este mandato constitucional nuestro Código Orgánico Integral Penal ha incorporado este mecanismo, el cual se encuentra en el título tercero en su único capítulo referente a la Reparación Integral en sus artículos 77 y 78 respectivamente, que tiene como finalidad resarcir los daños generados por la perpetración de la conducta sancionada, ya que está, atraído consigo una grave lesión al bien jurídico protegido que necesita ser reparado de alguna manera.

2.3. Ejercicio de la Acción Penal

El ejercicio de la acción penal lo encontramos en el libro segundo referente al Procedimiento, en su título segundo denominado Acción Penal, dentro del cual, se encuentra el capítulo primero que se refiere al ejercicio de la acción penal de nuestro Código Orgánico Integral Penal, donde partimos del

artículo 409, en donde se establece que “La acción penal es de carácter público” ya que interesa a la ciudadanía en general, porque afecta a los intereses de la misma y solo puede ser ejercida por aquel órgano autónomo que es Fiscalía, ya que la misma goza de del monopolio de la acción, sin dejar de lado que en ciertos delitos, los cuales taxativamente se encuentran establecidos, el ofendido iniciara el proceso, tal como lo establece el artículo 410 donde hace referencia que “El ejercicio de la acción penal es público y privado”(CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULOS 409 Y 40, 2014).

De este antecedente debo manifestar que en este trabajo se abordara brevemente el ejercicio de acción penal público, para posteriormente centrarme únicamente en el ejercicio de la acción penal privada y su procedimiento a seguir, pero especialmente se hará referencia a las figuras procesales que pueden aplicarse dentro de este procedimiento para no continuar con los mismo, y así, darlo por terminado; todo esto se realizara con la finalidad de lograr demostrar que por la aplicación de dichas figuras procesales las personas no logran ser disuadidas de la comisión de estas conductas delictuales, ya que tendrán una salida en el caso de materializar el injusto penal, con lo que, lograría establecer un pilar fundamental sobre la simbología que irradian estos nuevos delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la fauna urbana.

2.3.1. Acción Penal de ejercicio Público

El ejercicio público de la acción por disposición constitucional contenida en los artículos 194 y 195 le corresponde a Fiscalía General del Estado, ya que se establece que:

La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General son su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención

penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley. (ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULOS 194-195, 2008)

Estos dos artículos de nuestra Constitución de la Republica tienen relación directa con el artículo 411 de nuestro Código Orgánico Integral, y esto es debido a la Supremacía Constitucional, ya que dicho artículo del COIP, establece la titularidad de la acción penal pública, en donde se expresa y determina que “La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada”(CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 411, 2014).

Es por lo mismo que de estos artículos a los que se ha hecho referencia, se determina que corresponde exclusivamente el ejercicio de la acción penal pública a Fiscalía General del Estado ya que “La titularidad de la acción penal la ostenta el fiscal, pues resulta ser aquel quien posee el monopolio de la acción penal y es el mismo quien acude ante el juez para obtener el auto de llamamiento a juicio” (POZO MONTESDEOCA, 2006, pág. 135).

Y es por esto, que siendo Fiscalía titular de la acción penal en los delitos de ejercicio público (que son la generalidad de los delitos tipificados en el COIP) puede y podrá conocer por cualquier medio la comisión de una infracción, por lo que, en ciertas circunstancias podrá suceder que fiscalía inicie una investigación a petición de parte (cuando se pone la respectiva denuncia) o de oficio, y solo en base a una investigación pre procesal o delito flagrante, determinar si se va o no a ejercitar la acción penal, ya que dicho ejercicio de la

acción penal dependerá si goza o no con elementos de convicción suficientes para determinar si existe o no delito.

De lo dicho, Fiscalía General del Estado a través de sus fiscales especializados para cada una de las diversas categorías de delitos podrá ejercer la acción penal cuando resuelve formular cargos contra una persona plenamente determinada por la comisión de un injusto penal, y lo hará, por medio de una solicitud al juez de la Unidad Penal, donde se pide que se convoque audiencia de formulación de cargos, y en dicha audiencia ejercerá la acción penal dando inicio al proceso penal, y por consiguiente, a la primera etapa del procedimiento ordinario que es la instrucción fiscal (en el caso de que se vaya a seguir este procedimiento para resolver la situación jurídica de una persona procesada).

Por lo cual, el fiscal para iniciar el proceso penal requerirá tanto de indicios del cometimiento de una infracción cuanto indicios de quien cometió dicha infracción; y solo una vez que tenga dichos indicios podrá iniciar y ejercer la acción penal, pero estos requerimientos los obtendrá únicamente mediante una investigación previa, ya que una vez que el fiscal tenga la noticia del cometimiento de un delito, ya sea de oficio, o a través de un parte policial, denuncia o noticia de un delito, el fiscal tiene la facultad de investigar los hechos que se han puesto en su conocimiento.

De manera que en la audiencia a la que se está haciendo referencia, se expondrán los elementos de juicio para poder formular cargos, y así, poder iniciar la etapa de instrucción fiscal, por lo cual, una vez que se cumplan con dichos elementos, se solicita al juez que está dirigiendo dicha audiencia que se le notifique a la persona procesada que se le están formulando cargos por un delito plenamente establecido, y que por ese motivo se inicia con el proceso penal en su contra, ya que existen elementos suficientes respecto de su actuar en dicho delito cometido.

Solo en ese momento inicia el ejercicio de la acción penal, ya que antes de que esto suceda como se mencionó anteriormente, se está dentro de una investigación pre procesal donde se recogerán elementos de convicción que permitan ejercer la acción penal, y estos elementos recabados en la investigación pre procesal a la vez, se complementaran con otros elementos de convicción que

serán recogidos en la etapa de instrucción fiscal (es decir cuando ya se ejerció la acción penal) durante el tiempo que haya establecido el juez a solicitud del fiscal, teniendo siempre presente que no podrá durar más de noventa días, con una sola excepción, de que puede durar ciento veinte días siempre y cuando antes de los noventa días se vincule a otra persona o se reformule cargos.

2.3.2. Acción Penal de ejercicio Privado

Para hablar de la acción penal de ejercicio privado, se tiene que ser enfático al establecer que únicamente se puede ejercer dicha acción en delitos que se encuentran tipificados taxativamente como tales, los cuales constan en el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), donde se establece que procede el ejercicio privado de la acción en los delitos de:

- 1) Calumnia.
- 2) Usurpación.
- 3) Estupro.
- 4) Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
- 5) Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana. (CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 415, 2020)

Al tener una norma en la cual se establece cuáles son los delitos de ejercicio privado, lo que se busca es evitar confusión, ya que cualquier otro delito que se encuentre fuera de esta clasificación, no se podrá sustanciar dentro del procedimiento establecido en el artículo 647 para el ejercicio privado de la acción.

Antes de pasar al siguiente apartado se debe hacer una breve acotación al artículo 415, dado que su numeral quinto fue introducido recientemente en las reformas al Código Orgánico Integral Penal del 24 de diciembre del 2019, el cual entro en vigencia el 21 de junio del 2020, en donde se incorporan los delitos contra los animales que conforman la fauna urbana; y es por aquello, que deviene el análisis de todo lo concerniente a los delitos de ejercicio privado de la acción.

2.3.2.1. Definición y características de la Acción Penal de ejercicio Privado

2.3.2.1.1. Definición

La definición que traeré a bordo ha sido recogida del criterio de José Alberto López, dado que dicho autor se refiere a este tipo de acción, y de cierta manera logra explicar sucintamente sobre que debe ser entendida la misma, por lo que, él sostiene que:

Se denomina delito de ejercicio privado o delito de acción privada, en Derecho Procesal Penal, a un tipo de delito que por sus circunstancias no afecta al orden social y por lo mismo, no puede ser perseguido de oficio por la Fiscalía, sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como promotora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial. (LÓPEZ CEDEÑO, 2012)

De esta definición se logra desentrañar un aspecto demasiado importante, ya que se hace mención a que en la comisión de dichos delitos de ejercicio privado no se afecta al orden social: personalmente considero, que de acuerdo a una correcta interpretación de la definición citada, no es que no se afecta al orden social, claro que se afecta, ya que siempre que se comete un delito, ya sea de ejercicio público o privado, se está afectando en cierta medida al orden social, sin embargo, el grado de intensidad en la afectación causada es diferente entre la una clase de delitos con la otra.

Y es por ello, como consecuencia de una afectación en el orden social en una menor medida (intensidad), es que queda en manos de la víctima (perjudicado) del injusto penal promover por sí misma la acción mediante una querrela, ya que por medio de la misma se logra perseguir dicho delito de acción privada, porque solamente cuando es presentada, se logra poner en conocimiento del juzgador la comisión de dicho delito.

En este punto, como se ha venido repitiendo varias veces no intervendrá Fiscalía General del Estado, sino únicamente queda en manos del querellante iniciar y promover la causa para así lograr una resolución o sentencia respecto del delito cometido; dado que en el procedimiento que se prevé para el ejercicio privado de la acción no tenemos etapas definidas, como si se tiene en el ejercicio público de la acción, donde existe instrucción fiscal, etapa intermedia y

audiencia de juicio. Pero lo que si se tiene en este procedimiento a seguir, es una etapa de conciliación y juzgamiento, ya que en la misma audiencia se puede conciliar, y en el caso de no lograr aquello se pasa al juzgamiento del querellado.

2.3.2.1.2. Características de la Acción de ejercicio Privado

Respecto de las características, en el ejercicio privado existe mucha diferencia con el ejercicio público de la acción, y esto se da, por la intervención de Fiscalía General del Estado, donde infiere mucho en la práctica de la misma, es por aquello, que López Cedeño nos da entender de una manera muy clara, cuales son las características que diferencian notablemente de la acción pública, y las plantea de la siguiente manera:

Las principales características de la acción penal privada son las siguientes: voluntaria porque el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al ofendido y por lo mismo, depende de su voluntad; renunciable porque el ofendido puede desistir, abandonar o renunciar a ejercitar la acción penal; y, relativa por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la facultad de imponer la sanción o pena está en manos Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal. (LÓPEZ CEDEÑO, 2012)

La característica principal en la cual me centrare es en la voluntariedad, sin dejar de lado a las demás, ya que la misma es la característica que diferencia muy notablemente del ejercicio de la acción pública, ya que no puede ser investigado y perseguido de oficio por aquel órgano autónomo que es Fiscalía General del Estado, por consiguiente, la intervención activa, así como el protagonismo para poder alcanzar uno de los objetivos de la acción penal, que es la determinación de responsabilidad de una persona por la comisión de un delito, y por la misma sea sancionada, queda única y exclusivamente en manos del ofendido (Querellante).

Y dado esta característica que se ha hecho mención, devienen las demás características que lleva consigo implícitamente la voluntariedad, por lo que, la acción de ejercicio privado podrá ser declarada abandonada o desistida, así como también ser renunciada en cuanto al ejercicio de la misma; ya que en un momento dado y en un caso en específico, pudiera suscitarse que la víctima que

tiene absoluta libertad, opte por dejar ahí el ejercicio de la acción, y lo cual es absolutamente válido, ya que depende exclusivamente de su voluntad proseguir o no con el ejercicio de la acción y por lo tanto del proceso en general.

De lo dicho se logra enmarcar una notoria diferencia con respecto del ejercicio público de la acción, ya que en estos tipos de delitos, por más que la víctima deje ahí su actuación dentro del proceso, el mismo continuara, y para dejar clara la idea, realizare una explicación muy práctica y dinámica:

Si la víctima con el afán de evitar la re victimización, por ejemplo, decide ya no participar en el proceso que se sigue en contra de su presunto agresor, Fiscalía tendrá la obligación de continuar con el proceso hasta obtener una resolución o de ser el caso una sentencia, en donde se logre esclarecer los hechos suscitados y así obtener la llamada verdad procesal, y por mas, que se haya desvinculado la victima del proceso tendrá derecho la reparación integral, lo cual, difiere en mucho del ejercicio privado de la acción, ya que si la víctima se desvincula, se declara abandonada la querella perdiendo el derecho a la reparación integral e incluso pudiéndose ganar un proceso en su contra, si es que el Querellado decide seguirle un proceso por malicia o temeridad en la querella planteada y abandonada.

2.3.2.2. Procedimiento a seguir en los Delitos de ejercicio de Acción Privada

2.3.2.2.1. Diferencia entre Querella y Acusación particular

Para lograr explicar de una manera súper clara el procedimiento que se debe seguir cuando acontece un delito de ejercicio privado de la acción, partiré de la diferencia que existe entre acusación particular con la querella, debiendo tener entendido que la primera será presentada únicamente por parte de la víctima, en cuyos delitos donde el ejercicio de la acción corresponde a quien ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal que es Fiscalía General del Estado; ya que la acusación particular única y exclusivamente se presentara en dichos delitos de ejercicio público; en cuanto a la oportunidad para ser presentada, se da desde el momento en el que se haya formulado cargos a la persona procesada, misma que podrá ser ejercida hasta que el fiscal de por cerrada la instrucción fiscal.

En cambio, cuando se habla respecto de la querella se debe distinguir de la acusación particular, ya que si bien también es ejercida por la víctima, únicamente la querella podrá ser utilizada en los cinco delitos establecidos en el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal, a los que ya se ha hecho mención, para lograr así dar inicio al procedimiento especial determinado para esta clase de delitos; de este antecedente, la querella se presentara exclusivamente con la finalidad de perseguir dichos delitos, así como de informar al juzgador del cometimiento de aquellos.

Este punto es el que se debe dejar súper claro porque ahí radica la diferencia básica entre acusación particular y querella, ya que si bien pueden ser ambas ejercidas por la víctima, cada una tiene una finalidad propia, ya que son dos figuras procesales completamente distintas, cuyos enfoques están destinadas a la solución de un problema que se ha suscitado por la comisión de un delito, pero dicho delito afecta al orden social en mayor o menor medida, y es por lo mismo que variara el titular de la acción y el procedimiento hacer aplicable.

2.3.2.2.2. Procedimiento especial establecido en el COIP para los Delitos de ejercicio Privado

El procedimiento para perseguir un delito de ejercicio privado como se ha venido mencionando, inicia únicamente con la presentación de una querella, ya que es la única forma en la que el juzgador puede conocer sobre la comisión de un delito de este tipo, por lo cual, es indispensable la intervención activa de la víctima, quien inicia o da a conocer la información respecto de la perpetración del delito de ejercicio privado, logrando así dar inicio al procedimiento fijado para sustanciar dichos delitos.

En este procedimiento para el ejercicio de la acción privado se debe señalar que existirán dos partes dentro del proceso, la primera se refiere al querellante (quien será la persona que ejercerá la acción en estos delitos), es decir, es quien ostenta la calidad de víctima o perjudicado, y la otra parte dentro de dicho procedimiento es el querellado (quien será el procesado en el proceso de ejercicio privado de la acción) siendo aquella persona contra quien se ejerce la acción y se interpone la querella.

El querellante podrá presentar la respectiva querella personalmente o por medio de un apoderado, en dicho caso necesitara de un poder especial; la

querella se presentara ante el juez de primer nivel, es decir, ante el juez de las unidades judiciales penales, y esto sucede porque en el ejercicio privado de la acción el juez que es designado por sorteo, es el que llevara todo el proceso hasta su conclusión, lo cual, genera una clara diferencia con procedimiento ordinario que se sigue en los delitos de ejercicio público de la acción, donde existe una instrucción fiscal para luego de ahí pasar a una etapa intermedia, y solo luego de aquello tener un auto de llamamiento a juicio, y es, donde en su última etapa se conformara un tribunal para la toma de la decisión en torno al caso, ya que en las dos etapas previas si se encontrara únicamente a cargo un solo juez de la Unidad Judicial de lo Penal.

En cuanto a lo que debe reunir la querella, esta deberá contener cada uno de los requisitos que exige el numeral dos del artículo 647 del Código Orgánico Integral Penal, donde además se exige que se deba presentar por escrito la misma, por lo cual, ahora hare mención a lo que textualmente se establece que se debe reunir:

- a) Nombres, apellidos, dirección domiciliaria y número de cédula de ciudadanía o identidad, o pasaporte de la o el querellante.
- b) El nombre y apellido de la o el querellado y si es posible, su dirección domiciliaria.
- c) La determinación de la infracción de que se le acusa.
- d) La relación circunstanciada de la infracción, con determinación del lugar y la fecha en que se cometió.
- e) La protesta de formalizar la querella.
- f) La firma de la o el querellante o de su apoderada o apoderado con poder especial el cual deberá acompañarse. El poder contendrá la designación precisa de la o el querellado y la relación completa de la infracción que se requiere querellar.
- g) Si la o el querellante no sabe o no puede firmar, concurrirá personalmente ante la o el juzgador y en su presencia estampa su huella digital. (CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 647, 2014)

Solo una vez que se cumplan con estos requisitos será calificada la querrela, para de ahí proceder a citar al querrellado conforme al artículo 648 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo cual, es necesario señalar una dirección donde va hacer citada el querrellado, y en el caso de desconocer el domicilio de la misma, se debe proceder a citar por la prensa conforme las reglas del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), ya que este cuerpo normativo es norma supletoria para aquellas diligencias en donde el COIP no tenga norma que señale como se deba actuar.

Hay una particularidad en el procedimiento de ejercicio privado de la acción que pudiera causar confusión, ya que se pensaría que al calificar el juzgador la querrela y antes de citar se pudiera solicitar medidas cautelares, que a diferencia de lo que sucede con el ejercicio público de la acción, que para asegurar que el procesado vaya a todas las etapas del proceso, así como garantizar la reparación y el cumplimiento eventual de la pena en el caso de ser hallado culpable, Fiscalía General del Estado tiene la absoluta facultad de solicitar medidas cautelares, sin embargo, en el ejercicio privado de la acción no hay como pedir medidas cautelares pues no interviene fiscalía, y la ley prohíbe expresamente en su numeral 4 del artículo 647, dado que el interés particular es lo relevante en el ejercicio privado de la acción.

Una vez dejado claro esta situación, él querrellado una vez que ha sido citado con la querrela, tendrá un plazo de diez días para contestar la misma, y en el caso de ser citado por la prensa, tendrá dicho plazo para dar contestación una vez que se haya dado sentada la última citación por el diario o medio de comunicación de mayor circulación del lugar donde se halle domiciliado el querrellado, y solo ahí comenzara a correr los diez días plazo; y una vez, que el querrellado haya contestado, se tiene que solicitar un plazo de prueba, ya que en el ejercicio privado de la acción el proceso se realiza a petición de parte y se van cumpliendo con las diligencias a petición de dicha parte interesada, y es por aquello, que el juez a dicha solicitud concederá un plazo de seis días para que las partes anuncien y presenten pruebas necesarias para su teoría del caso.

Con lo mencionado, se debe hacer una puntualización respecto de cuando no hay la posibilidad pedir al juez competente la prueba, se podrá acudir a solicitar dicha prueba al juez de contravenciones, ya que de acuerdo al Código

Orgánico de la Función Judicial, los actos urgentes que se necesiten para precautelar la prueba se podrá solicitar al juez de contravenciones; por ende en el ejercicio privado de la acción cuando se va a solicitar prueba, se puede acudir ante el juez de contravenciones (quien conocerá del proceso por sorteo) y peticionarle como acto urgente que se de paso a la prueba solicitada.

2.3.2.2.1. Audiencia de Conciliación y Juzgamiento

Una vez que se ha hecho mención tanto a las requisitos que se deben cumplir cuanto a la citación y contestación que se da dentro del procedimiento de ejercicio privado de la acción, es menester explicar ahora la audiencia, donde se promoverá como primera cuestión la conciliación entre las partes, y en el caso de no poder llegar a dicho acuerdo o consenso, pasar al juzgamiento de la persona querellada, en base a las pruebas aportadas por ambas partes, ya que solo practicando la prueba por parte del actor así como de la defensa, y contradiciendo la misma por la contraparte, se podrá llegar a desentrañar la verdad procesal.

Todo lo referente y concerniente a la audiencia de conciliación y juzgamiento lo encontramos en el artículo 649, en el cual se establece:

Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos o peritos, la o el juzgador señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso.

La audiencia se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes reglas:

Si no se logra la conciliación, se continuará con la audiencia y la o el querellante formalizará su querrela, la o el defensor público o privado presentará los testigos y peritos previamente anunciados, quienes contestarán al interrogatorio y contrainterrogatorio.

La o el juzgador podrá solicitar explicaciones a los declarantes para tener una comprensión clara de lo que dicen.

Luego la o el querellado o la o el defensor público o privado procederán de igual forma con sus testigos presentados y pruebas.

A continuación, se iniciará el debate concediendo la palabra, en primer término a la o al querellante y luego a la o al querellado, garantizando el derecho a réplica para las partes.

Si la o el querellado no acude a la audiencia, se continuará con la misma en su ausencia.

Luego del debate, la o el juzgador dará a conocer su sentencia siguiendo las reglas de este Código.

La o el juzgador que dicte sentencia en esta clase de procedimiento, declarará de ser el caso, si la querella ha sido temeraria o maliciosa.

La persona condenada por temeridad pagará las costas procesales, así como la reparación integral que corresponda.

En caso de que la o el juzgador la califique de maliciosa, la o el querellado podrá iniciar la acción penal correspondiente.(CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 649, 2014)

Todo este artículo citado lo explicare a continuación para no dejar vacíos que puedan ocasionar ambigüedad y duda, por lo tanto, se debe comprender que en esta audiencia el juzgador antes de darle por instalada debe indicar a las partes que pueden llegar a un acuerdo, ya que este procedimiento y en todos en general, se debe promover imperativamente la conciliación u otros mecanismos de solución de conflictos, con excepción del procedimiento de violencia intrafamiliar; por lo tanto, si las partes indican que no pueden llegar a un acuerdo, se debe de manera obligatoria hacer constar de que el juez promovió la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos entre las partes involucradas.

Por lo tanto, al dar inicio el juzgador deberá presentarse y verificar que se encuentren los sujetos procesales (querellante y querellado) con el acompañamiento de su respectivo abogado patrocinador como defensor, una vez que se haya realizado aquello, se presentara la querella, la cual será formalizada por el querellante y se planteara la respectiva teoría del caso, para de una vez presentar a los testigos y peritos previamente anunciados, por lo cual se vendrá a practicar los medios prueba anunciados; la práctica de esta es como cualquier

otro trámite (peritos acreditan su peritaje a través de su testimonio el cual estará basado en la técnica utilizada así como la fundamentación científica que avale la pericia realizada, en cambio los testigos deben dar su testimonio apegados a la verdad, bajo la pena de ser sancionados por perjurio, los documentos se acreditan con lectura de la parte pertinente y los objetos se acreditarán a través de peritos y testigos).

Una vez concluida la intervención por parte del querellante, el querellado de igual forma presentará su teoría del caso y practicará su prueba, siempre respetando el principio de contradicción tanto en la práctica del querellado como del querellante, teniendo claro un particular en cuanto a la prueba, ya que esta no le pertenece a la parte que la incorpora sino que pertenece al proceso en general, por lo cual, podrá ser utilizada por cualquiera de las partes a favor de su teoría del caso; en lo concerniente a la práctica de la prueba el juzgador tiene la absoluta facultad de solicitar explicaciones a cada una de las partes en su intervención, todo ello con el objetivo y fin de obtener una clara comprensión y así formar juicio respecto de lo que se está tratando.

En lo que respecta al anuncio de la prueba, considero preciso mencionar que en este procedimiento establecido para el ejercicio privado de la acción no existe una etapa previa al juicio, como en el procedimiento ordinario (etapa intermedia o audiencia preparatoria de juicio) que se aplica en el ejercicio público de la acción para excluir la prueba, por lo que, en el procedimiento que se está analizando, la exclusión se da en la misma audiencia.

Por lo tanto, la contraparte puede solicitar que se excluya tal o cual prueba justificando y fundamentando adecuadamente sus razones; es por eso, que si el juez no acepta cualquier tipo de medio probatorio, ya sea del querellante o querellado, debe en ese momento motivar porque la exclusión de dicho medio de prueba, o en su defecto, puede decir al momento de la valoración de la prueba, que no se va a tomar en cuenta tal o cuando medio probatorio por ser ilegal o ilegítimo.

Una vez concluida la práctica de la prueba, de igual manera, que en una audiencia de juicio normal (procedimiento ordinario), las partes tienen que presentar sus alegatos de cierre, de manera, que así como al principio de la

audiencia cada una de las partes procesales indicaron lo que iban a probar en base a la prueba aportada previamente, en los debates lo que hacen las partes procesales es ir armando todo el rompecabezas, todo en base de la prueba ya practicada, por lo que unirán todas las pruebas que le favorezcan y que son relevantes para coadyuvar a su teoría del caso e indicaran a sí mismo, como la contraparte no ha probado su teoría del caso con la prueba aportada, es decir, vendrán a debatir la prueba de la contraparte; por tanto, en el debate las partes presentan sus pretensiones, en el caso del querellante solicitara que el querellado sea sancionado, en cambio, el querellado solicitara que se ratifique su estado de inocencia, y todo esto será analizado por el juzgador para la toma de su decisión.

Respecto del numeral quinto del artículo 649 se hace mención a la falta de comparecencia por parte del querellado, y dado el supuesto de esto suceder, cabe el juzgamiento en ausencia del querellado, empero, se debió agotar todo mecanismo para su citación efectiva, y una vez citado, en el caso de no señalar un casillero judicial se otorgara un defensor público; sin perjuicio, que antes de que se instale la audiencia se pueda autorizar a un defensor privado y pase dicha audiencia.

En torno a todo lo referente al abandono, desistimiento, no presentación o renuncia por parte del querellante, se hará referencia en los siguientes apartados de este capítulo, ya que estas figuras procesales nos permitirán determinar un indicio claro y preciso, en cuanto, si estos nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que conforman la fauna urbana están inmersos dentro del Derecho Penal Simbólico, ya que por dicha aplicación de las figuras procesales mencionadas, no se estaría enviando un correcto mensaje disuasorio al resto de las personas que conforman nuestra sociedad, para así, lograr evitar el cometimiento de dichas conductas punitivas antes mencionadas.

Continuando con la explicación del artículo 649, en el numeral sexto hace referencia a que una vez que haya concluido los debates, donde como se mencionó previamente cada una de las partes procesales dará a conocer sus pretensiones, el juzgador deberá necesariamente dar su veredicto conforma a las reglas que se establecen en el Código Orgánico Integral Penal, para lo cual, tendrán que deliberar todo lo actuado por cada una de las partes, para así dar una

resolución oral la cual será motivada sucintamente, ya que dicha resolución no es sentencia aun, ya que la misma será notificada posteriormente con una fundamentación clara y completa.

En la resolución oral que se alude, el juzgador deberá referirse a los hechos que se están juzgando, tanto a como se determinó la infracción que se está persiguiendo, cuanto también la forma en que se determinó la responsabilidad y culpabilidad de la persona; por lo tanto, el juzgador no podrá hacer referencia a hechos que no han sido sometidos a su conocimiento, por consiguiente, planteado la manera en cómo ha de emitir su resolución oral, cuando el juez se refiera a la culpabilidad de la persona querellada deberá determinar si dicha persona actuó como autor o como cómplice, para así determinar la pena que corresponde, la cual será individualizada, indicando si hay agravantes o atenuantes.

En el dictamen oral, obligatoriamente el juzgador deberá ordenar la reparación integral de la víctima del injusto penal; y, una vez que haya acontecido todo esto, los sujetos procesales quedan notificados pero aun no podrán interponer recursos, pues la resolución deberá ser reducida a escrito para que se convierta en sentencia, y solo a partir de aquello se comenzaran a contabilizar los términos, para poder interponer los recursos respectivos; todo esto dicho se encuentra amparado en el artículo 560 del Código Orgánico Integral Penal, donde se establece que actos procesales deberán ser reducidos a escritos, y entre ellos se encuentra la sentencia.

Respecto de los numerales séptimo, octavo y noveno del artículo 649, se hace referencia a la facultad que tiene el juzgador de declarar la querella como maliciosa o temeraria, cuando ha sido propuesto la querella, sin que el querellado ha sido el responsable del ilícito, o cuando no se tiene la absoluta certeza; y, por lo tanto, carecerá de prueba respecto de la comisión por parte del supuesto responsable.

Pero a pesar de aquello, el querellante inicia el proceso en contra del querellado; y es por todo esto, que cuando esto acontece ,al querellante se le ha condenar por temeridad, y por tanto deberá cancelar las costas procesales que serán fijadas por el juzgador, así como también la reparación integral que

corresponda al querellado, todo aquello conjuntamente con la posibilidad que tendrá el querellado de proponer la acción penal correspondiente por la malicia y temeridad, que ya estaría declarada en contra del querellante.

2.3.2.3. Figuras procesales aplicables al procedimiento de ejercicio privado de la acción

2.3.2.3.1. Desistimiento o Abandono

El desistimiento o abandono de la acción de ejercicio privado, se encuentra regulado en el artículo 651 de nuestro cuerpo normativo vigente, en el cual se establece:

En los delitos en los que proceda el ejercicio privado de la acción se entenderá abandonada la querrela si la o el querellante deja de impulsarla por treinta días, contados desde la última petición o reclamación que se ha presentado a la o al juzgador, a excepción de los casos en los que por el estado del proceso ya no necesite la expresión de voluntad de la o el querellante. La o el juzgador declarará abandonada la querrela únicamente a petición de la o el querellado.

Declarado el abandono la o el juzgador tendrá la obligación de calificar en su oportunidad, si la querrela ha sido maliciosa o temeraria. (CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 651, 2014).

Respecto de esta figura procesal, la cual esta tratada en el artículo citado, se debe tener claro que tanto al “Desistimiento” cuanto el “Abandono” son considerados en nuestro cuerpo normativo en un mismo artículo, ya que producen los mismos efectos, y estas dos figuras procesales surgen de la voluntad del querellante; por lo que, en una explicación muy somera, el desistimiento en materia de Procesal Penal deberá ser entendido tal como lo describe el autor ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, donde él explica en palabras muy descifrables y comprensibles que es “la renuncia expresa que hace el acusador de continuar exhibiendo la pretensión punitiva y la de resarcimiento de daños y perjuicios” (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 293).

Por lo que, para complementar lo anterior, aplicándolo al abandono, otro autor ecuatoriano como lo es el Dr. Simón Valdivieso en su obra “Índice

Analítico y Explicativo del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano” establece que “En las infracciones de acción penal privada, el abandono de la acusación particular (Querella) conlleva a la terminación de la causa dejando sin efecto la imputación...” (VALDIVIESO VINTIMILLA, 2008, pág. 6).

De estas dos referencias hechas, por estos dos grandes autores ecuatorianos, considero que sus apreciaciones son muy grandes y valiosas en la aplicación práctica de estas figuras procesales en el procedimiento que se sigue para los delitos ejercicio privado de la acción, ya que el querellante al desistir de la acción emana un acto de voluntad propia, donde decide, que deja ahí la continuación de la tramitación del proceso penal, y con eso conlleva, que tanto la sanción como el resarcimiento del injusto penal que hubiere tenido lugar por parte de la persona procesada (querellado) no se aplique nunca, ocasionando el abandono el proceso, por lo tanto, obteniendo de aquello la terminación de la imputación planteada.

En esta figura procesal hay que establecer una diferencia respecto de lo que sucede en los delitos ejercicio público de la acción, ya que en dichos delitos si la víctima presenta acusación particular y el acusador desiste de la misma, se continua con el procedimiento, ya que la acusación particular siempre será accesoria, porque el titular de la acción es Fiscalía General del Estado en este tipo de ilícitos, por tanto, así la victima desista a la acusación particular, ésta conserva su derecho a la reparación integral por el injusto que agravio a su derecho.

Lo que busco expresar y transmitir con todo esto, es que el proceso no terminará por el desistimiento, lo cual, es diverso a lo que sucede en el ejercicio privado de la acción, ya que si se desiste de la acción termina el proceso, porque como se ha dicho el titular de la acción es querellante, el cual deberá dar impulso procesal hasta llegar a una resolución o sentencia.

En lo que respecta al abandono en particular, en el procedimiento del ejercicio privado de la acción, se declara el abandono del proceso, cuando este no ha sido impulsado por más de 30 días contados desde la última petición o reclamación, es decir, opera frente a la inactividad del querellante; y, a petición del querellado, por lo cual, el juzgador deberá pronunciarse ante este

requerimiento por haber acontecido la inactividad del querellante, demostrando su falta de voluntad en proseguir el proceso.

Tanto la declaración de abandono del proceso o desistimiento de la acción, así como la declaración de desierta la querella, provocaran los mismos efectos; aunque esta última figura procesal se produce por la inasistencia injustificada a la audiencia de juzgamiento, misma que se encuentra regulado en el artículo 650 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, es preciso dejar sentado que para el caso del desistimiento no ha desarrollado el legislador un trámite que ha de ser seguido para así renunciar a la acción en los delitos de ejercicio privado.

Sino únicamente se ha pronunciado respecto al desistimiento de la acusación particular en los delitos de ejercicio de acción pública; por consiguiente la ley únicamente manifiesta cuando ha de operar el abandono, sin hacer referencia alguna al desistimiento de la querella, dejando así un vacío respecto al trámite a seguir, y por tanto deja sin aplicación práctica.

De todo lo explicado se puede sacar una conclusión previa, ya que si el querellante desiste de la acción, que si bien no hay un trámite a seguir, bastaría únicamente su inasistencia al proceso, o en su defecto, puede dejar de dar impulso por más de treinta días al proceso, para que la querella se declarara abandonada por parte del juzgador y así concluir la causa, ya que el titular de la acción en este tipo de delitos es el querellante, por tanto, solo basta un acto de voluntad del propio querellante para terminar toda la imputación planteada, dejando en la discrecionalidad del perjudicado seguir o no con el proceso.

De lo dicho se puede inferir como un antecedente que será profundizado más adelante, que esta protección penal no es adecuada para proteger los derechos reconocidos a los animales de la fauna urbana, porque en la generalidad de los casos depende de la voluntad del querellante, pudiendo inclusive decirse de la debida diligencia por parte del abogado patrocinador, en cuanto al plazo, para que no se dé por concluido todo lo llevado a cabo, por falta de inacción al proceso; lo que llevaría en dichos casos a la impunidad del justiciable, dejando desprotegidos a los animales que conforman este ámbito de protección, y por lo

tanto, vulnerando a una parte de la naturaleza, la cual es titular de derechos de acuerdo a nuestra Constitución de la República vigente.

2.3.2.3.2. Conciliación

La conciliación como un mecanismo de solución de conflictos, es una figura procesal que en los últimos años ha tenido cada vez más cabida para resolver problemas que se han ido presentando en el diario vivir de las personas, si bien esta figura ha sido utilizada en mayor medida en otros campos del Derecho, como por ejemplo, la rama del Derecho Civil o la Mercantil; sin embargo, la rama del Derecho Penal no ha quedado atrás, ya que incluso puede ser utilizada siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 663 del Código Orgánico Integral Penal, esto única y exclusivamente para los delitos de ejercicio publica de la acción; ya que la conciliación para los delitos de ejercicio privado de la acción, es mucho más simple, y esto es así, porque basta con una petición realizada por escrito, en donde se solicite acogerse a dicho mecanismo de solución de conflictos para dar por terminado al mismo.

Es por aquello, que la conciliación como figura procesal en nuestro ordenamiento jurídico tiene rango inclusive Constitucional, dado que en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”(ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULO 190, 2008), por tanto, al estar reconocido en nuestra carta magna tiene plena validez que las partes que están inmersas dentro de un conflicto, que en el Derecho Penal dicho conflicto se generara como consecuencia de un delito, logren llegar a un acuerdo para así dar por terminado a un proceso.

2.3.2.3.2.1. Definición

Una definición muy clara que se tiene respecto de la conciliación, es la que nos trae Salas Beteta, en donde él expresa que:

La Conciliación es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, por el cual las personas se valen de la intervención de un tercero para que los asista en la solución a un conflicto. Por

consiguiente, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes que están inmersas dentro de un conflicto buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes. (SALAS BETETA, 2007)

De esta cita, cuando el autor se refiere que es un mecanismo heterocompositivo este se debe entender, como aquel mecanismo en el cual las partes que están inmersos dentro del problema, delegan aun tercero (el cual será ajeno al conflicto que se ventila) la facultad de llegar a un acuerdo, en donde, se buscara siempre un ganar - ganar para las partes intervinientes, es decir, este tercero ajeno al problema como lo es el denominado “Conciliador o mediador”, vendrá a proponer fórmulas de solución, para que en base de las mismas que sean aceptadas, se pueda llegar al acuerdo que vendrá a poner fin al problema que están inmersos las partes.

2.3.2.3.2.2. Requisitos para que se lleve a cabo la Conciliación

Al ser una negociación asistida, en el campo del Derecho Penal y aplicado en los delitos de ejercicio privado de la acción, que son los que nos interesa en este trabajo, es necesario que se cumplan varios presupuestos, como lo son:

- a) Un delito de ejercicio privado de la acción, mismo que se encuentran tipificados en el artículo 415 del COIP.
- b) Cumplimiento de lo que se establezcan para poder acogerse a esta figura procesal, que en los delitos de ejercicio privado de la acción, no es más que la voluntad de las partes procesales (víctima y persona procesada) plasmadas en un escrito que ponen en conocimiento al juzgador, tal como se desprende del artículo 647 numeral 4 del COIP, donde se establece que “...podrán concluir por abandono, desistimiento, remisión o cualquier otra forma permitida por este cuerpo normativo”(CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 647, 2014), al momento que describe “otra forma permitida”, se debe entender que la conciliación es aplicable, ya que esta figura es recogida por nuestro cuerpo normativo, en donde es incluso permitida para delitos muchos más graves como lo son de ejercicio público.

- c) Voluntad de las partes procesales libre vicio de acogerse a esta forma de solución de conflictos.
- d) Una tercera persona independiente y ajena a los intereses de las partes involucradas, como lo es el conciliador o mediador.

Por tanto, de lo expuesto se puede inferir que la conciliación viene hacer un mecanismo muy eficaz para no dar inicio a una contienda legal, así como en el caso de verse inmersa dentro de la misma darla por concluida; por tanto, dentro de un procedimiento de ejercicio privado de la acción el juzgador antes de dar por instalada a la audiencia siempre va a promover la conciliación por mandato tanto constitucional como legal, ya que lo que se busca es que las partes intervinientes salgan ganando ambas; por lo que considero que al aplicarse este mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el caso de haber cometido una persona un delito de ejercicio privado de la acción, y en el caso que así lo permita la víctima van a llegar a un acuerdo, donde la persona perjudicada ganara que se le resarza el daño causado, y el victimario al contrario ganaría, que no se le aplique una sanción que ya se haya determinada en la ley por la comisión del injusto penal, es por eso que en la conciliación se habla de un ganar – ganar.

Sin embargo, hay un punto que necesariamente debo mencionar, y es que si bien la conciliación es un excelente mecanismo alternativo de solución conflictos, el cual nos ha facilitado en muchos de los casos llegar a obtener una reparación integral para la víctima, se debe dejar constancia que para los fines de la pena tomando como base la Teoría Relativa, no se lograría cumplir la prevención general positiva como negativa, ya que recordando lo que ha sido mencionado en el primer capítulo ambas se encuentran ligadas.

Dado que cuando una persona es sancionada por la comisión de un delito, ese ejemplo generara que el resto de las personas sean disuadidas de la comisión del injusto penal, porque, infunde de cierta forma temor en el resto de personas por la pena aplicada, y en base ha dicho temor se enraízan a sus principios básicos, que permiten que dicho delito no se vuelva a cometer o por lo menos en mayor medida.

Esto no quiere decir que la conciliación este mal, ya que descongestiona la carga de trabajo en los despachos judiciales de las cortes a nivel nacional, lo

que sostengo es que el mensaje disuasorio para evitar el cometimiento de dichos delitos no se cumpliría así como debe cumplir, teniendo presente también que la conciliación al tener un rango constitucional para la solución de conflictos, se aplican en las demás materias del Derecho.

Por tanto, si ante la comisión de una infracción contra los animales que conforman la fauna urbana, se puede conciliar antes de iniciar el proceso, o en su defecto, que dicho proceso ya haya iniciado, él juez tendrá la obligación por mandato legal de promover la conciliación antes de instalar la audiencia, no sería preferible que otra rama del Derecho sea la encargada de brindar una protección más adecuada a los animales que conforman la fauna urbana, porque, como se mencionó la conciliación está presente en todas y cada una de las ramas que conforman el Derecho en general.

Es por todo esto, que si se da la oportunidad, de que estas infracciones estén bajo la protección de otra rama, se vendría a obtener, lo mismo que se tiene ahora, pero con la diferencia que se ganará un intervencionismo penal mucho menor, lo que genera una mayor transcendencia y relevancia al Derecho Penal que es lo que se busca en cuanto a no limitar el actuar de las personas.

La última a figura procesal a ser estudiada en este apartado, será la Suspensión Condicional de la Pena, ya que pudiera existir una confusión respecto a su aplicación, la cual, únicamente puede ser aprovechada en los delitos de ejercicio público, siempre que se hubiera seguido el procedimiento de ordinario, sin embargo, para la generalidad de las personas es un tema desconocido, por lo que pensarían que se aplicada a todos los tipos penales en todos los procedimientos, lo cual no puede ser más desacertado; siendo aquel el motivo de porque se toma este tema en el presente trabajo.

2.3.2.3.3. Suspensión Condicional de la Pena

2.3.2.3.3.1. Definición y Análisis en base a la Doctrina

Para poder comprender que se entiende como suspensión condicional de la pena, debemos razonar que la suspensión condicional es la referencia únicamente la suspensión respecto de la ejecución de la pena privativa de la libertad, por lo que, su denominación puede variar, dado a la forma en como lo plasma el legislador al momento de describir esta alternativa a la prisión, en

donde de ser aplicada se vería afectada directamente aquel derecho fundamental de todas las personas como lo es la libertad ambulatoria.

De manera que este mecanismo debe ser entendido de acuerdo a la forma que plantea el autor Gustavo Balmaceda Hoyos, en donde “El rasgo que caracteriza la evolución de los sistemas penales contemporáneos en la tendencia de existir en ellos mecanismos tendientes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad, pero solamente de aquellas que no resulten absolutamente necesarias” (BALMACEDA, 2014, pág. 329).

Si bien no hay una denominación que sea mayoritaria en las legislaciones del mundo en cuanto a la suspensión condicional de la pena, tanto su finalidad como sus efectos son los mismos, esto respecto al momento que una persona se ve beneficiada de ella; sin embargo, respecto a los requisitos que se exigen, los mismos serán distintos en los diferentes países, como por ejemplo, aquí en Ecuador se exigen que la persona a quien se le ha determinado su culpabilidad y responsabilidad, cumpla con cuatro requisitos recogidos en el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales serán tratados más adelante.

En lo que respecta a la aplicabilidad de la suspensión condicional, debo manifestar que me adhiero a lo que expone el autor Francisco José Alonso Espinosa, en donde explica que:

Consiste, en general, en la no imposición-ejecución de una pena que está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos y exigencias, es una institución recogida en todos los sistemas jurídico penales modernos siendo clásica ya la distinción que se hace entre dos grandes sistemas: el modelo angloamericano de la probation y el sistema europeo. (ESPINOSA, 1999, pág. 4)

Así mismo, se ha de poder apreciar que la suspensión condicional tiene sus fundamentos, tanto en la Teoría Retribucionista cuanto en la Teoría Utilitarista de la pena; por lo que es necesario hacer una breve mención a cada una de ellas, para determinar, cuál es la que nuestro ordenamiento jurídico sigue. La primera de las teorías mencionadas de acuerdo a la concepción del autor José Cid Moline se basa que:

En un sistema de alternativas a la prisión basado en los principios de una teoría retribucionista, o del merecimiento, como la expuesta por Wassik-Von Hirsch (1998:570), parece que existe poca cabida para la suspensión de la pena. Ello es debido a que, por una parte, si la suspensión se aplica a delitos graves entonces esta sanción, que lo único que requiere es que la persona infractora se abstenga de cometer otro delito, no llega a expresar el reproche merecido en atención al delito realizado. Por otra parte, si la suspensión de la pena se aplicara a delitos leves, entonces, el hecho de que, mediando un nuevo delito, se impusiera prisión, sería una respuesta excesiva para el delito cometido. (CID MOLINÉ, 2005, pág. 226)

De lo expuesto se puede entender que la suspensión condicional de la pena solo tendría un carácter de excepcional, por los motivos antes mencionados, debido a la mayor o menor gravedad del delito, lo que podría traer consecuencias negativas, en cualquiera de los dos supuesto que menciona el autor citado; y esto es así, porque ante la comisión de un delito grave no se le estaría dando la reprochabilidad que se merece por parte de la sociedad a la cual pertenece, ya que la conducta fue severa hacia un bien jurídico protegido, y la gente sostendrá que no es adecuado que salga en libertad sin pagar su pena privativa de la libertad.

En cambio, sí un infractor de un delito leve, que previamente ya se benefició de la suspensión condicional por haber cometido un delito más grave, no podrá acogerse nuevamente a esta figura procesal, por lo que se le condenaría a pasar un tiempo en prisión por un injusto penal más leve, lo cual en mi opinión es bastante debatible, dado que el infractor podría ser considerado un delincuente potencial; sin embargo, esta temática no será abordada ya que no es el objeto de investigación dentro de este trabajo.

En cambio, si analizamos en base de la Teoría Relativa de la pena tal como lo expone nuevamente Cid Moline, se debe ver:

Desde un punto de vista utilitarista, la suspensión de la pena puede encontrar mayor aprobación. Ya que desde principios del siglo XX, Von Liszt y el resto de participantes en la «Unión Internacional de

Derecho Penal» recomendaron la introducción de la suspensión de la pena, sobre la base de la «teoría del delincuente ocasional» (Berdugo 1982:28-48). De acuerdo con esta teoría, aquellos infractores-as cuya delincuencia es ocasional se abstendrían de cometer delitos con la mera amenaza de ejecutar la condena en caso de volver a delinquir. (CID MOLINÉ, 2005, pág. 226)

Ya que en el caso particular de ser personas que no necesariamente tenga que recibir rehabilitación, pudiera ser contraproducente tener que pasar así sean pocos días en la cárcel, por la mala influencia y amenazas de otros reos, lo cual ya ha sido demostrado en la actualidad y realidad de la sociedad en la que vivimos; esto como interpretación a la cita anterior.

De estos dos puntos tratados previamente, puedo concluir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en lo que a la suspensión condicional de la pena se refiere acoge el sistema europeo, ya que se pronuncia por medio de una sentencia respecto del delito que se está juzgando, en donde se determina ya su responsabilidad, dando la posibilidad al condenado de presentar en la misma audiencia o dentro de 24 horas siguientes a la terminación de la misma, una solicitud para que se le conceda la suspensión de la pena, que no es otra cosa, que la suspensión de la ejecución de la misma, y en el caso de que se le otorgue, deberá cumplir de otras medidas que no podrán superar el tiempo de la pena que la persona ha sido sentenciada.

En lo referente a la justificación de esta figura procesal, se puede apreciar que seguimos un fin utilitarista, por que la persona a quien se le condena a una pena privativa de la libertad, solicita dicha medida, para no pasar en la cárcel, y así evitar que se corrompa por su estadía en un centro de rehabilitación social, evitando un padecimiento que le puede afectar duramente el resto de su vida, y logrando también en ese caso un ahorro económico para el Estado, dado que a este último le toca velar por las necesidades básicas de los privados de la libertad.

Acotando a lo expuesto la suspensión condicional de la pena opera, como lo puede explicar el autor José García por:

La necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privadas de libertad por aquellos condenados que presenten un

pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales supuestos, no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impedirá alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivos. (GARCIA, 2012, págs. 23-24)

De esto último, aplicado al trabajo que me atañe, se podría pensar que la persona que cometa cualquiera de los delitos contra los animales de la fauna urbana, en muchos de los casos va a poder acogerse a la suspensión condicional de la pena, siempre que concurren los requisitos que nos exige Código Orgánico Integral Penal; por consiguiente, este punto se analizara en el siguiente apartado, sin embargo, así se cumplan los mismo, debo adelantarme que no se podrá aplicar dicha figura procesal.

2.3.2.3.3.2. Requisitos para la aplicación de la Suspensión Condicional de la pena de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal

En nuestro cuerpo normativo a la suspensión condicional de la pena la tenemos descrita en el artículo 630, en donde, nos permite saber qué requisitos previos debe cumplir la persona condenada; sin embargo, esta figura procesal no debe ser confundido con las garantías penitenciarias, ya que las mismas significan que una vez que el condenado haya cumplido cierto tiempo de la pena en la cárcel a más de las obligaciones que tiene toda persona privada de la libertad que acatar, podrá solicitar los diferentes tipos de regímenes que establece el Código Orgánico Integral Penal.

En cambio la suspensión condicional de la pena no se asemeja en nada por lo todo mencionado previamente, debiendo partir de que no es competencia de los jueces de garantías penitenciarias otorgar dicha figura, sino de exclusiva competencia del tribunal que haya llegado a determinar la responsabilidad del procesado dentro del proceso seguido en su contra.

En la practica el juez cuando vaya a emitir su sentencia por escrito, aparte de la cuestión de fondo deberá pronunciarse también sobre la suspensión condicional, y solo una vez concedida esta figura procesal, en virtud de, que cumple los requisitos previstos, el condenado deberá acatar y realizar cualquiera de las condiciones que determina el artículo 631 del Código Orgánico Integral

Penal y que ha sido impuestas por el Tribunal de Garantías Penales, para así cumplir su pena en libertad, las cuales deberán ser cumplidas a carta cabal, dado que de no ser así e incumplirlas, tendría que cumplir su pena dentro de un centro de rehabilitación social; una vez dicho esto, en el artículo 630 se establece que:

La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.

La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud. (ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, ARTÍCULO 630, 2014)

En el análisis que me corresponde dentro de este trabajo, únicamente se hará mención al numeral primero del presente artículo; ya que la persona que realizara la conducta que se encuentra sancionada en el tipo penal contra los

animales de la fauna urbana, y para lo cual, será necesario ejemplificarlo para clarificar esta idea.

Por consiguiente, en el supuesto que se llevara a cabo una la pelea de perros, misma que se encuentra tipificada en el artículo 250.2, donde en su penúltimo inciso se establece que “Si producto de la pelea se causa la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”(ASAMBLEA NACIONAL, 2019); si se parte de esta premisa, una persona que pudiera cometer dicha y fracción, y en el supuesto no querido resulta sancionada por dicho delito, se pudiera pensar que dicha persona podrá acogerse fácilmente a la suspensión condicional de la pena, ya que la pena máxima del tipo es de 3 años, dejando sentado que dicha pena, es una de las más graves en lo que respecta a estas infracciones en mención.

Desde el punto de vista del tiempo de la pena se daría a pensar que es aplicable la figura procesal de la suspensión condicional de la pena, y es lo que la generalidad de las personas que no tienen estudios en la rama de Derecho pudiera pensar; sin embargo, dicho pensamiento no puede ser más contrario a la realidad, y es por aquello que en el siguiente acápite explicare la causa que fundamenta dicha inaplicabilidad.

2.3.2.3.3.3. Aplicabilidad de la Suspensión Condicional de la pena en los Delitos de ejercicio Privado

Si bien todo lo mencionado anteriormente es cierto y aplicable a los delitos de acción pública en el procedimiento ordinario, hay una ambigüedad que si bien no es el objeto de mi trabajo, necesariamente debo mencionar; dado que la Corte Nacional de Justicia en la resolución de marzo del 2015 establece que “Esta figura, que humaniza el sistema punitivo, pierde razón de ser en los casos de condena por delitos cuya acción es de ejercicio privado, en que puede ponerse fin a la pena por vía de remisión.”(CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, 2015).

Es por lo mismo, que partiendo de esta Resolución, es que para los delitos de ejercicio privado en los cuales se ven inmersos las infracciones contra los animales que conforman la fauna urbana, no es aplicable la suspensión condicional de la pena, porque la propia Corte Nacional de Justicia ha establecido que ha de aplicarse la remisión condicional.

Y es por dicha resolución, en donde se genera duda entre la suspensión condicional de la pena y la remisión condicional de la pena, en cuanto a la aplicabilidad, entendido que la remisión es el perdón que debe ser dado por parte del querellante; de manera, que toda esta figura procesal estudiada brevemente en estos acápite referentes a la suspensión condicional de la pena, es únicamente de aplicación para delitos de ejercicio pública de la acción dentro del procedimiento ordinario, donde existe aquella acusación oficial por parte de Fiscalía General del Estado, y en donde se siguen las tres etapas que está compuesto dicho procedimiento.

Por consiguiente, en los delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la fauna urbana, deberá ser enfático que no puede aplicarse esta figura procesal, para que la querellado pueda salir beneficiada por la misma, pero si podrá utilizar y acogerse a la figura de la remisión condicional (el perdón de la víctima hacia el victimario), lo que de igual manera impediría enviar ese mensaje disuasorio necesario para las demás personas, ya que arreglaría el autor del delito con la víctima la reparación por el daño causado.

Por lo cual, en el mismo caso de las otras figuras mencionadas dentro de este capítulo, se puede apreciar que el resto de la ciudadanía no tiene un mensaje disuasorio firme y efectivo para impedir que dichas infracciones se cometan, por lo que, la protección que brinda la rama penal en cierta forma no envía el mensaje de preventivo que se necesita, y únicamente envía un mensaje valorativo (simbólico) que incide en base de la moral que tenga el receptor, siendo el mismo mensaje que envía la protección Administrativa para contrarrestar estas conductas que se analizan.

Con lo expuesto has ahora, respecto de la conciliación así como del abandono o desistimiento, considero que la rama del Derecho Penal a través de la protección que otorga, no es la adecuada este tipo de infracciones, ya que se necesitaba al momento de debatirlas de un estudio mucho más profundo y extenso de la dogmática existente, para poder así, determinar si es o no adecuada la protección penal; dado que el mensaje preventivo y disuasorio no es enviado adecuadamente, lo que genera inaplicabilidad de acuerdo a los fines que busca el Derecho Penal, entre los cuales está el de mantener el Orden Social entre las personas, sin embargo, dicho análisis a más de lo antes mencionado, tuvo que

ser realizado respetando los principios rectores que rigen esta rama, especialmente respecto al principio de intervencionismo penal mínimo, para lograr asegurar los bienes jurídicos a los que se brinda protección.

Una vez, dejado claro la postura en mi trabajo, para complementarla será analizar en el siguiente apartado de este capítulo, a que se entiende por Bien Jurídico Protegido, dado que, en el presente trabajo será necesario establecer cuál es el bien jurídico protegido del maltrato animal, para así determinar si es o no justificada la protección penal, de acuerdo a la parte general del Derecho Penal que se enfoca en el estudio de la “Teoría del Delito”, en donde siempre se tendrá que para este tipo de conductas que son sancionadas por esta rama, la existencia de un bien jurídico protegido, y demás elementos estructurales del tipo; en donde me centrare sobre en establecer la diferencia entre bien jurídico y objeto material en estas infracciones contra los animales.

2.4. El Bien Jurídico Protegido

La norma penal tiene función básica y fundamental, que es la protección de bienes jurídicos, y para lograr conseguir esta función protectora, eleva a categorías de delitos, mediante la tipificación de aquellos comportamientos (relevantes) que más gravemente lesionan o ponen en peligro a dichos bienes jurídicos; es por ello, que el punto clave que permite descubrir la naturaleza del tipo penal, para así darle sentido en sí, será el derecho que se viene a tutelar y proteger.

Por lo tanto, siempre al estudiar y tratar el delito en general (como aquella acción u omisión, típica, antijurídica y culpable) se estará enfocado en evitar la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico (que no es otra cosa que los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución de la Republica); es por consiguiente, que al momento que se tipifica un delito lo que se busca es erradicar dichas conductas, para así conseguir la tutela del derecho que se viene a proteger, y es por aquello, que se habla del mensaje preventivo y disuasorio que busca como finalidad la rama del Derecho Penal, para así mantener el Orden Social.

Para concretar esta idea, he de partir que el bien jurídico protegido no es otra cosa que el valor ideal reconocido por los ordenamientos jurídicos, al que la

ley quiere proteger de las acciones (actuar positivo de ejercicio final) u omisiones (actuar negativo de ejercicio final), que puedan dañarlo o ponerlo en peligro; es por esto, que el valor del que se habla es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados interés vitales para todas las personas que conforman la sociedad.

Sin embargo, lo que se espera utilizando la lógica, tanto en la aplicación de los principios rectores de esta rama del Derecho, cuanto de la dogmática alcanzado hasta estos momentos a nivel mundial, es que de acuerdo, con el principio de mínima intervención penal se consiga que legislador solo venga a utilizar al Derecho Penal para proteger los bienes jurídicos relevantes, siempre que no exista otro mecanismo adecuado de protección; y por tanto, únicamente tipifique aquellas conductas que son altamente peligrosas y lesivas, lo cual, en nuestra realidad y ordenamiento jurídico, no se cumple, o no se demuestra en la aplicación práctica; dicho esto, es la razón por la cual hablo y manifiesto categóricamente de una banalización hacia esta importantísima rama del Derecho, como lo es el Derecho Penal.

2.4.1. Concepto de Bien Jurídico Protegido

El concepto de bien jurídico protegido es utilizado dentro de los elementos estructurales del tipo penal, como un criterio de clasificación, ya que por medio del mismo se va aglutinando los tipos penales en función del bien jurídico que se protege; y es por lo mismo, que se habla por ejemplo de delitos contra la vida, contra la propiedad, contra la integridad física o sexual, etc.

Por lo tanto, al hablar del derecho a la vida, la propiedad, la libertad y así varios derechos más, que nacen de la declaración que se encuentra en nuestra carta magna, que al ser protegidos por el Derecho Penal vienen a formar parte de lo que se conoce como bien jurídico protegido; y es por estos derechos que se protegen, que se viene a transformar, en aquel interés vital para la sociedad que buscan que sean protegidos.

Dado que el interés que genera esos derechos, para ser redundante son de Vital importancia, y por lo tanto, merecen reconocimiento, así como protección de cualquier rama del Derecho, y que solo en el caso de que fallen las otras ramas que componen el Derecho en general, o que no sean realmente útiles, venga el

Derecho Penal a irradiar su protección, como aquel mecanismo último para lograr una tutela adecuada.

Hay que anotar y mencionar algo demasadamente importante, y es que el concepto de bien jurídico protegido, será y es el más difícil de definir en el campo de la rama penal, por lo que, existirán varias concepciones dependiendo del enfoque del autor que lo trate, es por aquello que uno entre varios autores que lo abarcado es Mariano Kierszenbaum, quien ha intentado definirlo como “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”(KIERSZENBAUM, 2009, pág. 188).

De este concepto citado, se puede apreciar que es obtenido de la corriente de pensamiento de Von Litz, quien señala que el interés vital, no se le debe entender como creación del Derecho Penal, sino más bien, debe ser entendido que la rama penal otorga reconocimiento y resguardo de índole penal, al interés que viene siendo reclamado por la sociedad, que en un determinado contexto histórico se logra conseguir dicha protección; siendo este el motivo, de que existan bienes jurídicos individuales (ya que responden a interés de cada persona en particular) y supraindividuales (interesa a todas las personas).

De este concepto hecho mención, surge una interrogante respecto del interés reconocido por el ordenamiento jurídico que conceptualiza al bien jurídico protegido; y dicha interrogante surge respecto a que rama del Derecho es la que reconoce a los bienes jurídicos; en donde se pudiera pensar, que es la rama penal, sin embargo, el Derecho Penal no es el que reconoce bienes jurídicos, dado que su función será la de encargarse de imponer una pena en el caso de la puesta en peligro o lesión a dicho bien jurídico, cuando se actúa de cierta forma que atenta peligrosamente o genera una lesión.

Por lo tanto, es completamente cierto lo que menciona Zaffaroni, cuyo pensamiento ha sido citado por Mariano Kierszenbaum, al decir que “El bien jurídico (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) es creado por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional”(KIERSZENBAUM, 2009, pág. 189), y esto es así, ya que de nuestra carta magna así como de Tratados Internacionales que nuestro país haya ratificado, es de donde devienen este interés primordialmente reconocido, que no son más que los derechos

fundamentales que gozan todas y cada una de las personas desde que nacen, y les son inherentes a ellas mismas.

Y es por aquello, que un fin último que se busca por medio de la rama penal es que dichos Derechos reconocidos no sean vulnerados, por lo tanto, se confiere su protección al Derecho Penal, el cual, mediante la conminación de una pena, enviaran un mensaje preventivo o disuasorio a las personas que conforman la sociedad, para así evitar el cometimiento de dichas conductas delictuales en donde se transgredan bienes jurídicos protegidos, que aunque se consiga una reparación al derecho vulnerado, en la generalidad de los casos dichos derechos, no podrán regresar a su estado anterior.

2.4.2. El Bien Jurídico Protegido en el marco del Derecho penal y el Derecho Constitucional

En el tema concerniente al bien jurídico protegido existe una vieja interrelación entre ambas ramas del Derecho, y esto se da, porque debemos tener claro que en todas las ramas del Derecho siempre existirá la denominada “Supremacía Constitucional”, la cual no es otra cosa, que los derechos que se consagran en nuestra Constitución de la Republica, así como en los Tratados Internacionales que los países han logrado crear, y que otros países se han ido adhiriendo, se han logrado reconocer derechos que nuestra Constitución no los ha consagrado, o que en su defecto tienen un mayor alcance, y por ese motivo, es que nuestra legislación ratifica los mismos y pasan a formar parte del ordenamiento jurídico dichos derechos; lo cual conlleva a que sean respetados en todo proceso judicial, ya que en un caso concreto, dentro de un proceso sea de la rama que sea, donde se viole uno de los derechos reconocidos y que gozan de rango constitucional, el proceso caerá en una sanción que es la nulidad.

Respecto de este tema la catedrática Mercedes Alonso Álamo en su obra “*Bien Jurídico Penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*” nos da una introducción respecto de la postura de diversos autores que dejaron las bases sólidas para el Derecho Penal, en donde se plantea una explicación, respecto de la interrelación entre ambas ramas, exponiendo lo que:

Hassemer ha destacado en la Constitución, que tanto en la parte dedicada a los derechos fundamentales como en las garantías institucionales, se ocupa de lo mismo que se han ocupado las

tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach, a saber, “de los límites a que se ha de someter al Estado para ejercer el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal. (ÁLAMO, 2009, pág. 62)

De estas palabras se puede inferir, que desde épocas pasadas hay una interrelación entre ambas ramas del Derecho, que se ha dado, en base a los derechos fundamentales reconocidos, donde el Derecho Penal únicamente va tutelar los derechos cuando exista un grave atentado contra los mismos, y es aquí donde aparece el denominado “*Ius Punendi*” del Estado, el cual, no es otra cosa que el poder estatal para sancionar conductas graves y relevantes que atenten contra bienes jurídicos protegidos; sin embargo, cuando en el caso de que el legislador abuse, generando así desproporción en cuanto a esta potestad, vendría a traer como consecuencia, que todas las actividades que el ser humano realiza cotidianamente sean impedidas de ejecutarse, o que, se hallen limitadas, ya que habría un exceso de punitivismo.

Es por todo esto, que en la actualidad debido al cambio de paradigma respecto del constitucionalismo existente, se puede expresar que “Las Constituciones modernas establecen un marco referencial muy preciso, donde el principio de Estado de Derecho y los derechos fundamentales, se proyecta sobre la ley penal, el delito y sus consecuencias”(Álamo, 2009); sin embargo, se puede apreciar que dado que dado al constitucionalismo contemporáneo en el que nos encontramos, ya no se limita únicamente a reconocer derechos fundamentales formalmente, sino busca que estos dichos sigan transformándose materialmente, es decir, busca la progresión de los derechos fundamentales.

Pero sobre todo se abre una posibilidad, de que cada vez vayan incorporándose nuevos derechos fundamentales que en el devenir del tiempo puedan aparecer, lo que está absolutamente correcto, ya que la sociedad no es estática y siempre está en absoluta transformación y cambio, y es por aquello, que el Derecho Penal debe adaptarse a dicho cambio para alcanzar la sanción cuando se vulneren estos derechos, para así conseguir la reparación integral del derecho agredido y su tutela efectiva.

Sin embargo a pesar de lo expuesto, el Derecho Penal en cumplimiento de sus finalidades le surge una problemática, ya que si bien busca la protección de los derechos fundamentales cuando aplica una pena, dado que, así lo permite el “*Ius Punendi*” del Estado, en muchos de los casos en nuestra realidad y actualidad, se ha logrado observar que se tipifican delitos, que puede ser tanto de ejercicio público o de ejercicio privado, pero que, al no delimitar el bien jurídico protegido cuando se estructura el tipo penal, deviene en ocasionar la inaplicabilidad práctica.

Ya que se generan vacíos en torno a elementos básicos y elementales que deben ser estudiados con detenimiento al promulgar y tipificar dichos delitos, donde inclusive han llegado a crear confusión entre dos elementos estructurales, como por ejemplo en el caso de los nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales de la fauna urbana; es por esto, que se analizara en el siguiente acápite lo último que se ha hecho mención.

2.4.3.El Bien Jurídico Protegido y el Objeto de Ataque

Por ultimo en lo que respecta a este tema, es necesario mencionar la distinción que existe entre estos dos elementos estructurales del tipo penal, ya que muchas de la veces generan confusión; si bien en algunos delitos se observa una clara una diferenciación entre el bien jurídico del objeto de ataque, entendido a este último como el que recibe la agresión por parte del agresor, ya sea por medio de una acción, o en su defecto omisión; es muy cierto, que hay delitos como por ejemplo, los que atentan al derecho a la vida, como en el caso concreto del homicidio ,donde el bien jurídico es la vida propiamente dicho, así como también el objeto de ataque es la vida igual.

Pero que inclusive en dicho caso, se puede distinguir al bien jurídico protegido del objeto de ataque, siendo este último, aquel material físico como es el cuerpo humano, en el cual la acción recaerá, y en donde el bien jurídico que es el interés o valor ideal que la ley protege, será la vida, misma que es afectada por la agresión relevante ejecutada por el victimario, y que ocasiona directamente la muerte de la persona, por tanto, afectando gravemente el derecho a la vida, ya que se ocasiono el deceso de una persona.

Para aclarar lo expresado en el párrafo anterior, es preciso mencionar tanto el pensamiento, cuanto el análisis que realiza el Dr. Manuel Abanto Vásquez, el cual, vendrá a clarificar muchas incertidumbres que se pudieran haber generado, por lo tanto, se expone que:

A través del ataque (como lesión o puesta en peligro) a este “objeto” se ataca también al bien jurídico. Pero mientras el “bien jurídico”, como valor ideal, sólo puede ser “afectado” normativamente, el “objeto del bien jurídico” puede ser lesionado o puesto en peligro tanto naturalísticamente como en el sentido de “desorganización” o “arrogación de organización. (ABANTO VÁSQUEZ, 2006, pág. 15)

De esta diferenciación se puede entender mejor la premisa planteada, ya que el bien jurídico protegido únicamente se encontrara lesionado normativamente por la conducta reprochable; esto quiere decir, que la afectación se producirá por la transgresión que prohíbe la norma penal, y esto se da, por la estructura propia del delito mismo, en donde se pide que para su configuración, se necesita de una conducta típica, antijurídica y culpable; por tanto, que el bien jurídico como valor ideal se deberá transgredir por el incumplimiento de este acatamiento imperativo.

En cambio el objeto material, que es donde recae la infracción, lo que exige es un cambio en el mundo exterior, ya que, lo que se materializa es una transformación en la esfera de la materia, que viene hacer algo tangible en ciertos delitos, como por ejemplo, en el delito de hurto, en donde el objeto material vendrá hacer el bien mueble sustraído, el cual, se diferencia del bien jurídico protegido, que para esos delitos es el patrimonio, siendo en este caso concreto bien jurídico intangible, pero que igualmente está siendo lesionado; por lo cual, se necesitara de ambos elementos para estructurar la revisión básica de cada delito y poder entrar al análisis del ilícito perpetrado.

Es por aquello que en el ejemplo planteado, al salir un objeto de la esfera patrimonial de la víctima genera una vulneración a este derecho, que no es otra cosa que la propiedad, y que se concreta en el patrimonio como interés ideal; y que por lo mismo, al ser un derecho fundamental reconocido hacia las personas, se necesita de la rama del Derecho Penal para su protección, dado que otros

mecanismos extrapenales son inadecuados para tutelar y proteger dicho derecho ante conductas reprochables, como la que se planteó en el ejemplo dado.

Y es por ello, que Claus Roxin en su Manual (Tomo I), que ha sido obtenido de la obra de Abanto Vásquez, expresa que “Bien jurídico es, luego, el bien ideal que encarna el objeto concreto de ataque; es lesionable solamente a través de la afección de objetos individuales de la acción”(ABANTO VÁSQUEZ, 2006, pág. 15).

De esto se desprende que existe tres elementos diferenciadores, el primero un bien jurídico protegido, que como se ha ido mencionado es ese interés vital reconocido, que es indispensable para la convivencia en sociedad, por lo tanto se es necesario que sea tutelado así como respetado; el segundo elemento es un objeto material, donde reposara el bien jurídico protegido; y como tercero y último elemento, se necesita de un objeto de acción, donde directa y materialmente se lesiona gravemente o se le pone en un inminente peligro de ser atacado o vulnerado, por un actuar tanto positivo como negativo que afecte gravemente a dicho objeto, y que por dicha lesión o puesta en peligro se vulneraran a los dos primeros, que en ciertos delitos será plenamente distinguible, y en otros, se tendrá que determinar en base de una interpretación y aplicación de la dogmática existente sobre este tema.

Todo esto queda plenamente comprendido, de acuerdo a lo explicado por Abanto Vásquez, donde a esta confusión la resuelve explicando de la siguiente forma:

El “objeto del bien jurídico” es aquel que constituye la concreción en el mundo real del valor ideal bien jurídico; el “objeto de la acción” es aquel al cual se dirige directamente el ataque del delincuente. Y si bien puede haber amplia coincidencia entre estos dos conceptos (y, terminológicamente también con el “bien jurídico”), sobre todo en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales. En los atentados contra la vida, por ejemplo, existe un bien jurídico “vida”, como valor que es puesto en duda en cuanto a su vigencia, pero también existe una vida humana que, como “objeto de bien jurídico” es atacada

directamente, y por lo tanto, también es “objeto de la acción.
(ABANTO VÁSQUEZ, 2006, pág. 17)

Con esta explicación que en cierta medida nos permite tener claridad respecto de esta temática, me permitirá pasar al siguiente capítulo hacer analizado, donde se abordara conjuntamente con todo lo revisado hasta ahora, por lo tanto se aplicara lo revisado en el capítulo primero, cuanto en el segundo para aplicarlo de forma directa en los nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que conforman la fauna urbana, y por lo expuesto, se necesitara complementarlo con lo que sea revisara respecto del desarrollo alcanzado en derechos de los animales, pero sobre todos los que infieren en la fauna urbana, así como los mecanismos de protección que las distintas ramas del Derecho otorgan y que se dispone actualmente, para así llegar al objetivo planteado en el presente trabajo de titulación.

CAPITULO III

3. EL MALTRATO CONTRA LOS ANIMALES QUE CONFORMAN LA FAUNA URBANA

Introducción

En este capítulo a tratar se abordará todo lo relacionado con los animales que conforman la fauna urbana, estableciendo la definición respecto de la misma, pero sobre todo se intentara delimitar que animales son los que conforman esta clasificación dentro de la fauna en general; y para poder entender aquello es preciso partir de lo que establece nuestra Constitución de la Republica vigente, dado que es un hito histórico desde el año 2008, que en esta Constitución en particular entre todas las que ha tenido nuestro Estado Ecuatoriano, se haya reconoció a la naturaleza como titular de derechos.

Una vez que se haya analizado aquello, se pasara a revisar una subdivisión que se encuentra dentro de la fauna, que se denomina como fauna urbana, en donde encontramos animales domésticos entre otros, ya que si bien los nuevos tipos penales nos hablan de maltrato contra los animales de la fauna urbana, parecería ser que únicamente se enfocan en los perros y gatos, siendo aquellos animales que conviven con los seres humanos, pero que no son todos los animales que conforman esta clasificación; lo que ocasiona que los demás animales se queden sin protección y se venga a desvirtuar el tipo penal en general.

En cuanto a la parte central de este capítulo, se analizara todo lo concerniente al maltrato animal en nuestra legislación, debiendo compararla con legislaciones mucho más avanzadas sobre la temática, como lo son Colombia y España, para poder desvirtuar la esencia en la protección de los animales de la fauna urbana, y así determinar cuál es el bien jurídico protegido como el objeto material sobre el cual recae el ataque en el ilícito, ya que de acuerdo a las legislaciones mencionadas han conseguido desarrollo tanto legislativo como doctrinario respecto de la misma; lo cual en nuestra legislación no existe, y donde, se genera confusión respecto del “Bien Jurídico” y el “Objeto Material”.

Y esto es una consecuencia, de que a los animales en el Código Civil ecuatoriano, se los define como cosas semovientes; por lo que se pensaría que las infracciones contra los animales deberían pertenecer a los delitos contra el patrimonio, ya que se ocasionaría un detrimento y perjuicio de índole patrimonial al dueño del animal.

Por último se vendrá analizar los tipos de infracciones existentes en la actualidad en nuestra legislación respecto del maltrato animal, pero sobre todo se realizara un comparación entre las infracciones que prevé el Derecho Administrativo, respecto de las infracciones que recoge el Derecho Penal, que son los cuatro nuevos delitos de ejercicio privado que fueron introducidos recientemente al Código Orgánico Integral Penal (COIP); y una vez con dicha comparación y revisión básica, aplicar todo lo analizado, en los dos primeros capítulos, para así poder contestar la interrogante si están o no inmersos en el Derecho Penal Simbólico por falta de aplicabilidad por la incidencia de los grupos animalistas, que se estudiaran al final del capítulo.

3.1. Derechos de los Animales

3.1.1. Comparación entre la Constitución de la Republica del año 1998 con la Constitución de la Republica del 2008 en torno a los derechos de los animales.

Para poder entender todo lo relacionado con el maltrato animal, es necesario tener una adecuada comprensión, respecto de que derechos le son otorgados, por lo cual, es imperioso hacer una comparación entre la Constitución de la Republica del año 1998 con la del año 2008, ya que existe un cambio de paradigma, el cual es muy radical, ya que se consagra a la naturaleza en general como titular de derechos, lo cual, viene a desembocar que se otorguen derechos, que tal vez, otras legislaciones no han podido adaptar por la Constitución que aquellos países tengan vigente.

Es por tanto, imperativo partir nombrando lo que se había establecido en la Constitución de la República del año 1998, ya que en su artículo 86, se establecía que:

El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un

desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza.

Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:

1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.
2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.
3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales.(CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULO 86, 1998)

Si bien en esta Constitución de la Republica se reconocen ciertos derechos a la naturaleza, entendido que en esta última es aquel lugar donde se desarrolla y genera vida, no se reconoce a la naturaleza como titular de derechos; lo cual es, una marcada diferencia con la Constitución de la República actualmente vigente desde el año 2008.

Dado que al momento de establecer que la naturaleza es un auténtico titular de derechos, se le está otorgando, lo que se conoce como legitimación activa dentro de un proceso, que viene significar, que cualquier persona pueda plantear tanto una demanda como una denuncia, por cualquier acto u situación que vulnere dichos derechos consagrados a favor de la naturaleza; es por tanto imprescindible hacer una breve diferenciación entre ambas constituciones, por lo cual, citare lo que establece nuestra Constitución en su artículo 10, donde “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULO 10, 2008).

Por consiguiente, una vez concedida la titularidad para con la naturaleza, deviene que todos los derechos reconocidos en nuestra Constitución de la República como en los Tratados Internacionales le sean aplicables, y por tanto, cualquier persona pueda plantear la respectiva acción en caso de vulneración de dichos derechos; y la razón de aquello es que existe un cambio el constitucionalismo clásico, y que en virtud de aquellos, se haya originado lo que se conoce Neo constitucionalismo Ideológico, generando que todo lo que comprende la naturaleza, debe ser protegida por normas adecuadas y eficaces, para así evitar la vulneración de los mismos.

Es por aquello, que en el Capítulo séptimo de nuestra Carta Magna se establecen todos los derechos conferidos a favor de la naturaleza, pero en este trabajo solo citare el artículo 71, el cual se refiere a:

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.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ARTÍCULO 71, 2008)

Este artículo demuestra una marcada diferencia con la Carta Magna pasada, ya que en la Constitución del año 1998, estos derechos se encontraban en el capítulo referente a los colectivos, y entre los derechos que se establecían estaban los del medio ambiente, dejando claro que el titular de dichos derechos eran los colectivos en sí; ya que se entendía que los derechos únicamente pertenecía a los seres humanos, y si bien se pensaba en el medioambiente, era

únicamente una protección apuntada hacia el hombre en general, más que a la naturaleza en sí.

En cambio en la Constitución de la Republica vigente desde el año 2008, los derechos a la naturaleza, se encuentran en todo el Capítulo Séptimo, en donde se otorga titularidad en el ejercicio de cualquier acción, a toda persona que considere que la naturaleza está siendo vulnerada en sus derechos; y esto es así, porque se fundamenta en el artículo 10 de la Constitución, el cual, es aplicado con relación directa al segundo inciso del artículo 71, lo cual trae como consecuencia, que exista protección en general a todos y cada uno de los componentes de la naturaleza conjuntamente con todo lo que la rodea.

Dicho reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derechos, no solo genera un nuevo principio constitucional, el cual, es el “Pro Natura”, que se traduce que en cualquier relación de derechos, siempre se aplicara favorabilidad en la colisión con cualquier derecho consagrado hacia el hombre, ya que la naturaleza es entendida como la parte débil.

Pero a más de aquello, el reconocimiento de titularidad, contribuye a la construcción de un nuevo orden jurídico que debe desarrollar este principio, por lo cual, en el caso de los animales en concreto, se ha buscado alcanzar una protección adecuada, que busque velar este principio, y más que se lo respete en pro de los derechos consagrados a la naturaleza; sin embargo, el primer tropiezo que se tiene para alcanzar dicho fin, es nuestro Código Civil, por lo cual, en el siguiente apartado de este capítulo se analizara este punto en concreto.

3.1.2.El Código civil Ecuatoriano en el marco de los Derechos de los Animales

Como sea mencionado previamente, un gran problema que se genera al hablar de una adecuada protección hacia los animales, viene hacer el artículo 585 del Código Civil, en donde se establece que son “Cosas Muebles siendo las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales”(CODIGO CIVIL, ARTÍCULO 585, 2015); y dada esta definición que trae el Código Civil, se puede inferir que los animales son cosas muebles semovientes, ya que, buena parte los animales pueden moverse de un lado otro por sus propias fuerzas.

Lo cual trae consigo, que al momento de hablar que su protección por parte del Derecho Penal, generé una confusión, ya que al ser tratadas como cosas, y donde a las mismas se genera un detrimento, se pensaría que deben estar inmersos en los delitos contra la propiedad, ya que el titular de las cosas es una persona.

Sin embargo, esto no es así, ya tienen una clasificación propia en el Código Orgánico Integral Penal, abarcada en los Delitos de ejercicio privado contra Animales que forman parte de la fauna urbana; pero para poder llegar a ese punto, en donde, la protección proporcionada por la rama del Derecho Penal, así como tener una clasificación propia dentro de la misma, , primero nuestra legislación debería descosificar (dejar de tratar a los animales como cosas) a los animales en general, para una vez logrado aquello, delimitar el bien jurídico de protección, que como se verá más adelante no se tiene plenamente identificado como delimitado.

3.2. La descosificación de los animales

Para poder tener una clara comprensión de este tema muy relevante, se debe dejar sentado la razón, por la cual, se trató en nuestra legislación a los animales como cosas, y para poder lograr aquello, es menester citar las palabras de Giménez Candela quien nos explica:

El Derecho, a través de la Codificación, se ha ocupado de los animales dentro de la lógica de la pertenencia a las cosas, en la medida en que aquéllos han cubierto las necesidades más elementales de la vida: como productos, como medios de transporte, como medios para la investigación, como compañía, como parte de los espectáculos dirigidos a divertir al ser humano. Así mismo, el Derecho se ha ocupado de los animales en la medida en que han sido fuente de responsabilidad, en caso de conflictos de intereses, mediando o participando un animal en tal conflicto. (GIMÉNEZ-CANDELA, 2017, pág. 301)

Cuando se toca lo referente a la pertenencia deberá entenderse, como aquel vinculo que une a la persona con las cosas, y es por aquello, que los animales están dentro de la esfera patrimonial de la persona, ya que este último tiene un dominio sobre los animales, dado que desde épocas muy remotas los

animales han sido la base y fuente de la economía de las familias, y es por lo mismo, que la codificación que se ha generado entorna aquello, será la proteger a un medio de producción, y por lo tanto, la finalidad de lucro que tienen las personas respecto de sus animales, y por eso buscan la protección al patrimonio.

Pero desde esta misma descripción se puede apreciar, que ciertos animales como lo son los domésticos cumplen una función muy diferente, que en sí, es más apegada con la compañía hacia las personas, generando otra clase de vínculo, la cual es más afectivo y emocional, por lo tanto, a partir de esto, en los últimos diez años se ha venido planteando bases para que los animales se descosifiquen, que en países como España se ha logrado conseguir.

Acotando a lo anterior, el mismo autor anteriormente citado, nos da una razón más profunda del porqué de la descosificación animal:

Dada que la cuestión del estatuto jurídico de los animales y su eventual cambio, concretamente en el Código civil, ha dejado de ser una cuestión que sólo interesa y moviliza a los movimientos de defensa de los animales, para pasar a ser una cuestión que:

- Preocupa a la Ciencia y al lenguaje jurídico acerca de los animales como seres sintientes.
- Preocupa a la sociedad en su conjunto, que ha desarrollado una nueva sensibilidad
- Preocupa a la organización política del Estado, que asume su responsabilidad frente al Bienestar Animal.
- Preocupa a la economía y a la educación en el respeto a los animales, en todos los niveles de la enseñanza.(GIMÉNEZ-CANDELA, 2017, pág. 302)

Teniendo esto presente, que ya no es una cuestión de tratamiento legal, sino más bien, de aquella adaptación del Derecho a la realidad social ,y dado lo que realmente es exigido por las personas en cuanto a la protección, se desprende el ¿por qué? de la descosificación; sin embargo, hay una interrogante en concreto que no ha sido resuelta, y es entorno, a que si dicha descosificación se refiere a todos los animales en general, o únicamente a los animales que conforman la

fauna urbana, ya que dentro de esta última los animales domésticos son solo una parte dentro de esa clasificación de la fauna.

Ya que al descosificar la generalidad de animales, trae como consecuencia directa una limitación, así como un obstáculo para la gran mayoría de animales que sirven como fundamento de la economía, por lo cual, de lo dicho será necesario entrar a revisar sucintamente, cuales son las clasificaciones de animales que existen, para de ahí comenzar a delimitar la fauna urbana para desentrañar su bien jurídico protegido.

3.3. Clasificación de las diversas categorías de Fauna

En nuestra legislación se reconocen derechos a los animales por la titularidad que goza la naturaleza en todo su ser, y por lo tanto, dicha titularidad se les confiere a todos en general, y como, ya se ha venido mencionado, esto sucede porque todo deviene de lo que establece nuestra Constitución de la República; sin embargo, en el tema a tratar, lo primero que se tiene que diferenciar son las clases de animales, por lo tanto, para conseguir este objetivo, es preciso remitirse nuevamente a nuestro Código Civil, donde se intentara aproximar a esta clasificación, ya que en su artículo 624 se establece que:

Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen, en cierto modo, el imperio del hombre.

Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos; y perdiendo esta costumbre, vuelven a la clase de los animales bravíos. (CODIGO CIVIL, ARTÍCULO 624, 2015)

Este artículo servirá como punto de partida, para intentar delimitar a la fauna urbana, ya que de acuerdo a esta norma podemos ver que los animales son:

- Bravíos o Salvajes.

- Domésticos: y dentro de esta clasificación encontramos a los que generan una utilidad o finalidad de lucro como lo son los animales de granja entre los cuales están: las gallinas, ovejas, vacas, etc.

Así como también aquellos animales que han cumple una finalidad de compañía como los: perros, gatos, loros, etc.

- Domesticados: son aquellos animales que a pesar de ser salvajes se han logrado adaptar al hábitat del ser humano contemporáneo, sin embargo, en el momento de recuperar su libertad, si se vuelven adaptar a su hábitat natural serán tratados como animales salvajes o bravíos; en cambio, si mantienen aquella subordinación hacia el hombre, serán tratados y considerados como animales domésticos.

Respecto de esta clasificación que he recogido de nuestro Código Civil, se la complementará con un trabajo investigativo de la autora Sierra Vásquez, donde expone la clasificación existente dentro del mundo animal, por lo tanto, existe varios tipos de fauna como lo son:

Fauna Silvestre: Se denomina al conjunto de organismos vivos de especies animales terrestres y acuáticas, que no han sido objeto de domesticación, mejoramiento genético, cría regular o que han regresado a su estado salvaje.

Fauna Amansada: Son especies de fauna silvestre que han sufrido un proceso de humanización, comportamientos condicionados y reacciones manipuladas por quienes los mantienen cautivos. En esta categoría se encuentran las loras, guacamayas, pericos, turpiales, sinsontes, canarios silvestres, carriquies, monos, perros de monte, tortugas, boas y otras especies que con predilección son mantenidas en calidad de mascotas.

Fauna Doméstica: Son todos los animales pertenecientes a especies que han sido producto de cría, levante regular o mejoramiento genético y que le han servido incondicionalmente al ser humano a través del tiempo a cumplir finalidades de compañía o ayuda en el caso que un ser humano padezca una discapacidad; dentro de estos se encuentran: vacas, caballos, perros (como mascota e instrumento de ayuda), gatos,

ovejas, conejos, gallinas, pavos reales, faisanes, pericos australianos, canarios cantores, entre otros.

Fauna Exótica: Se considera dentro de esta clasificación todas aquellas especies cuyo origen y evolución están por fuera de los límites físicos del territorio patrio y para tal efecto pueden ser silvestres o domésticas. (SIERRA VASQUEZ, 2012, págs. 10-11)

Aquí es preciso mencionar que nuestro Código Orgánico del Ambiente (COA), no menciona, y peor aún delimita una clasificación similar, y es por eso que se tiene que remitir a la norma supletoria que es el Código Civil ecuatoriano, así como a los trabajos investigativos realizados por estudiosos de la temática, para poder plasmar una clasificación de los animales y de la fauna en general; sin embargo, dentro de lo que se acabó de revisar en cuanto a las clasificaciones que establece la autora, se pueda observar que no existe la fauna urbana como una clasificación propiamente establecida.

Sino más bien, la fauna urbana viene a juntar y subsumir a varias clases de fauna de las que se mencionó, por lo que, para cumplir con un objetivo de este trabajo me centrare en los animales domésticos, y en medida de lo posible en los domesticados, ya que estos últimos pasan a formar parte de la fauna urbana cuando han sido introducidos por el hombre a dicho ámbito de convivencia con este último; por lo tanto, para comprender adecuadamente todo esto, es preciso definir qué se entiende por fauna urbana, para de ahí pasar a ver que animales están formando parte de dicha fauna, o si, en su defecto se deja a un sinfín de especies que puedan ser introducidas.

3.4. Fauna Urbana

3.4.1. Definición

Respecto de la definición de fauna urbana, me basare de la descripción que los legisladores de nuestro país han realizado en el Código Orgánico del Ambiente (COA), dado que se establece que:

Se considera fauna urbana, aquella que está conformada por los animales domésticos y silvestres, los animales que tienen como hábitat espacios públicos y áreas verdes, y los animales que constituyen un

riesgo por el contagio de enfermedades en el perímetro cantonal.
(ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, 2017)

Para dicha definición tenga más fundamento y razón, es necesario complementarla con la conceptualización de fauna urbana, que es dada y obtenida del glosario de términos de la Ordenanza para el control y manejo de la fauna urbana y la protección de animales domésticos de compañía del Cantón Cuenca, la cual entro en vigencia en el año 2016, donde se hace referencia que:

Entiéndase a la fauna urbana para efectos de la presente ordenanza aquella que se refiere a todos los animales salvajes que abandonando su hábitat natural han elegido las zonas urbanas de una ciudad como su nuevo hábitat, en donde deben adaptarse al constante contacto con el hombre. (CONSEJO CANTONAL DE CUENCA, 2016)

De esta definición dada se puede sacar una primera problemática, y es que es muy amplia, de manera que no solo abarca a los perros y gatos que son animales domésticos, como la generalidad de las personas piensan; sino más bien se puede observar que existe una mezcla de animales que pueden llegar a ser considerados pertenecientes a la fauna urbana, por tanto, veremos animales que son silvestres que serán tratados como fauna urbana, cuando estos se adaptan la modernidad de la civilización, así como también, estarán los animales de compañía o domésticos, todos ellos estarán en dicha clasificación conjuntamente con las plagas, que pueden ser plagas propiamente dichas, o que están dentro de un animal, ya sea doméstico o silvestre.

De manera, que en base a lo que se acaba de mencionar, un objetivo necesario dentro de este trabajo será delimitar en la medida de lo posible, cuales son los animales que integran propiamente la fauna urbana; o, que pueden ser posibles integrantes; ya que con aquello se lograría establecer hacia donde los nuevos tipos penales están irradiando protección y resguardo penal.

Porque, para la generalidad de las personas que no saben de leyes, pensarían que únicamente se concentran en los perros y gatos, dejando de lado a los demás animales, que como se ha analizado no están en lo correcto, ya que de la conceptualización se aprecia mucha ambigüedad dentro del ámbito de protección de estos nuevos delitos.

3.4.2. Animales que conforman la Fauna Urbana

Partiré de una premisa ya tocada varias veces en este trabajo, y es que cuando una persona piensa en la fauna urbana, únicamente se genera en su cabeza que dicho grupo de animales, es un grupo muy pequeño y selectivo, especialmente centrándose en los perros y gatos y algún otro animal como canarios y ciertas aves, que se podría decir que conforman ese núcleo, los cuales cumplen una finalidad de compañía; pero esa idea es muy cerrada e incorrecta, ya que la lista de animales es muy amplia y diversa, de manera que para complementar esta idea se tiene que dejar de pensar que:

Los animales más comunes de la fauna urbana son los de compañía: perros, gatos, pajaritos, loros y mascotas de diversa índole, como tortugas, monos y otros que son sacados de su hábitat para que sirvan de adorno o novedad en las casas. Estos animales deben contar con espacios adecuados para tener una vida libre de dolor y sufrimiento. (IZURIETA SARCO, 2015, pág. 49)

Y esto sucede debido a la definición que se pudo extraer del Código Orgánico del Ambiente (COA), ya que al establecer, que son animales que se han adaptado a nuestra forma de vida y entorno, nos dice que se han adaptado a la modernidad de la civilización, en la cual existen casas, edificios, parques como centros comerciales y más.

Por lo cual, partiendo de dicha idea, permite la definición dado por el legislador, incluir dentro de la fauna urbana a los roedores y todos sus similares, insectos en todas sus subgéneros, generando como resultado que estén siendo abarcados en la protección que brinda la norma; y esto se reafirma, cuando lo establece textualmente el artículo 140 del Código Orgánico del Ambiente (COA), donde se expresa que “La fauna urbana está compuesta por los animales domésticos, los animales que tienen como hábitat espacios públicos y áreas verdes, y los animales que constituyen un riesgo por el contagio de enfermedades en el perímetro cantonal”(ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, 2017).

Por lo tanto, la ambigüedad en cuanto a delimitación de los animales que conforman la fauna urbana es abismal, ya que un sinnúmero de animales, así como de especies y subespecies del reino animal, que pueden estar en espacios

públicos o áreas verdes es, y se vuelve indescifrable; porque existen animales que ni siquiera han sido descubiertos por el hombre a través de métodos investigativos, y deberán ser tratados como animales de la fauna urbana.

Por lo que, dentro de un porcentaje de los animales que aún no ha sido descubierto o estudiados con detenimiento, serán animales que puedan generar contagio de enfermedades, lo que ocasionaría que deban ser exterminadas del perímetro en el que el ser humano vive, sin embargo, de acuerdo la norma merecen protección, y quienes los exterminen o infrinjan lo que prevé la norma deberán ser sancionados.

Sin embargo, dicha ambigüedad no ha sido tomada en cuenta al momento de tipificar los nuevos delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la fauna urbana; y esto resulta ser una consecuencia de errores que deviene desde el Código Orgánico del Ambiente, así como de normas supletorias previas al código normativo mencionado; ya que, de la descripción adoptada por el legislador en dichos tipos penales, se observa nuevamente que vuelve a incurrir en dicho error, lo que acarrea que no exista una adecuada técnica legislativa.

Pero a pesar de todo lo antes mencionado, la generalidad de las personas piensan haber alcanzado un grado de protección adecuado y correcto con estos nuevos tipos penales, ya que infieren que únicamente la protección se centra en los perros y gatos que son animales domésticos de compañía; lo cual tampoco es cierto, porque de la falta de delimitación entorno de que animales deben ser parte de la Fauna Urbana, ocasiona que los tipos penales mencionados no sean aplicables, ya que en caso de duda, siempre se deberá fallar a favor de la inocencia del procesado (Querellado); y a todo esto, se le sumara lo analizado en el segundo capítulo, respecto de las figuras procesales que pueden ser aplicables en el caso de llegar a un proceso penal.

Y claramente de lo dicho, únicamente los casos que llegaran a estar inmersos dentro de una contienda legal, por un proceso en donde se haya herido o dado muerte a un animal, serán aquellos en los cuales sean una consecuencia del maltrato animal; pero no a cualquier animal de la fauna urbana, sino únicamente animales que cogen la denominación de “mascotas”, es decir, será

aquel maltrato hacia animales domésticos y de compañía, y esto es así, por el vínculo especial que dichos animales tienen con los seres humanos.

Por lo que, en el siguiente acápite de este capítulo, será necesario dejar claro que se debe entender tanto por maltrato animal, cuanto por animal doméstico y de compañía, para así luego delimitar plenamente los elementos de la revisión básica de un tipo penal.

3.4.3. Animal doméstico y de compañía entorno al Maltrato Animal

Para poder desentrañar la razón de ser, o mejor dicho, el núcleo principal de la tipificación de los nuevos delitos, se debe comprender primero, que estos delitos nacen por una problemática social, que es el maltrato animal contra los animales domésticos (que se encuentran bajo el dominio de una persona) y de compañía, como lo son perros y gatos principalmente; por lo tanto, debo establecer plenamente que debe ser entendido por animal doméstico, ya que estos son solo una parte integrante de la fauna urbana, a la cual más importancia se le brinda.

3.4.3.1. Definiciones

La domesticación consiste en introducir un cierto nivel de aprendizaje en los animales, para que estos se logren adaptar tanto a las necesidades como a las finalidades que el ser humano busca con ellos, entre estas están las alimentación, la vestimenta, la convivencia y la compañía, y es por lo mismo que “con el término doméstico se hace referencia a animales que, por selección directa del hombre, adquirieron características genéticas, morfológicas, fisiológicas, y de comportamiento diferentes a las que tenían sus progenitores silvestres”(ESTEVEZ REYES, 2017, pág. 6); y he ahí la razón de la diferencia entre un animal silvestre con un doméstico o domesticado.

De esta cita dada, se sobreentiende que el animal doméstico será aquel animal que sea adecuado a nuestro diario vivir desde épocas muy antiguas, por lo tanto, será preciso mencionar que el animal doméstico, es aquel que desde su nacimiento reconoce el dominio del ser humano sobre aquel; en cambio, el amansado o domesticado es aquel animal que nació en su habitat natural pero fue introducido al habitat del ser humano, por medio de proceso de adaptación reciente, siendo esta la razón, de que si dicho animal amansado o domesticado,

es liberado, esté si podrá volver a su habitat sin problema en la generalidad de los casos; mientras que en el mismo supuesto que le aconteciera a un animal doméstico y de compañía, el cual, depende del ser humano para poder sobrevivir y subsistir, su adaptación será muy remota, ya que vida gira y depende casi en todo al ser humano.

En lo que respecta a los animales de compañía en concreto, se los puede definir como aquellos animales que cumplen finalidades sociales, emocionales o sentimentales, siendo el ejemplo más claro los perros, gatos, pericos, etc. Es por tanto correcto citar lo que García Solé define como animal doméstico, donde:

Siguiendo la legislación administrativa, se entiende por animal doméstico de compañía el que se cría y se reproduce para un fin de cohabitación con el ser humano de carácter educativo, lúdico o social, sin ánimo de lucro, incluyéndose en algunas leyes autonómicas a los gatos y perros cualquiera que sea su finalidad. (GARCÍA SOLÉ, 2015, pág. 48)

De esto citado, hay que diferenciarles de los animales de granja que perteneciendo también a los animales domésticos, en cambio, se los tiene por propósitos económicos o prácticos, como por ejemplo, los que son animales de trabajo como caballos, borregos, bueyes, y ganado en general; que otorgan una finalidad de lucro al ser humano, así como proporcionan de alimentos o materia prima para la vestimenta, es decir, son destinados a cumplir finalidades básicas para el ser humano.

Una vez que se ha comprendido la definición respecto de lo que debe ser entendido, tanto por animal tanto domestico u de compañía, cuanto por animal amansado o domesticado; lo próximo que se debe comprender plenamente, será que se entiende por maltrato animal, mismo que estará enfocado en la medida de lo posible al maltrato entorno de los animales que conforman la fauna urbana, pero sobre todo, aquellos animales que toman protagonismo en esta clase de fauna, como los tratados en este apartado.

3.4.3.2. El Maltrato en animales de la Fauna Urbana

Para comprender lo que debe ser entendido por maltrato animal, se debe partir de la definición que muchos investigadores han establecido respecto al

maltrato hacia los animales, y es por aquello, que Mesa García quien cita al autor Vaca-Guzmán, M. (2004) nos establece que “el maltrato animal comprende una gama de comportamientos que causan dolor innecesario, sufrimiento o estrés al animal, que van desde la negligencia en los cuidados básicos hasta el asesinato malicioso e intencional”(MESA GARCIA, 2013, pág. 38).

De esta definición de maltrato animal, se debe entender que ha de ser aplicada para todos los animales en general, sin distinción alguna, ya que no puede hacerse una excepción respecto de su aplicación únicamente para los animales de la fauna urbana, porque crearía una distinción vana entre los animales; donde consecuentemente se otorgaría un mayor valor a una clase de animales respecto de otros.

Sin embargo, es preciso mencionar, que si bien no se crea ordenes de prelación entre los animales, la forma en que las distintas legislaciones han optado y adoptado medidas de protección hacia los mismos si cambian, y es por eso, que en nuestra normativa ecuatoriana se establece en el Código Orgánico del Ambiente (COA), las directrices a seguir cuando nos encontramos frente al maltrato animal respecto de aquellos que conforman la fauna urbana, y lo mismo ha sido realizado por nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Por lo que, se viene a limitar la protección jurídica únicamente a esta clasificación de la Fauna, generando que estos animales que la conforman implícitamente sean más importantes que los demás, pero debiendo siempre tener presente que los animales que pueden estar inmerso en dicha clasificación no es limitada, ya que cualquier animal, que cumpla con lo que establece el Código Orgánico del Ambiente (COA), tendrá y gozara de dicha protección; y dichos requisitos son, que ocupen un espacio público o área verde como su habitat, entre los cuales también estarán animales con capacidad infecciosa dentro del perímetro Cantonal, por lo tanto, serán todos aquellos que se han adaptado a la modernidad de la sociedad en la que vivimos.

Es por todo esto, que una vez que se ha logrado delimitar el ámbito de aplicación que debería existir en estas conductas que sancionan los nuevos delitos de ejercicio privado, su objetivo y fin último, será estar destinadas a impedir que se ocasione un daño al animal, cuando dicho daño es maltrato,

siendo producto del sufrimiento, que puede ser primero físico, así como psicológico, e inclusive puede llegar a generar los dos al mismo tiempo, cuando por ejemplo, es producto de una agresión sexual hacia el animal, el cual se consigue a través de la Zoofilia.

Y es en base de todo este tipo de maltrato mencionado, donde se centran los mecanismos de protección de cada una de las legislaciones a nivel mundial; por lo cual, en el siguiente acápite de este capítulo, será el punto a ser tratado, centrándome en revisar dos legislaciones guías para la protección hacia los animales, como lo son la Colombiana y Española pioneras en la temática abordada; con el objetivo de conseguir un análisis comparativo con nuestra legislación, para determinar si estamos encaminados en un mismo enfoque respecto de la protección penal hacia los animales; o si, aún nos falta agotar otros mecanismos de protección extrapenales, así como desarrollar más aportes investigativos para poder llegar a una protección eficaz en la tutela de los derechos de los animales.

3.4.3.3. Derecho Comparado aplicado en la protección hacia los animales que conforman la Fauna Urbana

En este punto exacto del trabajo se analizará lo alcanzado por dos legislaciones con un desarrollo legislativo muy avanzado en la temática, por consecuencia de aquello, lo primero que se realizara será revisar y comparar las normas que cobijan la protección de los animales en dichos Países, buscando determinar la razón de ser de las mismas (*Ratio Legis*).

Es por lo tanto, que se hará mención a la razón de ¿Por qué? dichas legislaciones han abandonado la protección Administrativa para inmiscuirse en la rama del Derecho Penal, en busca de la protección que esta brinda; la cual, como se ha mencionado previamente es de Ultima Ratio, es decir, se deben imperativamente agotar los demás mecanismos extrapenales para que dicha rama de protección entre actuar en defensa y resguardo de los derechos de vital importancia e interés para la sociedad, y en base de ello mantener el Orden Social.

3.4.3.3.1. El Maltrato Animal en la Legislación Española

La legislación Española es un claro ejemplo del gran avance que sea tenido en cuanto a la protección de los animales, y esto se ha dado debido la

cultura en la que ellos han vivido respecto de los animales en general, especialmente en torno a la corrida de toros, que en la actualidad ha sido un punto debatible dado el sufrimiento del animal al momento de la corrida; es por aquello, que en base a una reforma del año 2003, en la Ley Orgánica 15/2003 del 25 de Noviembre, se modificó el artículo 337 del Código Penal Español, estableciendo en dicho artículo las conductas hacer reprimidas por maltrato a un animal doméstico; es por aquello, que dada la trascendencia de lo dicho, que se transcribirá el artículo hecho mención, mismo que se encuentra en el capítulo IV dentro de los “Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, donde se establece:

1. Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o someténdole a explotación sexual:

- a) un animal doméstico o amansado,
- b) un animal de los que habitualmente están domesticados,
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.
- b) Hubiera mediado ensañamiento.
- c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
- d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.

3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a

cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, ARTÍCULO 337, 2019)

De lo que se puede interpretar de este artículo, es que hay una delimitación muy adecuada respecto de que animales deben ser entendidos que se encuentran dentro de esta protección que otorga la norma, ya que hace mención a los animales domésticos o amansados, habitualmente amansados, así como aquel que vive temporalmente o permanentemente bajo el control del ser humano, y, por último menciona a cualquier animal que no viva en estado salvaje; dejando así plenamente delimitado que animales gozan de protección contra el maltrato animal.

Toda esta delimitación adecuada es el resultado, de que la Legislación Española abandono la protección Administrativa para resguardar a los animales que conforman la Fauna Urbana, ya que el mensaje preventivo que buscaba generar en la gente, no se lograba conseguir con dicha rama del Derecho; y dado, que en dicho país la corrida de toros está muy enraizada en su idiosincrasia, y siendo el toro un animal de la fauna urbana, el único mecanismo eficaz para conseguir que el maltrato animal no se propague a niveles extremos, fue recurrir imperativamente al Derecho Penal, para evitar que dichas conductas se materialicen en base del temor que infunde la pena privativa de la libertad; eso sí, delimitando claramente a que animales se protege.

De lo que se acabó de hacer mención, se puede hacer una comparación muy severa con nuestra legislación, ya que actualmente en el Ecuador existe una ambigüedad respecto de que animales son los que conforman la fauna urbana,

porque dentro de la misma se hace mención animales domésticos en sentido amplio; así como, se permite que cualquier animal que se encuentre en un espacio público o área verde sea considerado animal de la fauna urbana; cuando en realidad puede ser dicho animal silvestre o exótico, lo cual genera, que ante cualquier tipo de conducta que puede ser incluso para precautelar su salud e incluso su vida de una persona, se inicie un proceso por maltrato animal, en donde se deberá probar una causa de justificación respecto de la antijuridicidad, lo cual es completamente absurdo.

Es por aquello, que la delimitación establecida por la Legislación Española es sumamente correcta, ya que:

La tipicidad de este delito consiste en el maltrato de animales domésticos con ensañamiento e injustificadamente con resultado de muerte o lesiones que produzcan un grave menoscabo físico. La pena es la prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para toda profesión u oficio que tenga relación con los animales. (GARCÍA SOLÉ, 2015, pág. 48)

Cuando se refiere causar lesiones o la muerte injustificadas, la razón de ser de la descripción de la norma (*Ratio Legis*), se debe a que muchas de las veces, la conducta será permitida para un profesional médico de animales, ya que se realizaran para precautelar la vida del animal, o para evitar una vida de sufrimiento de dicho animal, inclusive también para precautelar posibles enfermedades hacia los seres humanos, que pueden incluso poner en peligro la vida; es por lo mismo, que cuando la conducta se comete sin esta causa de justificación, será “Maltrato animal” contra los que conforman la Fauna Urbana, lo cual se reafirma, porque:

La conducta típica debe recaer sobre animales doméstico o cualquier otro que norma abarques, por lo que se deja fuera del tipo los animales salvajes. Con esta expresión se pretende excluir del precepto las corridas de toros, en las que sí se da ensañamiento. (GARCÍA SOLÉ, 2015, pág. 48)

Y de dicha exclusión respecto de los animales salvajes, es demasiada adecuada, ya que se delimita aún más los animales que gozan de dicha

protección; aunque debiendo hacer una puntualización respecto de las corridas de toros en el país Español, las cuales son excluidas y permitidas por razones de índole cultural arraigado a su idiosincrasia de la población Española.

Entorno a lo referente a las distintas formas en que se puede sancionar el Maltrato Animal, la verdad son similares a las que establece a nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), las cuales serán abordadas más adelante; que como un adelanto se puede observar una similitud respecto de una, la cual es, la inhabilitación de ejercer la profesión de veterinario o similares cuando se incumpla lo que describe la norma.

Acotando a lo dicho al inicio de este acápite, la legislación Española alcanza el rango penal, luego que durante dos décadas se haya discutido ¿cuál es la rama del Derecho? más adecuada para otorgar protección a los animales en general; pero sobre todo logrando conseguir a través de la protección penal un aspecto de vital importancia, que es poder definir adecuadamente al bien jurídico de protección, así como delimitando a donde se está irradiando dicha protección que otorga el Derecho Penal.

Sin embargo, a pesar de lograr este último aspecto, doctrinariamente existe dos puntos de vista contradictorios respecto de la protección, por lo que García Solé sostiene respecto de dicho debate es que:

El fracaso del Derecho Administrativo (al igual que se ha justificado para otros bienes jurídicos menos graves) que como señala acertadamente Requejo Conde, se debe más “a la aplicación de sus normas que a su contenido...”; por otro lado, no se vulnera el principio de ultima ratio cuando se pide la intervención penal, pues se reclama la tutela sobre aquellas conductas más graves contra los animales. (GARCÍA SOLÉ, 2015, pág. 46)

Lo que se sostiene en la última parte de la cita, es que el principio de mínima intervención no se encontraría vulnerado en la legislación Española, porque conductas que causen lesiones que menoscaben la vida del animal, así como aquellas que produzcan la muerte del mismo, son las que se necesitan ser reprimidas con cárcel; lo cual en parte es absolutamente cierto, sin embargo, en nuestra legislación Ecuatoriana existe una problemática, donde se centra en la

falta de delimitación respecto de los animales que conforman la fauna urbana, así como también en todo lo referente al “Bien Jurídico protegido”; mismo que será analizado más adelante, luego de hacer mención a la legislación Colombiana que si ha logrado delimitar perfectamente al bien jurídico protegido, así como esta legislación que se está abordando.

A pesar de todo lo revisado en la normativa penal respecto del maltrato a los animales en la legislación Española, si bien consigue dicha delimitación entorno a que animales son los que pasan a conformar la Fauna Urbana, se puede apreciar que no existe uniformidad de criterios respecto de la rama de protección; y dado este motivo, es que me resulta adecuado plantear la postura contraria que se observa en España, la cual es absolutamente valida, de tal manera que Jaurrieta Ortega sostiene que:

La mayor parte de las veces se objeta que este tipo de maltrato en contra de los animales 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. (JAURRIETA ORTEGA, 2019)

Una vez interpretada esta cita previa, se me es imperativo entrar al análisis del “Bien Jurídico protegido”, tomando como base lo que se analizado en la legislación Española, conjuntamente con lo que se revisara entorno a la legislación Colombiana; para que con ello, comparar con lo que nuestra legislación prevé, para solo así solventar dicha problemática, y así poder llegar a una conclusión respecto de estos nuevos delitos de ejercicio privado de la acción entorno a su aplicabilidad práctica.

3.4.3.3.2. El Maltrato Animal en la Legislación Colombiana

El desarrollo tanto legislativo, doctrinario como jurisprudencial ha llevado a la legislación Colombiana a un gran avance en la protección de los animales contra del maltrato, llegando a ubicarle como el primer país de toda Latinoamérica en describir a los animales dentro del Código Civil de Colombia como un ser sintiente, lo cual otorga un claro distanciamiento del tratamiento legal que realiza las demás legislaciones del continente, que les da un carácter de bienes; y, es por aquello, que muchas veces existe una confusión respecto de

la rama adecuada y eficaz que debe tutelar sus derechos, como es en el caso del Ecuador.

Este avance alcanzado por Colombia se debe a la ley 1774 emitida por el Senado de la Republica de Colombia del 6 de enero del 2016, que modifica ciertos artículos tanto del Código Civil como del Penal, y es por ello cierto lo que describe respecto de la temática Ruiz Buitrago que:

Coherente con la ciencia, al reconocer que los individuos con sistema nervioso central tienen capacidad para sentir dolor, se define a “los animales como seres sintientes”, lo cual genera un gran avance en el tema de la protección animal, pues antes de dicha norma, se les consideraba como bienes, mientras hoy hay un claro reconocimiento a los animales como seres vivos con la capacidad de sentir. (RUIZ BUITRAGO, 2016)

Este reconocimiento como ser sintiente se encuentra claramente descrito y establecido en el artículo 1, que determina:

Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial. (SENADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, 2016)

Y dado la calidad de ser sintiente, en la misma ley que se ha hecho mención, manda a que se modifique el Código Civil Colombiano quitando la calidad de cosa mueble semoviente, lo cual permite que exista una mejor postura en cuanto a la rama de protección que deba encargarse de prevenir así como de sancionar el maltrato animal, ya que los principios que se consagran en torno al ser sintiente están establecidos en el artículo 3, donde:

El trato a los animales se basa en el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de

cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel. (SENADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, 2016)

De estos principios que circunscriben la protección animal, se puede entrar a analizar sucintamente el mecanismo de protección penal contra el maltrato animal teniendo como base a los animales domésticos y compañía, como a otros que conforman la fauna urbana, para poder comparar con la realidad que se tiene en nuestra legislación ecuatoriana.

3.4.3.3.2.1. Delito contra los Animales en la Legislación Colombiana

El tipo penal que en Colombia se recoge para sancionar aquellas conductas que atenten contra los animales, entendidos a estos como seres sintientes, se encuentra en el artículo 339^a, el cual tiene concordancia con el artículo siguiente en el numerado, que establece las agravantes a dichas conductas, y es por tanto, que ante mayor desvalor de acto, se generara un desvalor de resultado mucho más grave, por lo cual la pena será mayor.

De lo dicho, el artículo 339A que se refiere a los delitos contra la vida, integridad física y emocional de los animales, establece que:

El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes. (CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Artículo 339A, 2000)

En la legislación Colombiana dentro de la normativa penal que sanciona al maltrato animal, se podría mencionar que dio un paso más respecto a la protección de los animales, ya que para tutelar los derechos de los mismos, no divide la protección, ya que si es que se trata de animales de la fauna silvestre, exótica o doméstico y más, se establece una igual protección para todos los animales, lo cual, es más adecuado y aplicable para intentar erradicar el maltrato animal, ya que todos son tratados por igual; con lo cual, se consigue tanto una

igualdad material como formal en la aplicabilidad de los derechos que se han otorgado a los animales en Colombia.

En cuanto a las conductas que se consideran agravantes en la imposición de la pena, las encontramos en el artículo 339B, donde se puede observar que:

Las penas contempladas en el artículo anterior se aumentarán de la mitad a tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:

- a) Con sevicia;
- b) Cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetren en vía o sitio público;
- c) Valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos;
- d) Cuando se cometan actos sexuales con los animales;
- e) Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

PARÁGRAFO 1o. Quedan exceptuadas de las penas previstas en esta ley, las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas.

PARÁGRAFO 2o. Quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, no serán objeto de las penas previstas en la presente ley. (CONGRESO DE LA REPUBLICA, ARTICULO 339B, 2000)

Respecto de estas conductas que agravan la pena, puedo decir que en base a un análisis de los mismos, se podría establecer que es adecuado lo alcanzado por Colombia en la protección a los animales, ya que la delimitación es correcta, así como también en las agravantes del actuar, como por ejemplo cuando hay sevicia, que no se toma en cuenta en nuestra legislación.

Así mismo es agravante, cuando se perpetra en un espacio público, lo cual es adecuado, porque puede herir susceptibilidades de la gente que pueda encontrarse en dichos lugares, lo que ocasiona que exista un mayor desvalor de acto; de manera que este artículo que se está haciendo mención, llega incluso agravar la conducta cuando es cometida por servidores o funcionarios públicos, ya que se supone, que ellos deben velar y poner el ejemplo, en cuanto al respeto de las normas tanto Constitucionales como legales; por lo que a criterio y opinión personal es adecuado esta tipificación. Una última mención respecto de la zoofilia, que se podría mencionar que nuestra legislación si adopto esa tipificación, pero no como una circunstancia agravante, sino más bien, como un tipo penal propio e independiente, que será analizado más adelante.

Acotando a lo ya mencionado, se delimita aún más la protección penal cuando tanto en el párrafo 1 como en el 2, se establece excepciones, como lo son los animales destinados a la producción, cuidado, cría que vendría a ser circunscritos dentro de los animales de granja, que son parte integrante de la fauna urbana, ya que se encuentra bajo el dominio y cuidado del hombre, siendo este último el que genera una finalidad de lucro a su favor o de sus semejantes.

Así como también se exceptúan de ser consideradas maltrato animal, cuando dichas conductas se ejecutan para evitar brotes epidemiológicos, así como infecciones hacia el ser humano, lo cual marca una clara diferencia con respecto a las normas de la fauna urbana que contempla nuestro Código Orgánico del Ambiente; donde se establece que son protegidas incluso dichos animales, cuando están dentro del perímetro cantonal, lo cual no sería adecuado, si es que no existe un buen manejo de la fauna urbana.

Una vez realizado una mención muy sucinta a lo que se puede apreciar desde el punto legislativo tanto de España como Colombia, debo manifestar que ese avance, es una consecuencia de grandes aportes investigativos de la más variada índole, ya que mezcla la biología, medicina animal en conjunto con la humana, por los distintos tipos de riesgos y enfermedades que pueden ser transmitidas hacia el hombre. Y es por aquello, que teniendo esos puntos básicos de estudio, el Derecho los viene a recoger, y así busca delimitar la protección, pero esto se da, ya que en las legislaciones hechas mención, pudieron establecer claramente el Bien Jurídico que el Derecho Penal buscar tutelar; y, en base de

aquello sancionar las conductas que lo pongan en peligro inminente o lesionen gravemente.

3.4.3.4. El Bien Jurídico Protegido en los Delitos contra el Maltrato Animal

Recogiendo lo visto al final del capítulo segundo, donde se analizó que el bien jurídico protegido no lo crea el Derecho Penal, ya que esta rama del Derecho tiene como finalidad proteger a los derechos fundamentales (interés vital para la sociedad) previamente reconocidos por la Constitución de la República, así como los recogidos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Y es por lo mismo, que el medio idóneo para proteger a dichos bienes jurídicos cuando no hay otro mecanismo extrapenal de protección, es la rama del Derecho Penal, a través de la imposición de una pena, que genera que la mayor parte de la población sea disuadida de cometer la conducta descrita en el tipo, y es por dicho temor a la imposición de la privación de la libertad u otra sanción que sea recogida por los diversos códigos penales del mundo, que se logra proteger al derecho que se busca tutelar adecuadamente.

Respecto del bien jurídico en el maltrato animal, aun no existe un conceso doctrinario, ya que existen posturas diversas, en donde se manifiesta que no puede ser objeto de protección penal las infracciones hacia los animales, y más bien debe ser remitida a la protección que se brinda por parte del Derecho Administrativo, donde:

Defendiendo esta interpretación encontramos autores y autoras como RÓDRIGUEZ LÓPEZ, PRATS y MARQUÉS I BANQUÉ, MATELLANES o FUENTES LOUREIRO. Según este sector doctrinal, el Derecho Administrativo está dotado de unos instrumentos y herramientas idóneos para sancionar este tipo de actos, aunque reconocen la escasa efectividad del mismo hasta la fecha debido a su falta de homogeneidad entre las diferentes Comunidades Autónomas. Consideran, de igual manera, que a través de la tutela penal por la que se protege este tipo de conductas, se está llevando a cabo paulatinamente una equiparación de los derechos de los animales con los de las personas, lo cual resulta totalmente contradictorio con el

Ordenamiento Jurídico español en su conjunto.(JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 185)

Respecto de esta postura se podría dejar sentado que en España no hay un reconocimiento como tal de Sujeto de Derechos a la Naturaleza, normativamente establecida, lo cual, si existe en nuestro país; y es por aquello, que el tratamiento legislativo español respecto de la temática del maltrato animal es muy avanzado, porque si bien no existe un conceso, y a pesar de la circunstancia mencionada al principio de este párrafo, no existe una igualdad entre derechos de los animales con los derechos reconocidos hacia las personas, ya que se tiene ámbitos de protección plenamente definidos, es decir, el núcleo de cada derecho es concreto, en atención a lo que se busca tutelar, diferenciando claramente la vida y la integridad física que gozan tanto los animales, de la vida e integridad que tienen los seres humanos; donde claramente tiene prioridad, todo lo relacionado hacia la persona, pero la problemática de esta falta de conceso, es que antes de la reforma del 2015 en España, muchos autores como los mencionados:

Defienden tanto la cosificación de los animales como la consideración de que los actos en los que algún animal, propiedad de un humano, sufra algún tipo de menoscabo psíquico, físico o incluso su muerte sean calificados como delitos de daños. (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 187)

Y la cosificación se deba, porque, se seguía tratando a los animales como cosas y esto era una clara consecuencia de la norma relativa a las cosas semovientes en su Código Civil Español, por lo que “A través de ello, se consideraba que los animales no se establecían como el sujeto pasivo del correspondiente delito, sino que lo hacían como el objeto del mismo”(JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 187).

Y tomando esta breve explicación de lo suscitado en la legislación Española, se puede realizar una comparación con nuestra legislación actual, en donde, tipifican al maltrato animal como delitos de ejercicio de acción privada, pero sin previamente realizar reformas a otros códigos normativos, como por ejemplo, al que más inconvenientes está trayendo consigo, que es el Código Civil

Ecuatoriano que sigue otorgándole y catalogándole como “Cosa Semoviente”, a pesar, de que en nuestra Constitución de la República se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos; lo que ocasiona, que se genere y exista una vulneración al principio de Supremacía Constitucional, generando que la protección hacia los animales sea tan ambigua y difusa que no permita una aplicación práctica.

Es por lo mismo, que las legislaciones como la colombiana y la española, lo que primero han realizado es establecer e identificar claramente al Bien jurídico protegido, partiendo de reformas a Códigos que pueden ser contradictorios entre sí. Y para contradecir a la postura anterior, se explica “que considera que el Derecho Penal es el instrumento adecuado para sancionar este tipo de conductas ya que el Derecho Administrativo ha fracasado en su tarea en este sentido”(JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 184), logrando así dar sentido a los delitos contra el maltrato animal, ya que justifican que el Derecho Administrativo ha fracasado en su fin de proteger a los animales, luego de años de estudio y lucha por conseguir una protección adecuada, que concluyeron que el mensaje preventivo y disuasorio se consigue infundiendo temor en la sociedad de una pena privativa de la libertad.

3.4.3.4.1. Teorías planteadas del Bien Jurídico protegido en los delitos contra el Maltrato Animal

En las dos legislaciones antes mencionadas, que son referentes tanto en Europa como en Latinoamérica, se logra establecer como bien jurídico del delito de maltrato contra los animales, a la “Sintiencia que goza el animal”, es decir, establecen que los animales son seres sintientes, ya que a través de su sistema nervioso central logran generar un sentir tanto físico como psicológico, así como estrés como causa de sufrimiento; y dada esta circunstancia, se rompe con un paradigma en la forma en estaban regulados y siguen estando regulados en muchos códigos de las diferentes legislaciones; debiendo dejar claro, que la razón de la protección hacia los animales no parte de que el animal sea una cosa, sino más bien, que es un ser que tiene un sentir propio e individual, y por lo tanto, merece protección adecuada para la tutela efectiva en los derechos que se les otorga.

La razón de establecer un bien jurídico protegido, surge debido que sin el mismo, el alcance de la protección penal es inservible, dado que se necesita

complementar los elementos de la revisión básica de cada uno de los delitos tipificados, es por lo mismo, que las sanciones que se imponían antes de las reformas que descosifican a los animales, eran pecuniarias, es por tanto que sin dichas reformas acontecía que “las sanciones pecuniarias previstas eran de mayor enjundia en las normativas administrativas que en la penal, por lo que las de esta última vía perdían parte de su eficacia disuasoria”(JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 188).

Y dado que la falta de disuasión en la gente no incidía para mermar los índices de maltrato animal, se tuvo que estudiar jurídicamente, cual es el bien jurídico protegido, es por lo mismo que pensó en primer lugar que “Era una obligación de carácter moral”, teoría que fue presentada y propuesta por García Rivas donde:

...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. (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 188)

Esta teoría lo que trata de explicar, es que su fundamento surge de que los “maltratadores de animales” tienen una gran probabilidad de convertirse en potenciales “maltratadores de personas”, lo que ocasionaría, que la convivencia social sea alterada por esta clase de personas, ya que si no pueden cuidar otras formas de vidas como lo son los animales, siendo las personas responsables de su cuidado, y dado que ellos se pusieron en dicho rol al adquirir un animal; dichas personas peor van a poder velar y respetar por los derechos de las demás conciudadanos, lo que impediría poder vivir en una sociedad pacífica, en la cual, se mantenga el Orden Social.

Sin embargo el propio García Rivas, citado por Jaurrieta Ortega, sostiene en base de lo mencionado que:

Existe la seria sospecha de la invasión debida del campo de lo punible...porque se trata de una protección estéril y que únicamente pretende satisfacer las demandas punitivas de la opinión pública. (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 189)

Sin embargo, hay que analizar otras teorías más que han surgido, como fundamento de cual debería de ser el bien jurídico protegido para esta clase de conductas, es por tanto, que aparece una teoría que toma como fundamento las obligaciones de carácter bioético y el medio ambiente; es por aquello, que uno de sus adeptos de esta teoría es García Solé, quien expresa, que existe una relación entre los seres humanos y los animales, donde los primeros tienen que velar por los segundos, en cumplimiento de aquellos valores espirituales que son la solidaridad y ayuda como distintivos de nuestra especie racionalizada.

Sin embargo, en palabras de Jaurrieta Ortega, donde menciona al máximo exponente de esta teoría que es el autor Higuera Guimera, donde este último sostiene, que esta clase de delitos deben estar inmersos en los delitos relativos al medio ambiente, ya que toda persona debe actuar en todas sus relaciones y actividades con los animales pensando en la salud tanto psíquica como física del animal, conjuntamente con el entorno natural del mismo, es por lo mismo que sostiene “A través de esta postura, se pretende proteger la naturaleza en su conjunto y el daño que los animales pueden llegar a sufrir a consecuencia de la explotación de la misma” (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 189).

Es por lo mismo, que acotando a esta teoría, García Solé manifiesta 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” (GARCIA SOLE, 2010, pág. 6).

Pero de lo planteado, es preciso mencionar que esta teoría cada vez suma más objeciones y pierde adeptos por sus propios fundamentos:

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. (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 190)

Sin embargo, debemos tener claro que dado, que los sentimientos de las personas serían la base de esta teoría, en general la protección se radicaría hacia

un respeto general de la naturaleza en su conjunto, es decir, al medio ambiente, y es por lo mismo cierto lo que menciona Ríos Corbacho, en la obra de Jaurrieta Ortega:

No parece que la tutela penal del medio ambiente tenga mucho que ver con la protección que ahora se les concede a los animales domésticos... Parece que, con la primera tutela, se protege el equilibrio de los sistemas naturales, mientras que con la segunda se salvaguarda el sufrimiento de los animales domésticos. (JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 191).

De lo dicho respecto de esta teoría, debo manifestar que la misma no tienen sustento y validez, por lo mismo, la legislación española dejó a un lado y siguió en busca de otro fundamento respecto del bien jurídico protegido, ya que dependía mucho de la subjetividad de las personas en torno a sus sentimientos.

Una teoría que apareció en España, es aquella, que parte de que el Bien Jurídico protegido en los delitos contra los animales, es la dignidad misma del animal, siendo necesario mencionar, que es muy parecida a la teoría que defiende la salud e integridad física y psíquica de los animales en general, la cual tiene un largo camino recorrido desde el año 200; jugando un papel fundamental en lo alcanzado doctrinariamente, ya que está relacionado con los “Sentimientos de las Personas”.

Sin embargo, tener únicamente como fundamento la dignidad del animal, sin una correlación con los sentimientos de las personas con respecto de los animales, sería interpretar un sin número de bienes jurídicos, ya que causaría una transgresión de diversa índole; llegando inclusive hacer catalogado “como un delito contra la familia, ya que existen, inclusive, reconocimientos de indemnizaciones en los que es fundamental la figura del grupo familiar debido a los daños morales que estos sucesos puedan ocasionar”(JAURRIETA ORTEGA, 2019, pág. 195).

De manera, que para evitar caer en una ambigüedad que pudiera ocasionar tener como bien jurídico protegido únicamente a la dignidad del animal, o en su defecto los sentimientos del ser humano con relación a los animales, es que debe haber una correlación entre estas dos posturas, para que

apreciadas conjuntamente, logren establecer el verdadero bien jurídico protegido; y es por lo mismo, que gracias aquello, es que el actual fundamento del bien jurídico reconocido en la legislación Española, mismo que fue referente para la legislación Colombiana, teniendo para ambos casos un gran apoyo doctrinario, así como jurídico, se ha logrado establecer a la presente fecha que dicho bien jurídico protegido sea el “Animal mismo como Ser Sintiente”, generando la obligación de respetar y tutelar la integridad, así como la vida de los animales por la determinación mencionada, ya que estos son capaces de generar sentimientos y emociones.

3.4.3.4.2. Los Animales como “Seres Sintientes”

Este nuevo cambio de paradigma fundamentado en todo lo relacionado con los sentimientos de los animales con relación hacia las personas, entendido a los primeros como seres sintientes, a los cuales se debe proteger su vida, su integridad, genera una nueva teoría que vienen a determinar adecuadamente cual es el Bien Jurídico de Protección en la rama Penal, trayendo como consecuencias importantes como varias reformas en diferentes leyes y Códigos Normativos de distintas legislaciones, encabezadas por Colombia y España.

Los animales como “Seres Sintientes”, de acuerdo al pensamiento de Hammerstein, citado por Ramírez Londoño, deben ser entendidos partiendo de una premisa:

Pueden tener sentimientos análogos a los de los seres humanos, aunque pertenezcan a otras especies. Mediante la capacidad sensitiva y el sistema nervioso, sobre todo en mamíferos, los animales pueden sentir placer y dolor, abrigar expectativas, experimentar miedo, excitación, aburrimiento. (...). Son seres sintientes que tienen características y valores propios. Son capaces de sufrir y de gozar, y aspiran activamente a la auto conservación y a la preservación íntegra de su ser y vida. (RAMIREZ LONDOÑO, 2020, pág. 90)

Es por aquello, que la razón de la protección hacia los animales en la actualidad, radica en que son seres sintientes, que al igual, que los seres humanos son capaces de experimentar y sentir diversas emociones, lo cual, ha sido conseguido por diversos estudios que investigadores han realizado, y dado esta

característica fundamental que gozan los animales en general, es que se busca la tutela y protección de sus derechos de forma óptima.

Ya que al afectar tanto física como psicológicamente, e incluso en muchos de los casos sexualmente a los animales, es que sea tomado y determinado que el Bien Jurídico Protegido para los delitos contra el Maltrato Animal sea la “Sintiencia Animal”, que no es otra cosa que la capacidad de sentir, percibir o experimentar subjetivamente por parte de los animales, lo cual, trae como resultado, que se consiga tanto un afecto positivo o negativo por parte del receptor, que en este caso concreto sería los Animales hacia los humanos.

Se debe puntualizar en este aspecto, que este sentir al que estoy haciendo mención no es una mera capacidad de percibir estímulos o reaccionar a alguna acción u omisión, como en el caso de los artefactos tecnológicos, que cada vez se desarrollan inimaginablemente, que con el tocar un botón, e incluso con un gesto cumplen una función plenamente determinada y configurado; sino al contrario, es un sentir consiente, que se produce en el interior de los animales, y se basan en aquella reacción o estímulo producto de una acción tanto positiva como negativa del ser humano, lo cual, puede provocar alegría, tristeza, dolor e incluso estreses en los animales.

Y es por lo mismo, que ante estas variables mencionadas, el Derecho entendido como ese conjunto de normas que viene a regular las conductas de los individuos, ha determinado que para lograr impedir un maltrato físico, psicológico y sexual hacia los animales, la rama encargada sea la Penal, ya que con sus finalidades tanto preventivas, sancionadoras, pero por sobre todo las disuasorias, se logre impedir que se cometan este tipo de conductas reprochables que atentan especialmente al Orden Social.

Pero para poder llegar a este punto, se necesita recorrer un camino largo que va desde la conciencia social, hasta el análisis más minucioso de los expertos en la temática donde se concluya en conjunto la Biología, Bioética, así como del Derecho en general; para con lo mismo poder descartar otros mecanismos de protección que pudieran ser eficaces, dado que el Derecho Penal es un mecanismo de ultima ratio, y por lo mismo, el Bien Jurídico deberá ser plenamente determinado como lo han hecho legislaciones como las expuestas,

ya que al tener un punto concluyente y determinante como este, que amparado en la Constitución de la República, permitirá una protección adecuada y eficiente, que no deja a la ambigüedad la tutela de los derechos de animales como sujetos de derechos.

De lo expuesto, es menester revisar los mecanismos de protección que brinda la legislación Ecuatoriana entorno a velar los derechos de los animales concernientes en la fauna Urbana, debiendo adelantarme un poco, que nuestra legislación aún no existe una reforma sustancial a leyes y Códigos en general, ya que los describe como cosas muebles semovientes, y por esta característica existe confusión respecto del bien jurídico de protección, generando únicamente un falso sentimiento de protección hacia los animales, que ha sido aprovechados por los políticos de turno mediante el mecanismo más eficaz del Derecho Penal Simbólico como lo es el populismo penal, dejando por lo mismo subsumir a estos nuevos tipos penales en una “Simbología”, que pudiera ser temporal; si es que se hacen y se logran los correctivos adecuados en la normativa vigente.

3.4.3.5. Mecanismos Legales de Protección hacia los Animales de la Fauna Urbana

Todos los mecanismos para lograr una adecuada protección de los animales devienen de nuestra Constitución de la República, que rompe el paradigma de la concepción de los sujetos de derechos, abarcando a la naturaleza en su conjunto como titular, y es por ello, que uno de los deberes primordiales del Estado será lograr encontrar mecanismo de protección adecuados para resguardar y tutelar los derechos reconocidos en nuestra carta magna; es por lo mismo, que en nuestra legislación se han adoptado tres tipos de protección que otorga el Derecho en general, y estas son Civil, Administrativa y Penal, dejando en esta última una sub-clasificación entre contravenciones y delitos de ejercicio privado.

Respecto de la primera rama de protección, no se profundizara nada más, ya que lo mismo fue explicado, cuando se abarco la temática de la Descosificación de los Animales, ya que la protección que irradia la materia civil, es una tutela enfocada hacia las cosas y en si hacia la propiedad; y, es por lo mismo, que así lo define nuestro Código Civil, el cual sirve para para

solucionar conflictos entre particulares, que son como regla general cuantificables en dinero.

3.4.3.5.1. Protección Administrativa

En este punto a tratar, debo partir, que las atribuciones para el adecuado manejo y cuidado de los animales que conforman la fauna urbana deviene del Código Orgánico del Ambiente, el cual en su artículo 144 establece que:

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos contarán con las atribuciones de planificación, regulación, control, gestión y coordinación con los entes rectores competentes en los ámbitos de salud, investigación, educación, ambiente y agricultura, de conformidad con las disposiciones de este Código y la ley. (ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, ARTÍCULO 144, 2017)

De dicha disposición normativa, se establece, que los encargados son todos los GAD del país, y es por lo mismo, que varias ordenanzas han sido emitidas para poder cumplir con todo lo que conlleva la fauna urbana, enfocado en la protección, conservación y regulación, para un adecuado manejo de este ámbito animal.

En nuestra ciudad de Cuenca, se puede hacer mención que ha existido una ordenanza desde el año 2004, para un adecuado manejo de los animales domésticos, misma que fue derogada en virtud de la promulgación de la Ordenanza para el control y manejo de la fauna urbana y la protección de animales domésticos de compañía del cantón Cuenca del año 2016, donde tanto ámbito de protección cuanto el objeto, se establecen en los siguientes artículos:

Art. 1.- La presente ordenanza es de aplicación obligatoria en el cantón Cuenca y regulará las relaciones, el manejo, gestión y control de la fauna urbana y de los animales domésticos de compañía.

Art. 2.- La presente ordenanza tiene por objeto el control y manejo de la fauna urbana y la regulación de la tenencia responsable de los animales de compañía con el fin de compatibilizar estos objetivos con la salud pública, el equilibrio de los ecosistemas urbanos, la higiene y la seguridad de las personas y bienes, así como garantizar la debida

protección de la fauna urbana y los animales de compañía en aplicación a los principios del buen vivir.(CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULOS 1-2, 2016)

La Ordenanza es un gran avance en la protección de los derechos de los Animales, ya que define y delimita claramente cuáles son las atribuciones del Gobierno Autónomo Descentralizado de Cuenca, y así cumple, lo que dispone el Código Orgánico del Ambiente (COA), es por lo mismo que en el artículo 6 se establece:

“En ejercicio de sus competencias y facultades, el GAD Municipal de Cuenca, deberá:

- a. Regular y controlar las actividades relacionadas con animales domésticos de compañía;
- b. Formular y expedir, gestionar y ejecutar políticas, planes, programas y proyectos para el bienestar y protección de los animales domésticos de compañía y la fauna urbana;
- c. Propiciar acciones directamente o a través de asociaciones con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, contratos de gestión compartida, alianzas estratégicas, convenios de cooperación interinstitucional con entidades públicas o privadas y otras formas de asociación permitidas por la Ley, para cumplir con el objeto de la presente ordenanza;
- d. Designar las instancias competentes responsables de la ejecución y control del cumplimiento de la presente ordenanza;
- e. Autorizar, dentro del ámbito de sus competencias, el funcionamiento de establecimientos que prestan servicios para animales domésticos de compañía; y,
- f. Autorizar, dentro del ámbito de sus competencias, los espectáculos y eventos públicos en los que participen animales domésticos de compañía.
- g. Manejar y controlar la fauna urbana de Cuenca. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 6, 2016)

Es por aquello, y teniendo como fundamento los literales B, D y G, que dentro del Cantón Cuenca existe la llamada Unidad de Gestión Ambiental, quien es la encargada de vigilar que la ordenanza sea cumplida; y que, en caso de que alguna conducta de cualquier persona (Natural o Jurídica) sea contraria a lo que se establece, se iniciara un proceso Administrativo Sancionador, ya que lo que se busca es la protección y buen manejo de la Fauna Urbana y Animales domésticos; y es por todo esto, que se revisara, cuáles son las causales para que se configure infracción administrativa, para analizar la sanción que acarrea, y el mensaje que envía a la sociedad en general.

3.4.3.5.1.1. Infracciones y Sanciones Administrativas

Las conductas aquí señaladas quedan expresamente prohibidas de ser provocadas a los animales, si bien se habla de Fauna Urbana, se debe mencionar que prácticamente la ordenanza está enfocada y dirigida hacia los animales Domésticos, principalmente en perros y gatos que se encuentran dentro del perímetro cantonal de la ciudad de Cuenca, ya que de la descripción que se desprende del capítulo II de las Infracciones y Sanciones, desde el capítulo 65 en adelante se puede observar que:

Art. 65.- Las infracciones previstas en esta ordenanza se clasifican en:

a. De Primer Grado

b. De Segundo Grado

c. De Tercer Grado

d. De Cuarto grado. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 65, 2016)

Este artículo es completamente adecuado, ya que unas conductas son muchos más perjudiciales y reprochables que otras, es por lo mismo que hay que mencionar cuales son cada una de ellas, y que sanción son aplicables para cada tipo de infracción:

Art. 66.- Se consideran como infracciones de Primer Grado y serán sancionadas con una multa del diez por ciento (10%) de una remuneración básica unificada, las siguientes:

1. Trasladar animales domésticos de compañía, sueltos o sin las debidas medidas de seguridad, en zonas de carga descubiertas de camiones o camionetas.
2. Exhibir y comercializar perros menores a 8 semanas y gatos menores a 10 semanas de edad; animales domésticos de compañía sin separarlos por especies, sin que cuenten con un área o estructura provista de sombra o una estructura provista de techado;
3. Transportar animales domésticos de compañía en contenedores, sin contar con señales que indiquen la presencia de animales vivos en su interior y la posición en la que se encuentran;
4. Usar animales domésticos de compañía para la exhibición de artículos en ventas ambulantes;
5. Pasear un animal doméstico de compañía sin arnés o cualquier tipo de dispositivo que posibilite su control;
6. En el caso de actividades de entrenamiento con fines de seguridad, el realizar el entrenamiento de animales en espacios públicos, parques o áreas comunales de edificios, condominios y unidades habitacionales; y,
7. Mantener a un animal doméstico de compañía, sin la debida identificación que contenga el nombre del animal y los datos de identificación de su tenedor. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 66, 2016)

En este tipo de conductas catalogadas como primer grado, la sanción únicamente es de carácter pecuario, ya que el margen de reprochabilidad no es tan trascendente, más bien lo que se busca, es que no se comentan este tipo de infracciones, si las personas saben que al infringir las mismas van a tener que cancelar una multa económica.

En cuanto a las infracciones de segundo grado podemos observar que:

Art. 67.- Se consideran como infracciones de Segundo Grado y serán sancionadas con una multa del veinte y cinco por ciento (25%) de una remuneración básica unificada, las siguientes:

1. Mantener animales domésticos de compañía a la intemperie donde no exista lugar para guarecerse;
2. Tener animales domésticos de compañía en espacios que les impidan tener libertad de movimiento, poder expresar sus comportamientos de alimentación, descanso y cuidado corporal;
3. Suministrar sustancias que sean perjudiciales para la salud del animal doméstico de compañía;
4. Sedar animales domésticos de compañía sin la debida supervisión de un o una profesional de la medicina veterinaria;
5. Comercializar animales domésticos en la vía pública o en establecimientos no autorizados para el ejercicio de esta actividad;
6. Tener criaderos de animales domésticos de compañía con fines de comercialización, en viviendas o casas de habitación de las áreas patrimoniales, urbanas o de expansión urbana;
7. Negar o prohibir el ingreso de animales domésticos de compañía a vehículos de transporte público, siempre que estos lo hagan utilizando correas o en dispositivos propios para su transportación, de manera que no pongan en riesgo a los demás pasajeros;
8. Transportar animales domésticos de compañía sin contar con las condiciones debidas de seguridad, ventilación, comodidad, soporte de carga e higiénicas, específicas para la especie o especies de animales que se trasladan de conformidad con la legislación vigente en materia de transporte y las ordenanzas en dicha materia;
9. Transportar animales domésticos de compañía apilándolos unos encima de otros;
10. Transportar animales domésticos de compañía dentro de cajuelas de automóviles y parrillas de transporte público;
11. Dejar animales domésticos de compañía solos dentro de vehículos sin ventilación;

12. Entrenar un animal doméstico de compañía mediante el uso de castigos físicos, instrumentos o dispositivos que le causen incomodidad, lesiones, dolor o sufrimiento;

13. Privar de descanso, agua o alimento a animales domésticos de compañía; y,

14. Entrenar, transportar, animales domésticos de compañía, enfermos, lesionados, famélicos, deshidratados, de avanzada edad o estado de gestación. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 67, 2016)

En este tipo de conductas la sanción pecuniaria sube al 25% del Salario Básico Unificado vigente al año del cometimiento de la infracción; en cambio, en la medida que dichas infracciones se comete, y pasan a ser de tercer grado, se puede observar que la multa es cada vez mayor, es por aquello, que al momento de cometer cualquiera de las siguientes conductas:

1. Amarrar a un animal doméstico de compañía causándole heridas, estrangulamiento o limitando sus condiciones mínimas de movilidad, alimentación, hidratación, necesidades fisiológicas o protección de la intemperie

2. Tener animales domésticos de compañía en estado de gestación avanzado o con crías a la intemperie o en contacto con otras especies naturalmente antagónicas;

3. Abandonar deliberadamente a un animal doméstico de compañía;

4. Entregar animales domésticos de compañía a menores de edad en calidad de tenedores, bajo el concepto de venta o adopción sin la intermediación de sus padres o de quien ejerza la patria potestad;

5. Entregar animales domésticos de compañía en calidad de premios en rifas, sorteos, bingos o similares;

6. Prohibir el ingreso de animales domésticos de compañía de asistencia a espacios públicos, privados o medios de transporte;

7. Expende animales domésticos de compañía como producto de uso o ingesta humana;

8. Causar intencionalmente la muerte de un animal doméstico de compañía por un método distinto al sacrificio técnicamente manejado o la eutanasia;
9. Autorizar y practicar eutanasia en animales domésticos de compañía, en circunstancias o por personas distintas a las permitidas en la presente ordenanza;
10. Realizar incisiones o mutilaciones a un animal doméstico de compañía en cualquiera de las siguientes circunstancias: sin que exista una razón terapéutica o preventiva; sin la debida analgesia, anestesia y antibiótico-terapia, o sin la responsabilidad de un o una profesional de la medicina veterinaria;
11. Practicar o promover el bestialismo;
12. Alterar de manera artificial el aspecto o las características físicas de animales domésticos de compañía, que comprometan su salud, con el propósito de promover su venta;
13. Manipular, usar objetos, privarles de alimento o suministrar sustancias a animales con el propósito de inducirlos a estados de agresividad;
14. Implantar de manera temporal o definitiva en el cuerpo del animal doméstico de compañía, dispositivos u objetos sin fines terapéuticos, que alteren su anatomía con excepción de los microchip de identificación;
15. Forzar a los animales domésticos de compañía a realizar actividades incompatibles a sus posibilidades fisiológicas, según su condición y especie;
16. Usar animales domésticos de compañía vivos como carnadas u objetivos de ataque;
17. Pasear un animal doméstico de compañía cuya agresividad sea razonablemente previsible, dada su naturaleza, características, antecedentes o en base a un examen comportamental, sin un dispositivo

que posibilite su control y un bozal estandarizado de acuerdo a la raza del animal;

18. Arrastrar animales domésticos de compañía vivos desde cualquier vehículo;

19. Provocar lesiones o la muerte de un animal doméstico de compañía, de manera intencional, para realizar estudios clínicos o prácticas quirúrgicas, con fines didácticos o investigativos;

20. Introducir animales domésticos de compañía vivos en líquidos a altas temperaturas;

21. Desollar animales domésticos de compañía vivos;

22. Matar animales domésticos de compañía en la vía pública o en espacios no autorizados;

23. Causar la muerte de hembras en estado gestación; y,

24. Sacrificar o aplicar la eutanasia de animales domésticos de compañía, en presencia de menores de edad. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 68, 2016)

Para este tipo de infracciones de tercer grado, la sanción al igual que las dos anteriores es de carácter económico equivalente al 50% del Salario Básico Unificado del Trabajador vigente al momento de comisión de la conducta; tanto el valor de la multa, así como las demás sanciones administrativas subirán como una respuesta lógica al grado de reprochabilidad de la comisión, ya que vulnera los derechos reconocidos a los animales, donde no se respeta ni la vida, así como su dignidad e integridad, dado que el animal es un ser vivo.

Sin embargo, a pesar de ya existir infracciones de tercer grado, existen unas conductas aún más reprochables; por lo que las conductas catalogadas como infracciones de cuarto grado, deberán ser entendidas como lo expresa el siguiente artículo, en donde existe mayor transgresión a los de derechos de los animales, es por aquello que en el:

Art. 69.- Se consideran infracciones de Cuarto Grado, por su especial gravedad o reiteración, las enumeradas a continuación. Para la sanción de infracciones de Cuarto Grado se tendrá en cuenta la trascendencia

social y el perjuicio causado por la infracción cometida, el grado de intencionalidad, la reiteración o reincidencia de las infracciones, y la cuantía del eventual beneficio obtenido, de conformidad con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 69, 2016)

De lo descrito por este artículo, se puede observar que para poder sancionar administrativamente, a cualquier persona, por una infracción de cuarto grado, es necesario partir de la trascendencia social que ocasiona la conducta cometida, lo que se traduce, en la conmoción que causa dicha infracción en la ciudadanía, lo cual forma un desagrado y reproche aun mayor, ya que vulnera los derechos de los animales en mayor medida e incidencia.

Conjuntamente con aquello, se debe determinar la intencionalidad (lo cual considero que estaría errado de análisis, ya que una infracción administrativa únicamente necesita determinar es el nexo causal entre la acción u omisión cometida y el daño que esta genera); lo cual, sería analizar dolo o culpa que no es procedente en procesos administrativos.

Y por último, en otros supuestos, para poder configurar este tipo de infracciones, bastara revisar si la persona infractora es reincidente de las infracciones de primer, segundo y tercer grado e incluso, establecer si hubo o no un beneficio económico, que sea producto de la comisión de cualquiera de las conductas antes mencionadas, ya que en dicho supuesto la multa se cuantificara teniendo como base el benéfico que haya obtenido el infractor del maltrato animal.

Las infracciones de cuarto grado las encontramos descritas desde el artículo 69 al 79 de la Ordenanza, las cuales, se detallaran a continuación:

- Se puede observar en el artículo 71, que en el supuesto, cuando los animales van hacer comercializados, no se hayan vendido la totalidad de que se intenta comercializar, en muchos de los casos, al final de la jornada dichos animales son dejados y abandonados en lugares, que no son aptos para su cuidado, incurriendo en una de las conductas sancionadas en los artículos precedentes; por lo que, se impondrá una multa que va desde 1 SBU (SALARIO BÁSICO

UNIFICADO) a varios salarios, siempre que haya habido un seguimiento y monitoreo que determine dicha infracción. Dejando claro, que para que se configura esta infracción los animales deben ser destinados a la comercialización de los mismos.

- Así mismo, en el artículo 72, se establece una infracción, cuando animales como los perros que son dedicados como una ayuda en el servicio de seguridad privada, sean menores a un año y seis meses o mayores ocho años de edad; determinando una multa de 3 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), así como el retiro del animal.
- Acotando a lo mencionado, el artículo 73, establece, que cuando un perro está a cargo de las empresas de seguridad privada, y este canino es intencionalmente abandonado, o se le haya causado la muerte por otro método que no sea la eutanasia aplicada por un veterinario autorizado; se sancionara a la empresa con una multa, que estará entre 3 a 5 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), así como el retiro del animal, dependiendo del caso.
- En el caso de las y los tenedores de animales domésticos de compañía reproductores, de protección y seguridad, asistencia y rescate; y que pertenezcan a personas naturales o jurídicas, se establece, que si estas, no cuentan con permisos para dicha actividad o si los permisos están caducados, se impondrá una multa de 3 a 5 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS).
- Mientras que en el supuesto, que sea una persona natural o jurídica la que experimente con animales domésticos con fines industriales, se impondrá una multa en base de un rango de aplicación, estableciéndose cinco veces el monto del beneficio económico obtenido por dicho experimentación; a más la clausura definitiva del establecimientos o local donde se llevaban a cabo dichas experimentaciones, conjuntamente con el retiro de las autorizaciones y permisos administrativos, fuera del decomiso de los instrumentos utilizados para dicho fin.
- Una de las infracciones dentro de la Ordenanza importantes, es la que establece el artículo 76, donde la persona que aprovechándose

del peso o tamaño del animal doméstico de compañía con el fin de simular lesiones o enfermedades, utilice dichas circunstancias, para sacrificar al animal en lugares no autorizados para el efecto, para así evadir el control de la autoridad competente, será sancionado con una multa de 3 a 5 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), conjuntamente con la cancelación temporal y definitiva de los permisos y autorizaciones administrativas que les han sido conferidas.

- En el artículo 77, existe una sanción impuesta directamente al Médico Veterinario; ya que si realiza una eutanasia fuera de casos previstos en la propia ordenanza, se le sancionara con un equivalente de 1 a 3 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), conjuntamente con la clausura definitiva del establecimiento, más la cancelación de permisos y licencias administrativas a las que diera lugar; todo esto, más el decomiso de los instrumentos médicos utilizados para cometer la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que tuviere lugar.

- En el caso de espectáculos públicos y privados donde se ocasione maltrato, agresión física, tortura o muerte de los animales domésticos de compañía por parte del hombre, se impondrá una multa equivalente a 20 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), sobre el monto económico obtenido por dicho espectáculo, más la clausura temporal o definitiva de establecimiento donde hubo lugar la infracción, cancelación de autorizaciones y permisos administrativos, y el decomiso de instrumentos que hayan sido utilizados para el cometimiento.

- En cuanto a la muerte del animal doméstico de compañía en específico, cuando esta ha sido causado por el hombre por medio de la utilización de armas de fuego, asfixia, envenenamiento, golpes, así como procedimientos que prolonguen su agonía, se impondrá una multa equivalente de 1 a 3 SBU (SALARIOS BÁSICOS UNIFICADOS), conjuntamente con la reparación del daño al tenedor del animal en el caso de tenerlo. (CONSEJO CANTONAL, ARTICULOS 71-79, 2016)

En todo este acápite dentro de este capítulo abordado respecto de las Infracciones y sanciones Administrativas, por actos que originan, que se materialice el maltrato animal, cuyas infracciones se encuentran contempladas en la Ordenanza para el manejo y cuidado de la Fauna Urbana de Cuenca, se puede observar que solo se refieren a los animales domésticos de compañía, esto como primer punto; y, por consiguiente, se puede inferir que la ordenanza en cuanto a las medidas adoptadas por el Cantón Cuenca para erradicar el maltrato animal únicamente se centrara en perros, gatos y animales de granja, siempre que estos últimos no estén destinados a la alimentación y vestimenta del ser humano.

Como un segundo punto respecto de lo analizado, se puede observar que las sanciones, para mi criterio u opinión personal si son lo realmente suficientes y aptas para brindar una tutela adecuada; ya que de lo mencionado vemos sanciones pecuniarias como son las Multas calculadas en base al Salario Básico Unificado (SBU) vigente al año que se comete la infracción; clausuras temporales o definitivas de los establecimientos dependiendo del caso concreto de que se trate; cancelación de autorizaciones, permisos o licencias administrativas; decomiso de los medios o instrumentos que se utilicen para cometer la infracción, sin perjuicio, de que aparte de todas estas sanciones mencionadas, se deba reparar el daño cometido al tenedor del animal.

Es por esto, que de todos estos artículos contenidos en el capítulo de las Infracciones y Sanciones Administrativas de la presente Ordenanza, que ha sido analizada, como se pueden apreciar, dichas infracciones si envían un mensaje de prevención a la ciudadanía basado en sanciones únicamente administrativas; por lo cual, mientras no exista un estudio adecuado y preciso respecto de la protección eficaz que se debe otorgar hacia los animales de la fauna urbana, lo que implicaría no estar únicamente enfocado en la protección de los animales domésticos, y que a más de esto, habiendo de sumarle la ambigüedad que existe en torno a la delimitación de la fauna urbana en general, así como también, la imprecisión respecto del tratamiento legal que da nuestra legislación ecuatoriana a los animales, que los sigue tratando como cosas, conlleva a que la protección administrativa al día de hoy sea más apta en brindar protección y tutela a los animales.

De todo lo mencionado, se puede determinar que no existe aplicabilidad practica a la hora de sancionar a los infractores de un delito de ejercicio privado por maltrato animales de la fauna urbana, dado que también se suma un aspecto recogido de la Ordenanza para el manejo y cuidado de la fauna Urbana del Cantón Cuenca, ya que en su artículo 8 literal J, se establece, que una de las funciones de la Unidad de Gestión Ambiental, será la de “En caso de tener conocimiento del cometimiento de una infracción penal, el funcionario encargado del procedimiento administrativo sancionador deberá inhibirse de conocer la causa y la remitirá a la autoridad judicial competente”(CONSEJO CANTONAL, ARTÍCULO 8, 2016), lo cual carece completamente de lógica, ya que el funcionario encargado de ejercer la potestad sancionadora, al percatarse de haberse cometido un delito, debe remitir a la autoridad judicial competente.

Sin embargo, incurre en una problemática muy discutible, ya que en este tipo de delitos el titular de la acción es la persona particular, que puede ser tanto propietario o tenedora del animal, incluso llegando hacer cualquier persona que tenga conocimiento del cometimiento de la infracción, de manera, que toda persona podrá plantear la acción, ya está goza de la denominada legitimación activa para realizarlo; por lo tanto, al establecer la norma, que se deba de remitir a una autoridad judicial carece de lógica, ya que el órgano Jurisdiccional es un independiente e imparcial, por lo que, debería haberse establecido que ha remitirse a la defensoría Pública, para que esta última, inicien con el proceso mediante una querrela contra del infractor del maltrato.

3.4.3.5.2. La Protección Penal como mecanismo contra el Maltrato de Animales de la Fauna Urbana

Dentro de la Protección Penal que se brinda para con los animales, debemos partir diferenciando a los delitos de las contravenciones, ya que en el actual Código Orgánico Integral Penal reformado el 24 de diciembre del 2019, y que entro en vigencia el 21 de junio del 2020 con dichas reformas realizadas al cuerpo normativo antes citados, contempla estas dos clases de infracciones penales; y dado este particular, es que se realizara una breve mención en un primer momento a los dos tipos penales contravencionales que sanciona al maltrato de animales que conforman la fauna urbana.

3.4.3.5.2.1. Contravenciones que sancionan al Maltrato Animal recogidas en el Código Orgánico Integral Penal

Dentro de este tipos de conductas penales, se debe hacer mención, que las contravenciones no son otra cosa que la contrariedad del actuar tanto positivo como no negativo, es decir “Acción” u “Omisión” de una persona contra lo que prevé la tipificación de la norma recogida en una ley o cuerpo normativo, que en este caso concreto es el Código Orgánico Integral Penal (COIP), es por ello adecuado citar la descripción que nos da Jiménez de Asúa, que al tratar las contravenciones, nos menciona:

La contravención en un término del ámbito del derecho se utiliza para designar a aquellos actos que van en contra de las leyes o lo legalmente establecido y que por lo tanto pueden representar un peligro tanto para quien lo lleva a cabo como también para otros. Normalmente, la idea de contravención se aplica a situaciones de falta de respeto a las normas (por ejemplo: hablar del honor de alguien o insultar, ya que si bien, muchos de ellos, no son delitos de gravedad; suponen siempre infringir la ley o el código de convivencia pertinente). Los delitos y las contravenciones penales son factores de criminalidad y por ende de perturbación de la convivencia social, que tal vez es, el fin que persigue el Estado. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 2003)

Esto que ha sido expresado por el Dr. Luis Jiménez de Asúa, es adecuado y cierto, ya que es el actuar de una persona contra lo que establece la normativa vigente, lo que hace que se configure la contravención, pero con una clara diferencia con respecto de los delitos, ya que en las contravenciones, no necesario analizar aquel elemento subjetivo, que en los delitos se denomina culpa o dolo, que genera dos clases de delitos, los cuales son tanto culposos, así como otros serán dolosos.

Lo que genera un mayor reproche cuando se configuran los últimos, por existe la intención de desencadenar conducta en busca de alcanzar los elementos objetivos del tipo penal, y por lo tanto, la pena ha de ser mucho mayor; mientras que en cambio, en las contravenciones si bien generan perturbación social, no lo hacen en la misma medida e intensidad que los delitos ya sean estos culposos o dolosos, así como de ejercicio de acción pública o privada.

De manera que la consecuencia de lo expresado en el párrafo anterior, será que la sanción por cometer una contravención, que para este trabajo, serán aquellas que atentan contra los animales de la fauna urbana será mucho más leve; que como dato, es menester mencionar, que no existe como sanción la privación de la libertad, sino que únicamente, se aplicara como resultado de la infracción y sanción trabajo comunitario. Y dada esta circunstancia, será necesario, ver que infracciones son catalogadas como contravenciones, para con ello, poder hacer un análisis breve en comparación con las infracciones y sanciones administrativas.

En nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), se recoge únicamente dos tipos penales contravencionales, en donde se expresa cual es causa que los origina, así como la sanción que se merece; por lo tanto, en el artículo 250.3, así como en el artículo 250.4, serán los únicos donde se hace referencia a las contravenciones contra animales que formen la fauna urbana, estableciendo que:

Abandono de animales de compañía.-La persona que abandone a un animal de compañía será sancionada con trabajo comunitario de veinte a cincuenta horas.

Maltrato a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana.- La persona que por acción u omisión cause un daño temporal o deteriore gravemente la salud o integridad física de un animal que forme parte del ámbito de la fauna urbana, sin causarle lesiones o muerte, será sancionada con trabajo comunitario de cincuenta a cien horas. (ASAMBLEA NACIONAL, ARTÍCULOS 250.3-250.4, 2019)

Por consiguiente, de lo citado se puede apreciar que las contravenciones reconocidas, serán tanto el “Abandono de animales de compañía”, que en el caso de cometerla genera como sanción la aplicación entre 24 a 50 horas de trabajo de comunitario; mientras que respecto al Maltrato a animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana, el cual, nacerá de una acción u omisión (actuar positivo o negativo de una persona), donde se generara un daño temporal, y, con lo cual, la integridad física no se afecte arduamente, es decir, que dicho maltrato animal no va ocasionar graves problemas en la salud, que pueda comprometer la

vida del animal, de manera, que dicha afectación subsanara tanto física como psicológicamente a través de un tratamiento veterinario; siendo así, la sanción que interpone esta contravención será entre 50 a 100 horas de trabajo comunitario.

Respecto de este aspecto, debo mencionar como un criterio personal, que se basa y fundamenta en los principios rectores del Derecho Penal, así como en toda la doctrina generada sobre la temática; es, que no es adecuado el establecer como contravenciones dichas conductas antes citadas, ya que al aplicar como sanción únicamente trabajo comunitario, bastará para dicha sanción la protección administrativa.

Dado, que entre una de las sanciones que contempla dicha rama del Derecho, es la de aplicar trabajo comunitario, que incluso sería mucho más beneficioso, ya que se podría imponer dicha sanción conjuntamente con la multa de carácter pecuniario, a más de la obligación que tendrá el infractor de resarcir el perjuicio causado al propietario o tenedor del animal, en caso de existir; consiguiendo todo esto, teniendo únicamente como rama de protección a la provee el Derecho Administrativo.

Y la razón de aquello, es que existe una mejor delimitación normativa contemplada en la Ordenanza para el manejo y cuidado de los animales que conforman la fauna urbana y animales domésticos del cantón Cuenca, así como demás ordenanzas generadas a nivel nacional a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs); es por esto, que poniendo como ejemplo los numerales 3, 8, 9, 10, 12, 19 del artículo 68, de la ordenanza de Cantón Cuenca, que ya fue analizada, se menciona tanto al abandono, así como al maltrato, en las diversas formas de lesionar al animal doméstico, sin que afecte gravemente su salud o integridad.

Teniendo plenamente claro que en ambas normas se menciona a los animales domésticos, así como animales de la fauna urbana en general; pero, sin embargo, siendo la Ordenanza quien brinda únicamente protección de rango administrativa, se observa, que regula mucho mejor este tipo de infracciones y sanciones, en comparación con lo que prevé el Código Orgánico Integral Penal (COIP); ya que se aprecia a través de la descripción normativa, que han realizado

los concejales, una mejor delimitación entorno a que animales protege, así como a que conductas sanciones, las cuales están mejor descritas normativamente hablando, lo cual, genera que no se caiga en la ambigüedad.

Es por todo lo anteriormente mencionado, que se puede observar, que a través de estas reformas se ha infringido explícitamente al principio de mínima intervención penal, ya que se demuestra claramente, que todavía no se agotado otros mecanismos de protección, que como ejemplo, se puede observar que brinda la Rama Administrativa.

Por lo tanto, no es correcto el trabajo realizado por parte de los legisladores cuando tipifican tipos penales, únicamente por tipificar, sin un adecuado estudio y tratamiento legal que respete toda la doctrina que tiene trasfondo un tipo penal; por lo que, se genera un claro indicio que estas reformas únicamente responden a interés políticos, banalizando así el Derecho en general, y, así expandiendo por medio del mecanismo más eficaz que es el populismo penal al Derecho Penal Simbólico, lo ocasionando que el interés y la tutela a los derechos de los animales no exista en aplicabilidad práctica.

Si esto se puede observar que sucede en las contravenciones, en los delitos se podrá apreciar, que existen aún más fundamentos sólidos, para establecer que por ahora ,no es adecuada la tipificación como delitos de ejercicio privado de la acción al Maltrato Animal en sí; dado que ahora dichos nuevos delitos, son una respuesta a los reclamos de grupos pro animales, donde existió incidencia y presión para con los legisladores, logrando conseguir en diciembre del 2019, todos estas infracciones que hoy son analizadas.

3.4.3.5.2.2. Revisión Básica de la estructura de los Delitos de Ejercicio Privado de la Acción contra Animales que forman parte del Ámbito de la Fauna Urbana

La tipificación de los delitos contra los animales que forman parte del ámbito de la fauna urbana, trae consigo un sin número de incertidumbres a la hora de analizar si la protección penal es la adecuada, ya que de acuerdo, a un principio central del Derecho Penal, que es el de mínima intervención, únicamente las conductas más reprochables, cuando otras ramas del Derecho han fallado, o cuando no son suficientes para garantizar la protección del derecho que buscan tutelar y resguardar se puede acudir a la protección que brinda el Derecho Penal; por consiguiente, al no existir otro mecanismo extrapenal de

protección, se justificara la intromisión en la rama penal, la cual, a través del “*Ius Punendi*” que tienen el Estado para sancionar dichas conductas, se conseguirá teóricamente una mejor tutela de los derechos.

De manera, que partiendo de este principio, será necesario analizar a los cuatro nuevos delitos de ejercicio privado de la acción tipificados con las nuevas reformas de diciembre de 2019, en conjunto con todo lo que ha sido objeto de análisis dentro de este trabajo, para así poder llegar al objetivo planteado. El primer delito a ser analizado, será el que se refiere el artículo 249 entorno a las lesiones causadas hacia los animales donde:

La persona que lesione a un animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana causándole un daño permanente, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Si la conducta se realiza como consecuencia de la crueldad o tortura animal será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si la persona que comete esta infracción es aquella responsable del cuidado del animal por razones de comercio, quedará además inhabilitada por el mismo tiempo que dure la pena privativa de libertad y una vez terminada esta, para el ejercicio de actividades comerciales que tengan relación con los animales.

Se aplicará el máximo de la pena prevista para este tipo penal si concurre al menos una de las siguientes circunstancias:

1. Haber causado al animal la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
2. Los hechos se hayan ejecutado en presencia de un niño, niña o adolescente.
3. Actuando con ensañamiento contra el animal.
4. Suministrando alimentos componentes dañinos o sustancias tóxicas.
5. Si el animal es cachorro, gerente o hembra gestante.

6. Cuando la infracción sea cometida por el dueño o tenedor del animal o por quien esté a su cuidado temporal o permanente. En este caso el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal retirará el animal de la posesión o propiedad del infractor.

Se exceptúan de esta disposición las lesiones que resulten producto de accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor bajo la supervisión de un especialista en la materia.(ASAMBLEA NACIONAL, ARTÍCULO 249, 2019)

De todo el tipo penal transcrito es preciso determinar los elementos que configuran la estructura del tipo, por lo cual, se realizará la revisión básica tanto de este tipo penal, así como de los otros tres restantes; es por ende, que este delito estará compuesto de:

- Sujeto Activo: “Genérico”.
- Verbo Rector: “Lesionar”.
- Tipicidad Subjetiva: “Dolosa”.
- Sujeto Pasivo: “Animales que conformen la Fauna Urbana”. Todavía existe duda respecto a este elemento del tipo, ya que, al seguir estando el animal catalogado como cosa, el sujeto pasivo será el “dueño o tenedor del animal”.
- Bien Jurídico Protegido: “INDETERMINADO”.
- Objeto Material: “los propios animales que forma parte de la fauna urbana”.
- Punición: 2 a 6 meses.
- Tipo Agravado: 6 meses a 1 año cuando:
 - Si la infracción se realiza como consecuencia de la crueldad o tortura animal.
 - Si la persona que comete esta infracción es responsable del cuidado y mantenimiento del animal por razones de comercio, una vez que cumpla la pena privativa de libertad quedara inhabilitada de ejercer dicho comercio relacionado con los animales, por el mismo tiempo que duro la pena de privación de libertad.

- Se impondrá el máximo de la pena (1 año) cuando concurren cualquiera de las circunstancias expuestas en los seis numerales del tipo penal.
- Excepción: Aquellas lesiones que se generen como resultado de accidentes graves, enfermedades o por motivos de fuerza mayor y que se hayan encontrado bajo la supervisión de un médico veterinario.

A continuación de este artículo al que se ha realizado la revisión básica del tipo penal, encontramos un tipo penal que rompe paradigmas que estuvieron prefijados por décadas en nuestra legislación, ya que se tipifica el delito de “Abuso Sexual contra los Animales que forman parte del ámbito de la Fauna Urbana”; por consiguiente, existe una equiparación susceptible de debate dado que se sanciona al abuso sexual en animales, si bien con una pena privativa de libertad mucho menor, que al que se sanciona cuando se realiza a una persona.

Pero que generara en la sociedad una interrogante, en cuanto a que los seres humanos estén al mismo nivel que los animales (existiría equiparación e igualdad entre ambos); aunque haciendo más extensiva esta idea, es que todos estos tipos penales implícitamente buscarían igualar a los seres humanos con los animales; y, es por este motivo, que es preciso marcar delimitaciones y desarrollar estudios investigados que resuelvan dichas interrogantes, ya que la intervención penal está legitimada cuando sea estrictamente necesario para la protección de las personas, como lo establece el artículo 6 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Con esta premisa, el artículo reformado 250 establece que:

La persona que realice actos de carácter sexual contra un animal que integre la fauna urbana respectiva, lo someta a explotación sexual, lo utilice para actos sexuales propios o de terceros; o, lo ponga a disposición de terceros para actos sexuales, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si como consecuencia de esta conducta, se produce la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años. (ASAMBLEA NACIONAL, ARTÍCULO 250, 2019)

Por lo tanto, en la revisión básica podremos apreciar los siguientes elementos dentro de la estructura de este tipo penal:

- Sujeto Activo: “Genérico”.
- Verbo Rector: “Realizar actos de carácter sexual, someter a explotación sexual, utilizar para actos sexuales propios o de terceros, poner a disposición de terceros para actos sexuales”.
- Tipicidad Subjetiva: “Dolosa”.
- Sujeto Pasivo: “Animales que conformen la Fauna Urbana”. Todavía existe duda respecto a este elemento del tipo, ya que, al seguir estando el animal catalogado como cosa, el sujeto pasivo será el “dueño o tenedor del animal”.
- Bien Jurídico Protegido: “INDETERMINADO”.
- Objeto Material: “Animal de la fauna urbana como instrumento o medio sexual”.
- Punición: 6 meses a 1 año de privación de la libertad.
- Tipo Agravado: 1 a 3 años de privación de la libertad.

Si a consecuencia de la comisión de cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal se produce la muerte del animal que forma parte del ámbito de la fauna urbana.

El siguiente delito tipificado dentro de los de acción privada cuando que atentan animales que conforman la fauna urbana, es el que sanciona la muerte en específico del animal, es por lo tanto, que el artículo 250.1 establece:

La persona que mate a un animal que forma parte de la fauna urbana será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si la muerte se produce como resultado de actos de crueldad será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Se impondrá el máximo de la pena si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. Actuando con ensañamiento contra el animal.
2. Suministrando alimentos componentes dañinos o sustancias tóxicas.
3. Si el animal es cachorro, gerente o hembra gestante

4. Cuando la infracción sea cometida por el dueño o tenedor del animal o por quien esté a su cuidado temporal o permanente.

Se exceptúan de esta disposición, las acciones tendientes a poner fin a sufrimientos ocasionados por accidentes graves, enfermedades, consumo; o por motivos de fuerza mayor, bajo la supervisión de un especialista en la materia. (ASAMBLEA NACIONAL, ARTÍCULO 250.1, 2019)

Entorno a la revisión básica, se puede apreciar que los elementos de la estructura del delito que sanciona la muerte de los animales que conforman la fauna urbana, son los siguientes:

- Sujeto Activo: “Genérico”.
- Verbo Rector: “Matar a un animal de la fauna urbana”.
- Tipicidad Subjetiva: “Dolosa”.
- Sujeto Pasivo: “Animales que conformen la Fauna Urbana”. Todavía existe duda respecto a este elemento del tipo, ya que, al seguir estando el animal catalogado como cosa, el sujeto pasivo será el “dueño o tenedor del animal”.
- Bien Jurídico Protegido: “INDETERMINADO”.
- Objeto Material: “El Animal mismo, que conforma la fauna urbana”.
- Punición: 6 meses a 1 año de privación de la libertad.
- Tipo Agravado: 1 a 3 años de privación de la libertad:

Cuando la muerte del animal se produce como consecuencia de actos de crueldad.

La máxima de la pena será impuesta cuando se configure alguna de las siguientes agravantes propias del tipo penal que son:

- Exista ensañamiento al provocar la muerte del animal.
- Se proporcioné alimentos dañinos o con sustancias tóxicas.
- Si el animal al que se produce la muerte es cachorro o hembra gestante.
- Cuando el que produce la muerte del animal es dueño o tenedor del animal, ya sea este último, temporal o definitivo.

- Excepción: cuando la conducta es tendiente a poner fin a sufrimientos que son consecuencia de accidentes graves, enfermedades o dicho animal es destinado al consumo, o por motivos de fuerza mayor, siempre que dicha muerte sea aplicada por un médico especialista en la profesión animal.

En lo que respecta a este tipo penal, es preciso mencionar que al igual que los demás tipos penales a los cuales se realizó la revisión básica previamente, son consecuencia de una defensa para contrarrestar y mitigar en gran medida el maltrato de animales, sin embargo, son muy ambiguos, ya que al no existir una delimitación clara respecto de que animales deben ser entendidos como fauna urbana, en la aplicabilidad práctica ocasionaría problemas.

Dado que en unos casos ejemplificativos, se vería, que al pasar una persona por un espacio público y pisar a un roedor por ejemplo, como una rata o un ratón; o en otro supuesto, pisar con un vehículo un ave como una paloma, sin que se le haya podido ver, donde se generaría la muerte de los animales, los cuales si están dentro de lo prevé el Código Orgánico del Ambiente (COA), la persona deberá ser sancionada con un apena de 6 meses a 1 año de privación de la libertad, lo cual, es completamente absurdo, porque existen normas administrativas que regulan este tipo de conductas sin la necesidad de privar el derecho fundamental de la libertad ambulatoria que gozan todas las personas.

Sin embargo, es preciso hacer mención que a pesar de esta falta delimitación respecto de estos tres tipos penales, existe un delito, que si tiene una delimitación adecuada parcialmente, a mi criterio; y es el que se refiere a la pelea de perros, dado que es un animal que conforma la fauna urbana, encontrándose en la sub-clasificación de animales domésticos, y es por aquello que la penas que se imponen por promover este tipo de prácticas, son adecuadas en cierta forma, ya que complementando a lo mencionado, no existe una protección administrativa al respecto, a más, de que si la hubiera, no va incidir de que las mismas dejen de realizarse; es por tanto, que el artículo 250.2 establece:

La persona que haga participar perros u otros animales de fauna urbana, los entrene, organice, promocióne o programe peleas entre ellos, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Si producto de la pelea se causa mutilación o lesiones permanentes al animal, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

Si producto de la pelea se causa la muerte del animal, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Se exceptúa de esta disposición el caso de espectáculos públicos con animales autorizados mediante consulta popular o aquellos que no tienen como finalidad la muerte del animal, y regulados por los Gobiernos Autónomos municipales y metropolitanos. (ASAMBLEA NACIONAL, ARTÍCULO 250.2, 2019)

En lo que respecta a la revisión básica de este tipo penal, se puede determinar que los elementos de la estructura del delito, son los siguientes:

- Sujeto Activo: “Genérico”.
- Verbo Rector: “Haga participar a perros u otros animales de la fauna urbana, entrene, organice, programe peleas entre ellos”.
- Tipicidad Subjetiva: “Dolosa”.
- Sujeto Pasivo: “Perros y Animales que conformen la Fauna Urbana”. Todavía existe duda respecto a este elemento del tipo, ya que, al seguir estando el animal catalogado como cosa, el sujeto pasivo será el “dueño o tenedor del animal”.
- Bien Jurídico Protegido: “INDETERMINADO”.
- Objeto Material: “Perros y Animales de la fauna urbana”.
- Punición: “2 a 6 meses de privación de la libertad”.
- Tipo Agravado: “6 meses a 1 año de privación de la libertad”:
 - Cuando producto de la pelea se genere mutilaciones o lesiones permanentes.
 - Sin embargo, cuando la muerte sea consecuencia de dicha pelea, la pena privativa de la libertad será de 1 a 3 años de privación de la libertad.

- Excepción: la conducta no será punible, cuando los animales utilizados para espectáculos públicos, hayan sido autorizados mediante consulta popular, o en su defecto, no tengan como finalidad la muerte del animal, y que estén regulados por los Gobiernos Autónomos Municipales o Metropolitanos.

Se mencionó ya, que la delimitación es adecuada parcialmente, ya que la sanción por la pelea de perros es correcta teóricamente; dado que la protección administrativa guarda silencio respecto de este punto exacto, y al ser un animal doméstico de compañía los perros en general, el reproche por promover, programar y entrenar a dichos animales con la final de hacerles pelear, es aún mayor; sin embargo, al mencionar que se sancionaran las peleas de otros animales de la fauna urbana, vuelve a caer en la ambigüedad, ya que no existe una delimitación sobre que animales se entienden pertenecientes a dicha fauna.

Por lo tanto, si bien es un tipo penal que tiene potencial para generar una adecuada protección hacia los animales domésticos, en especial enfocándose animales de compañía como lo son los perros, entendido que en estas reformas se promovió la protección penal, orientada la misma principalmente, por no decir, únicamente hacia los perros y gatos.

Sin embargo, todo lo mencionado pierde su razón de ser, ya que se genera ambigüedad al sancionar peleas entre animales que conforman la fauna urbana; por lo que, en el caso de que una persona haga pelear a dos ratones o roedores, y se ocasione en uno de dichos animales mutilaciones, o se produzca su muerte, la persona que realizó aquella conducta deberá ser sancionado por la pena prevista en el tipo penal, lo cual no tiene ni razón ni lógica.

Y es por todo esto expuesto, que hubiere sido preferible, o mejor dicho, hubiera bastado para sancionar dichas conductas a las cuales se hizo alusión, únicamente reformar las ordenanzas que sancionan dichas conductas, dado que la llamada protección administrativa que se encuentra en dichas ordenanzas, delimita muchos aspectos relevantes. Para poder vencer todos estos puntos tratados, en donde hay grandes falencias, es necesario generar trabajos investigativos, que se basen de acuerdo al entorno de nuestra legislación e

idiosincrasia sobre esta temática, para así evitar que se siga generando ambigüedad en lo que respecta a la protección penal.

Si bien todo lo mencionado tiene sustento y fundamento tanto en la doctrina jurídico penal, así como los principios que rigen esta importantísima rama del Derecho, existe una pregunta en cuanto a esta problemática, que aún no ha sido tocada, y que viene a hacer la piedra angular de todo lo revisado; y es ¿Por qué se tipificaron estas conductas?, entendido, que aún no ha existido un desarrollo investigativo que avale todo lo establecido en Código Orgánico Integral Penal; es por ello, que como respuesta a esta interrogante, aparece como causa mediata, la incidencia de los grupos sociales, que este caso en concreto son los Activistas Animalistas. Y es por lo mismo, que como último tema a tratar dentro de este trabajo, será analizar la incidencia que tuvieron dichos activistas en las reformas otorgadas para la protección de los animales de la fauna urbana del 24 de diciembre de 2019.

3.5. Incidencia del Movimiento Animalista

Para poder entender lo que busca el movimiento Animalista, es preciso mencionar en que consiste los “Movimientos Sociales”, que de acuerdo a Milton Andrés Salazar:

Los movimientos sociales son conjuntos de prácticas de resistencia con cierta permanencia en el tiempo, que articulan diferentes voluntades colectivas y buscan incidir en la distribución y ejercicio del poder, a través de un programa de cambio político y están situados en contextos históricos específicos, y se presentan en diferentes escalas territoriales (locales, regionales, nacionales y globales). (SALAZAR, 2019, pág. 68)

Es por ello, que de esta conceptualización respecto a lo que debe ser entendido por grupos sociales, es que el movimiento animalista tendrá como finalidad a conseguir un cambio político, que en el caso concreto que se analiza, está enfocado en la tutela y protección de los derechos que gozan los animales, es decir, busquen alcanzar una tutela eficaz como adecuada para con los animales; que históricamente siempre han sido puestos en un orden jerárquico inferior que a los seres humanos, que como se ha visto en nuestra legislación son

tratados como “cosas muebles semovientes”. Por lo tanto, a través de los años se ha podido observar, que la lucha por parte de estos grupos sociales ha sido ardua para lograr una adecuada protección por parte del Derecho en general, ya que tienen como fundamento que los animales son “Seres Sintientes”.

Sin embargo, a pesar de haber obtenido estas reformas al Código Orgánico Integral Penal en diciembre del 2019, donde se tipifican algunas conductas como delitos de ejercicio privado, se puede apreciar que dicha lucha por parte de los movimientos animalistas, logro una protección distorsionada e ineficaz, dado que de las diversas normas, que se han analizado, se ha podido desentrañar que la protección está enfocado primordialmente en animales domésticos y de compañía como lo son los perros y gatos.

Pero si bien, solo querían la protección antes detallada, obtuvieron una protección mucho más amplia, que se enfoca en todos los animales de la fauna urbana, lo cual hizo, que los tipos penales sean demasiado ambiguos; y por tanto, hubiera sido preferible una protección enfocada primordialmente en los animales domésticos, lo cual no se dio, porque existe dentro de los propios movimientos animalistas, la denominada “Lucha contra el especismo”, que no es otra cosa, que evitar una segregación de especies animales con otras especies, ya que todas deben ser tratadas por igual, porque ninguna especie es más valiosa que la otra.

Sin embargo, la realidad en la que vivimos, ha demostrado que existen especies de animales a las cuales los seres humanos damos más importancia, y es ahí donde aparecen grupos de animalistas que defienden el denominado “Mascotismo”, que de acuerdo a la autora Anahí Méndez son “Grupos de personas que se enfocan únicamente en la defensa de los derechos de los animales urbanos”(MÉNDEZ, 2020), lo cual, trae consigo un declive en los propios grupos animalistas, ya que desestabiliza las relaciones modernas entre el ser humano y la naturaleza, así como entre ser humano y animales; porque, ahora únicamente se lucha por la defensa de los animales domésticos y de compañía.

Respecto de estas posturas, la cuales difieren y mucho dentro los propios grupos animalistas, Anahí Méndez menciona que:

Vale aclarar que el movimiento animalista tal como se entiende no se identifica con el ideario «mascotista». A diferencia de la visión antiespecista, que puja por la consideración igualitaria de los animales no humanos sin hacer distinción de especies, el «mascotismo» abarca solamente a aquellas personas que se enfocan en la defensa de animales urbanos, las «típicas mascotas» como perros y gatos, sin una ideología que desborde y cuestione las desigualdades de especie. (MÉNDEZ, 2020, pág. 48)

Y aquello no solo se ha suscitado en el Ecuador, sino es un problema a nivel mundial, que sin embargo, países Europeos, como por ejemplo España han ido superando con reformas, que van desde la descosificación, hasta la determinación a los animales como “Seres sintientes”, con una adecuada delimitación respecto a que animales se deberá otorgar una mayor protección, como lo son los domésticos de compañía, sin dejar de resguardar a los demás animales bravíos y silvestres, los cuales también gozan una protección diferente. Pero sobre todo se observa que no buscan únicamente en proteger a los animales denominadas mascotas.

Es por aquello que nuestro país, en busca de encontrar una protección óptima para los animales ha logrado alcanzar la tipificación de los nuevos delitos en las reformas últimas al Código Orgánico Integral Penal (COIP), sin embargo, se debe ser enfático que dicha protección se quería únicamente respecto de las denominadas “Mascotas”, pero al contrario, de lo que querían consiguieron una regulación y protección más amplia, que incluso no ha podido ser superada por países mucho más avanzados en esta temática.

Es por lo mismo, que es necesario, entrar a analizar muy sucintamente las tres corrientes que determinan las identidades colectivas de los activistas, para solo así, intentar establecer ,cuál fue la corriente que más incidió en mayor medida en las reformas que trajeron consigo esta tipificación como delitos de ejercicio privado contra los animales que conforman la Fauna Urbana.

3.5.1. Corriente Liberacionista o utilitarista

Esta corriente de pensamiento tiene como fundamento el “Sentir del Animal”, ya, que lo que buscan es evitar el sufrimiento de los mismos, es por esto, que la autora Anahí Méndez establece que:

Esta corriente plantea que los límites de las consideraciones morales coinciden con la capacidad de sentir. Si los animales son capaces de sentir, obviamente les interesa evitar el sufrimiento. Se señala que las únicas características importantes son la capacidad de experimentar dolor y placer y la capacidad de desear. Aunque con diferencias entre sí y discrepancias entre sus planteos, los referentes de esta corriente son Peter Singer, Paola Cavalieri, Daniel Dombrowski y Tzechi Zamir. (MÉNDEZ, 2020)

Como se ha podido explicar precedentemente, se establece, que en las legislaciones que han sido objeto de análisis, se ha determinado que esta corriente ha tenido una gran acogida, dado que en base de las reformas que han realizado, han determinado que el bien jurídico protegido sea la “Sintiencia” de los animales en general; y esto es la consecuencia de la gran influencia entre las consideraciones de carácter moral que tienen las personas para con los animales, sin embargo, dicho sentir únicamente se ha podido establecer respecto de una clasificación entre todos los animales, y estos son los domésticos de compañía, o mejor dicho, con las mascotas, que en lo general son perros y gatos, los cuales, conviven con los seres humanos generando vínculos fuertes de consideración los unos con los otros.

3.5.2. Corriente Bienestarista

La corriente denominada bienestarista tiene como fundamento el trato que debe tener los seres humanos hacia los animales, dado que busca, que dichos tratos se han mas humanos, y por lo tanto menos crueles, que muchas de las veces se presentan; por consiguiente, si se tiene que generar la muerte de cualquier animal, la misma tiene que ser indolora, utilizando medios o mecanismos adecuados, que garanticen que esto no suceda, es por lo mismo que:

Bajo esta perspectiva, es moralmente aceptable para los seres humanos poseer y utilizar animales como alimento o para la experimentación,

vestimenta y entretenimiento, siempre y cuando el sufrimiento innecesario sea evitado. Dicho de otro modo, el bienestarismo busca proteger a los animales no humanos del sufrimiento innecesario, pero no pretende eximirlos de la explotación. La referente más destacada de esta corriente es Mary Temple Grandin. (MÉNDEZ, 2020)

Entorno a esta corriente, se puede resaltar, que los animales si pueden ser utilizados para fines de alimento, vestimenta e incluso para la experimentación en distintas áreas del conocimiento, siempre que no se genere sufrimiento a los animales; y la razón de ser, de lo mencionado, es que hay un interés superior, que en el caso concreto será satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos, pero respetando y aplicando mecanismos apropiados para que los animales usados en dichas finalidades no sufran de ninguna forma.

Sin embargo, respecto de esta corriente hay discrepancias entre los colectivos que conforman estos grupos de animalistas, ya que al poseer y hacer uso de los animales con finalidades de experimentación, o cuando se usan en espectáculos públicos, se plantea que generara un sufrimiento, el que no es únicamente físico sino también psicológico, lo cual, es vendría hacer contraria a lo que esta corriente plantea y busca, ya que se distorsiona completamente la finalidad de que las personas realicen tratos más humanos para con los animales, porque existirían actividades donde se han de aplicar tratos crueles para con los animales, cuando son, por ejemplo, objeto de experimentación, o de adiestramiento cuando son partes de un espectáculo público.

3.5.3. Corriente Abolicionista

De todas las corrientes ideológicas que existen respecto del fundamento de la protección animal, se podría mencionar que esta es la más radical, misma que en los últimos años ha tenido gran acogida y respaldo, especialmente por colectivos que manifiestan que los animales no deberían cumplir finalidades humanas, ya que son especies independientes de las necesidades de los seres humanos cuando estas requieren del sufrimiento de los animales para alcanzar sus fines, entendidas a estas como vestimenta y alimentación; respecto de esta corriente se puede manifestar que:

Se trata de un planteamiento según el cual los animales no fueron creados para fines humanos, por lo que no deben ser pensados como propiedades de otros para ser utilizados o explotados; siendo la corriente que más promueve el veganismo y la educación de la sociedad para que no consuma ni demande ningún producto cuya elaboración se base en la explotación o muerte de animales. (MÉNDEZ, 2020)

Respecto de esta corriente, se ha de manifestar que el fundamento central de la corriente abolicionista radica en que ningún especie animal puede ser tratada como propiedad de otra, es decir, que ninguna especie esta para servirle a la otra especie en nada; entendido, que todo ser sintiente como lo son los animales podrían ser vistos como medios para alcanzar finalidades de la especie Humana, es por tanto que “Esta corriente se posiciona en un punto de partida crítico con respecto a las dos anteriores, puesto que ambas ponen el acento en el sufrimiento más que en la vida y la libertad de los animales no humanos”(Méndez, 2020).

3.5.4.Movimiento Animalista en el Ecuador

Respecto del movimiento animalista en nuestro país, se puede manifestar que sigue la corriente bienestarista, y esto es debido, a que los animales son usados para satisfacer necesidades básicas de los seres humanos siempre y cuando se precautele no causar sufrimiento innecesario, es por esto, que cuando el animal va hacer destinado para la alimentación o la vestimenta, su muerte ha de ser digna, utilizado procedimientos en los cuales el animal no sufra. Es por todo esto, que sostengo nuestra legislación sigue la corriente bienestarista, ya que, permite incluso el uso de animales en espectáculos públicos, siempre y cuando no se cause la muerte o lesiones permanentes al animal, y que dichas actividades sean reguladas por los GADs Cantonales o Metropolitanos.

Lo mencionado tiene fundamento en diversas normas que las encontramos tanto el Código Orgánico del Ambiente, así como en Ordenanzas para el Manejo y cuidado de los animales que conforman la fauna urbana, que ya han sido objeto de análisis, donde se hace mención que los animales tienen protección a excepción de los animales destinados al alimento o vestimenta, siempre y cuando no se usen mecanismos crueles e inhumanos para dar su muerte, ya que ante dicha situación serán sancionadas las personas con multas

económicas; sin embargo, los movimientos animalistas si bien han alcanzado este tipo de protección, han seguido reclamando que la protección no es adecuada, y por eso, que han promovido, que se sancionen penalmente infracciones que atenten contra ciertos animales que pertenecen a la fauna urbana.

3.5.4.1. Antecedente previo a las Reformas: Ley Orgánica de Bienestar Animal

Un movimiento animalista que se apega a la corriente bienestarista, denominado “Protección Animal Ecuador, o PAE, se fundó en 1984, convirtiéndose en la primera organización civil animalista del país, motivando a los cientos de organizaciones animalistas que hoy en día existen” (CABRERA CRUZ, 2015), logro promover en el año 2017 conjuntamente con otros movimientos como PETA y ARCA, entre otros, la “Ley Orgánica de Bienestar Animal” que fue introducida en el Código Orgánico del Ambiente, donde se busca otorgar en gran medida una protección adecuada para los animales.

Respecto de esta ley, se puede hacer referencia en palabras de Sánchez Luzardo quien cita a Pedro Bermeo:

...Que la necesidad de creación de una ley animalista siempre fue necesaria, debido a que diferentes maneras de hacer activismo animalista como el rescatismo, el cual representa muchos recursos humanos y económicos no iba jamás a poder dar resultados a largo plazo; por lo cual fue necesario interactuar con el sector público para resolver el maltrato animal con la ayuda de un marco regulatorio. (SÁNCHEZ LUZARDO, 2017)

Añade además respecto de este tema, que “El Colectivo LOBA no es una agrupación legalmente constituida, pero es una plataforma de organizaciones legalmente constituidas, quienes son lideradas por sus tres mayores organizaciones: PAE, Libera y Rescate Animal”(SÁNCHEZ LUZARDO, 2017), quienes fueron las que han promovido en los últimos años las reformas alcanzadas a nivel de protección de los animales, primero consiguiendo la inclusión en el Código Orgánico del Ambiente la ley que se está haciendo mención.

Donde al incluir la Ley Orgánica de Bienestar Animal, en un solo cuerpo normativo como lo es el Código Orgánico del Ambiente (COA), se tuvo que

hacer bastantes consensos entre varios movimientos animalistas, ya que cada uno de estos grupos tienen su propia corriente de pensamiento, a las cuales ya se ha hecho mención, debiendo mencionar respecto de esto que:

Debido a la amplitud de criterio sobre activismo animalista, la gama de opiniones y de objetivos era grande dentro de la organización, porque dentro del Colectivo “LOBA” había organizaciones rescatistas, que protegían monos de selva, veganas, radicales; es decir una diversidad de criterios que dificultaron la redacción de un documento escrito, y se vieron obligados a encontrar muchos consensos internos. (SÁNCHEZ LUZARDO, 2017)

Si bien se consiguieron consensos internos, partiendo de que cada movimiento tuvo que ceder ciertos objetivos, que se plantearon como grupo animalista cuando los conformaron, dichos consensos, ocasionaron que al momento de la redacción normativa se genere ambigüedad, ya que intentaron abarcar la mayor cantidad de especies de animales en la protección que brinda el Código Orgánico del Ambiente; desentrañando la verdadera y la causa principal, de la falta de razón a la hora de delimitar los animales que conforman la fauna urbana.

Sin embargo, a pesar de este precedente, en el año 2019 en busca de alcanzar mayor protección animal dado que “Los derechos animales han sido históricamente ignorados en la contienda política tradicional”(SÁNCHEZ LUZARDO, 2017), se logró, que se tipifiquen como delitos de ejercicio privado de la acción cuatro conductas a las cuales ya se hicieron alusión, mismas que fueron aprovechados por grupos políticos, donde presentaron al pleno de la Asamblea Nacional, el Proyecto de Ley promovido por PAE, Libera y Rescate Animal, consiguiendo alcanzar las reformas del 24 de diciembre del 2019.

Las cuales si bien buscan proteger la titularidad otorgada en la Constitución del 2008 hacia la Naturaleza, no se logrado conseguir una protección adecuada, debido a la demora en el desarrollo infra constitucional, lo cual motiva a realizar diversas reformas a leyes tanto Orgánicas como Ordinarias, así como a reglamentos y ordenanzas, para así conseguir una protección adecuada, eficaz y eficiente; donde de todo lo analizado en el presente

trabajo, se ha dejado al descubierto, que no se han agotado otros mecanismos extrapenales, a más de que la protección Administrativa esta mejor descrita en la normativa analizada, por lo cual, responder a problemáticas sociales que bordean en este casos la protección animal, a través de una técnica legislativa, acarrea que la protección penal, así como el Derecho Penal sea utilizado solo para fines e interés individuales y políticos, consiguiendo de aquello, unos tipos penales “Simbólico”.

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- De todo el trabajo investigativo realizado, se puede establecer que el Derecho Penal Simbólico es un fenómeno expansionista, que llegó para quedarse, que si bien doctrinariamente no ha sido tratado a profundidad, se puede apreciar que cada vez tienen más cabida en nuestra legislación, ya que los tipos penales que se ven inmersos en dicho fenómeno, solo generan o envían mensajes éticos como valorativos, los cuales generan una “Simbología” respecto del problema, y es más, hacen que el problema se agrande cada día más, dado que la solución no es encontrada aun para dichos problemas.
- El medio eficaz para que el Derecho Penal Simbólico surja y se propague, es el denominado Populismo Penal, el cual tiene dos partes, la primera conformada por colectivos que reclaman atención y protección para los derechos que ellos consideran que no gozan de una igualdad material, mismos que se encuentran representados por un líder, que en base de su discurso llama la atención de la otra parte, que son los políticos, los cuales por otorgar atención a dichas reclamaciones, otorga a través de tipos penales la protección que buscan los primeros, pero lo hacen a cambio de votos, de manera que más responden los tipos penales como reformas a interés individuales de esta segunda parte del Populismo penal.
- El populismo penal se aprovecha del miedo y el temor infundidos en las personas, dado que existe un problema que para la generalidad de la sociedad civil únicamente será solucionable a través del Derecho Penal, por el prestigio que goza esta rama del Derecho; lo cual no debería ser así, ya que se debe agotar todos los mecanismos extrapenales para así respetar el Principio de Intervención Penal Mínimo, y así todos los caracteres que conforman a dicho principio, ya que en caso contrario existiría un exceso de punitividad, lo que traería consigo que las actividades que puedan realizar las personas se hallen limitadas en su mayoría.
- Los medios de comunicación tanto públicos como privados, son un punto clave para que se creen nuevos tipos penales, así como otros que ya están tipificados

sean reformados, y por lo tanto sus penas sean endurecidas; dado que en su afán de captar más seguidores, generan que ciertas conductas se vuelvan sensacionalistas, consiguiendo de aquello, un completo rechazo por parte de la ciudadanía a dichas actuaciones, lo cual, conlleva que a la rama penal se halle saturada de muchos tipos penales que son inaplicables a la hora de que estos se configuran, ya que en muchos de los casos no cumplen con los elementos estructurales del delito.

- Los nuevos delitos contra los animales que conforman la Fauna Urbana no vienen a cumplir con los fines de la pena, fundamentándose en la Teoría Relativa; ya que tanto desde la óptica de la prevención general como especial, en sus dos variables positiva como negativa, no logran disuadir a los miembros de la sociedad, y esto sucede porque los nuevos tipos penales no han sido analizados conforme a la doctrina y dogmática jurídico penal actualmente existente, lo que genera problemas tanto en su parte sustantiva como adjetiva.
- La voluntariedad de la Víctima o Perjudicado en el ejercicio privado de la Acción, es una causal de que se genere impunidad cuando la acción no es planteada, por consiguiente una causa de que los delitos de ejercicio privado se sigan perpetrando, ya que si bien la intensidad en la afectación al orden social es inferior que en un delito de ejercicio público, esto no significa que se deban dejar pasar como si nada; ya que la tipificación de una conducta como delictual tiene como fin último resguardar al Bien Jurídico Protegido recogido por dicho tipo penal.
- Las aplicación de figuras procesales tales como el “Abandono”, “Desistimiento” así como la declaración de “Desierta” a la querrela, como quedan a discrecionalidad del querellante, conllevan a que la protección como disuasión de la conducta sancionada no sean efectivas; generando que los derechos que se otorgan a la naturaleza no sean tutelados adecuadamente, ya que por la aplicación de las figuras mencionadas, el mensaje disuasorio no será percibido adecuadamente por las personas, ya que en muy pocos casos se llegara a una resolución o sentencia que determine la aplicación de una pena privativa de la libertad, misma que en caso de darse, si infundirá temor y arraigo a lo que busca el tipo penal; que no es el caso de estos nuevos tipos penales vigentes desde el 21 de junio del 2020.

- La conciliación, al igual que otras figuras procesales que permite el COIP, es un mecanismo de solución de conflictos muy adecuada en todas las ramas del Derecho, y por lo mismo también en el Derecho Penal; y dado, que muchos de los infractores van a poder acogerse a esta forma de solución de conflictos, entendido que el mensaje preventivo no está cumpliendo su finalidad; se puede establecer que dicho mensaje es el mismo que envía la protección Administrativa, en donde también podrá acogerse a dicha conciliación.
- Los elementos estructurales de los nuevos tipos penales que sancionan aquellas conductas contra los animales que conforman la fauna urbana, tienen una pésima delimitación respecto del bien jurídico protegido; ya que generan una confusión, y esto surge, porque, se les sigue tratando a los animales como cosas, y no como lo que verdaderamente son “Seres Sintientes”, capaces de generar sentimientos y emociones; y dada esta falta de delimitación, conlleva incluso a pensar que estos delitos deban estar inmersos en la categoría de “Delitos que atentan el Patrimonio”; ya que se sigue pensando que el animal es una cosa u objeto, y cuando se le es transgredido al animal, se piensa que hay una afectación de índole patrimonial únicamente.
- De nuestra Constitución de la Republica actualmente vigente, se desprende, que la titularidad otorgada a la Naturaleza es un avance que es necesario resaltar; sin embargo, se necesita que otros cuerpos normativos se adapten a lo que prevé la Constitución, ya que con aquello, se conseguiría evitar ambigüedad e incertidumbre, como la que se puede observar en nuestro Código Civil, que sigue tratando a los animales como cosas semovientes, y no como, lo que realmente son Titulares de Derechos.
- La descosificación que solicitan muchos activistas entorno a que los animales dejen de ser tratados como cosas, trae consigo, una incertidumbre, aún sin resolver, incluso por legislaciones avanzadas en la temática, como lo son las de Colombia y España; ya que buscan descosificar solo a una parte integrante de la Fauna Urbana, como los son perros, gatos y demás animales de compañía sin tomar en consideración a la demás Fauna, trayendo consigo un orden prelación en donde unos animales están por encima de otros.
- La falta de delimitación respecto de que animales son los que conforman la fauna urbana, se puede establecer como abismal, ya que permite a un sin número de

especies del reino animal, que estén inmersas en esta clasificación; y esto sucede, por la falta y errónea técnica legislativa a la hora de redactar la descripción normativa del tipo, que viene hacer una consecuencia directa de la descripción que nos otorga el Código Orgánico del Ambiente, donde se incurre por primera vez en dicho error; lo cual, también ha sido recogido por otras disposiciones de menor jerarquía como las Ordenanzas que promulgan cada cantón del país.

- Las legislaciones de Colombia, así como de España, han generado precedentes respecto a la delimitación, en cuanto a los animales que merecen ser protegidos del maltrato animal, todo en base a reformas que gozan de una técnica legislativa adecuada, y que se recoge en los cuerpos normativos de dichos países, donde se establece plenamente los elementos estructurales de los tipos penales conforme a la dogmática jurídico penal.
- En los delitos estudiados y analizados en este trabajo, se pudo apreciar que existe una confusión, que se da, porque no se puede establecer adecuadamente, si es que los animales son sujetos pasivos de las infracciones que se sancionan, o en su defecto, son el objeto material donde recae la infracción; adquiriendo la calidad de sujeto pasivo el dueño del animal, ya que se piensa, que se le ha causado un daño de índole patrimonial al dueño de la mascota por los sucesos que han acontecido en contra del animal. Entendido que al ser tratado al animal como una cosa, y ser este, perteneciente a una persona, estos tipos penales deberían estar en el capítulo segundo, sección novena, que se refiere a los delitos contra el derecho a la propiedad, dado que se afecta la esfera patrimonial del dueño del animal, por el daño que se ocasiona al mismo.
- El Bien Jurídico Protegido en los delitos contra el maltrato animal, es la “Sintiencia” de los animales; sin embargo, dicho sentir únicamente se genera en aquellos animales que tengan un sistema nervioso central, que únicamente los animales mamíferos, lo cual, conlleva a que los demás animales no se aptos de percibir ningún tipo de estímulo que genere dicho sentir, dejando fuera de la protección a dichos animales, ya que no aptos de generar emociones.
- La rama del Derecho Administrativo tienen plena eficacia, en cuanto a su protección hacia los animales domésticos o de compañía; lo cual, si bien genera distinción entre los animales, otorgando una mayor relevancia a unas clases de animales sobre otras, logra delimitar perfectamente a que animales se protegen

en sí, estableciendo un claro margen de aplicabilidad de las sanciones (mismas están divididas de acuerdo al margen de reprochabilidad de la conducta que las provoca) que prevé, y las cuales, se materializarán mediante un proceso sancionatorio, donde se conseguirá tanto la reparación al tenedor del animal, como una tutela judicial adecuada para los derechos reconocidos hacia los animales.

- Las contravenciones que se encuentran en el reformado Código Orgánico Integral Penal (COIP), son las mismas infracciones que se hayan en distintas Ordenanzas emitidas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, donde incluso hay una mejor delimitación respecto a que animales se protegen, conductas que se sancionan, y las sanciones en sí, son mucho más correctas.
- De los cuatro nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales que conforma la fauna urbana, el único de los delitos que tiene potencial para estar abarcado por la protección penal, es el referente a la pelea de perros, dado que la protección Administrativa omite en las Ordenanzas del país dicha infracción, a más, de que la conducta, que la genera es demasadamente reprochable, ya que los caninos son una parte importante del día a día de muchas de las personas que componen la sociedad; sin embargo, debido a la ambigüedad entorno a peleas de los demás animales que conforman la fauna urbana, respecto de ellos no existirá aplicabilidad en la práctica.
- Los grupos animalistas que se encuentran en nuestro país, se fundamentan en la corriente “Bienestarista”, dado que quieren proteger a los animales, sin caer en la exageración, de que no sean usados con fines de vestimenta o alimentación para el Ser Humano; es por lo mismo, que en las reclamaciones que realizan al legislador, buscan una protección enfocada únicamente en los animales domésticos o de compañía, que se les denomina “Mascotas”, lo que ocasiona, que se genere una distinción entre los propios animales, ya se da más importancia a unos que a otros.
- La Ley Orgánica de Bienestar Animal (LOBA), fue un gran avance en todo lo que respecta a la protección animal, ya que, para integrarla en el Código Orgánico del Ambiente se necesitaron de varios concesos entre los grupos animalistas, en donde, cada uno de dichos grupos cedieron algunos de sus objetivos planteados respecto de su ideología; sin embargo, debido a esos

consensos, y dado, el fin conseguido, trajo una ambigüedad a la hora de la proteger a los animales, ya que, se intentó no dejar fuera a un sinnúmero de animales, lo que ocasiona que se afecte su protección y tutela.

Como conclusión de todo este trabajo llevado a cabo, puedo sostener que estos nuevos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales de la Fauna Urbana, están inmersos dentro del denominado Derecho Penal Simbólico, ya que tanto en su parte sustantiva, se encuentran falencias muy graves, las cuales son que no se tenga un Bien Jurídico Protegido establecido; así como que exista una confusión respecto de quien puede ser el sujeto pasivo del Delito, pudiendo ser el animal mismo, o en su defecto, el dueño o tenedor del animal, dado que nuestra ley le sigue tratando como cosa mueble semoviente, ya que este puede moverse por sus propias fuerzas; todo esto, conjuntamente que no hay una delimitación adecuada respecto de que animales son a los que se está protegiendo acarrea que la técnica legislativa utilizada en esta tipificación no sea la correcta.

Estos nuevos delitos de ejercicio privado, permite en el caso de haber incurrido en dichas infracciones, aplicar varias figuras procesales reconocidas en nuestro cuerpo normativo, entre las cuales están “Abandono”, “Desistimiento” y la “Conciliación”, de manera, que el mensaje disuasorio al resto de la ciudadanía no es tan eficiente, ya que al estar una persona inmersa en aquel procedimiento que prevé el Código Orgánico Integral Penal para el ejercicio privado de la acción, y al poder, de cierta forma evitar el cumplimiento de una pena, no es adecuado el mensaje para el no cometimiento de estas conductas, por parte del resto de personas que conforman la sociedad.

Es por todo esto, que únicamente estos nuevos delitos contra los animales de la fauna urbana, únicamente cumplen fines meramente simbólicos, ya que envían mensaje valorativos y morales, lo cuales, únicamente inciden en personas que se encuentran enraizados a sus valores básicos, los cuales, hayan sido formados desde niño y adolescente, que es donde una persona forma la personalidad que lo guiará toda su vida.

Por último, es preciso mencionar que estos delitos caen en el Derecho Penal Simbólico, dado la incidencia de grupos animalistas, que en busca de protección para ciertos animales como lo son las “Mascotas”, lo cual, fue aprovechado por ciertos

legisladores, que elevaron a proyecto de ley estos reclamos y solicitudes, cayendo en todo lo ya mencionada; y es to es consecuencia directa del mecanismo más eficaz del Derecho Penal Simbólico, que es el Populismo Penal, dado que únicamente se otorgó la protección penal únicamente con el afán de conseguir adeptos, y de esta forma votos, es decir, a cambio de interés políticos e individuales. Es por tanto, que por ahora la protección adecuada para proteger y resguardar a los animales es la Administrativa, por delimita de una mejor forma tanto las infracciones como sus sanciones, y establece a que animales se dirige la protección.

RECOMENDACIONES

Se recomienda una mejor técnica legislativa entorno a la protección penal que se confiere a los animales, dado que los nuevos tipos penales que establece el Código Orgánico Integral Penal, adolecen de graves errores, los cuales de forma inmediata deben ser subsanados, para que con ello, dichos delitos pueden tener y gozar de una aplicabilidad práctica.

Se recomienda, que ante la eventual reforma de estos delitos de ejercicio privado de la acción contra los animales de la fauna urbana, se realice apegado a los principios rectores del Derecho Penal, especialmente al principio de mínima intervención penal, dado que el mismo es de “Ultima Ratio”, que se traduce, que únicamente la protección penal está legitimada cuando los demás mecanismos hayan fracasado en su objetivo de protección, o cuando estos no sean adecuados para proteger a los Bienes Jurídicos reconocidos por nuestra Constitución de la República del Ecuador.

Así mismo se recomienda, una adaptación en base a reformas de los cuerpos normativos, como lo son, tanto el Código Civil Ecuatoriano que sigue tratando a los animales como “cosas”, mismos que no lo son, ya que son “Seres Sintientes” capaces de generar y sentir dolor, deseo como placer. Así mismo es necesario reformar el Código Orgánico del Ambiente, ya que genera falta de delimitación y ambigüedad, a la hora de establecer que animales deben ser considerados pertenecientes a la fauna urbana, porque abarcan a un sin número de animales tanto Silvestres y Bravíos, domesticados, domésticos y de compañía, entre otros.

Por último, se recomienda mayor sociabilización en temas relacionados al trato hacia los animales, para lograr generar conciencia social en las personas, y así bajar los índices de Maltrato Animal, para que con aquello, exista armonía y una correcta interrelación entre los seres humanos y los animales; ya que estos últimos cumplen y satisfacen muchas necesidades, así como finalidades de las personas en general.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, M. A. (2006). *Doctrina* (Vol. 15).
- Álamo, M. A. (2009). BIEN JURÍDICO PENAL: MÁS ALLÁ DEL CONSTITUCIONALISMO. *ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLOGICOS*, XXIX, 61–105.
- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teorico Practico De derecho Procesal, Civil Y Comercial* (2a ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Asamblea Nacional de la Republica del Ecuador a. (2008). Constitución del ecuador. *Registro Oficial*, 449, 1–132. Retrieved from http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial - Ógano del Gobierno del Ecuador*. Retrieved from <https://www.mendeley.com/import/>
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, C. (2017). Código Organico Del Ambiente. *Registro Oficial Suplemento 983*, 1–92. Retrieved from http://gobiernoabierto.quito.gob.ec/Archivos/Transparencia/2017/07julio/A2/A NEXOS/PROCU_CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO.pdf
- ASAMBLEA NACIONAL, E. (2019). Ley Orgánica Reformatoria Al Código Orgánico Integral Penal. *Asamble Nacional Del Ecuador*. Retrieved from <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes-aprobadas=All&title=&fecha=>
- BARRATA, A. (1995). *Funciones instrumentales y simbolicas del Derecho Penal: Una Discusion en la Perspectiva de la Criminologia Critica*. en AA.VV "Pena y Estado". Santiago de Chile: Editorial Juridica ConoSur.
- BORJA JIMENEZ, E. (29 de Octubre de 2012). Apuntes Master De Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. *Interculturalidad y Derecho Penal*. Sevilla, España.
- CABRERA CRUZ, A. (2015). *Movimiento animalista en Ecuador: analisis de la deficiencia del aparato legislativo de crear politicas publicas de bienestar animal*. Quito: USFQ.
- CESANO, J. D. (2004). *La politica criminal y la emergencia. (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. *Derecho Penal Contemporaneo*. Cordoba: Editorial Mediterranea. Serie Azul.
- Cid Moliné, J. (2005). La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (15), 223–239.
- CODIGO CIVIL. (2015). Congreso Nacional Comision De Legislacion Y Codificacion, (0110), 430. Retrieved from

- <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal, C. (2014). Código Orgánico Integral Penal- Ley 0. *Asamblea Nacional*, 144.
- Congreso de la Republica. (2000). Ley 599 de 2000. *Diario Oficial de La República de Colombia*, (Nº 44.097, 24 de julio), p, 1-99. Retrieved from https://www.unodc.org/res/cld/legislation/can/codigo-penal_html/Codigo_Penal.pdf
- Consejo Cantonal, C. (2016). ORDENANZA PARA EL CONTROL Y MANEJO DE LA FAUNA URBANA Y LA PROTECCIÓN DE ANIMALES DOMÉSTICOS DE COMPAÑÍA DEL CANTÓN CUENCA. Registro Oficial, Gaceta Municipal y en el Dominio web de la institución.
- Constitución de la Republica de 1998, E. (1998). Constitución 1998, 1998(000), 94. Retrieved from <https://bit.ly/2wZli7R>
- Corte Nacional de Justicia, E. (2015). Corte Nacional de Justicia. *Journal of Chemical Information and Modeling*, 53(9), 1689–1699. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- COUTURE, E. J. (1997). *Fundamentod Del Derecho Procesal Civil* (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: DePalma.
- Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(103), 63–97. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2002.103.3703>
- Espinosa, F. J. A. (1999). Anales de derecho. *Anales de Derecho*, 17, 9–26. Retrieved from <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81101>
- ESTEVEZ REYES, D. (2017). *Los Animales Domesticos, de Compañia y la Proteccion Juridica. Repositorio Institucional*. Universidad Regional Autonoma de los Andes. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Fernandez Ruiz, J. M. (2006). "DERECHO PENAL SIMBÓLICO , FUNDAMENTOS Y PROYECCIONES ". *Universidad de Chile, Escuela de Derecho*. Universidad de Chile, Escuela de Derecho.
- GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. (2000). Introduccion al Derecho Penal. En A. Garcia-Pablos de Molina, *Introduccion al Derecho Penal* (pág. 690). Madrid: Universidad Computense de Madrid.
- GARCIA SOLE, M. (2010). El delito de maltrato a los animales, El maltrato legislativo a su Proteccion. *Revista de Bioetica y Derecho*(18), 6.
- García Solé, M. (2015). El Delito Del Maltrato a Los Animales. *Bioética Y Derecho*, 0(0), 10.
- GARCÍA SOLÉ, M. (2015). El Delito de maltrato a los Animales, (18), 43–53.
- GARCIA, J. (2012). *La Suspensión de la Ejecución y Sustitución de las Penas*. Madrid, España: Dykinson, S.I.
- GIMÉNEZ-CANDELA, M. (2017). La Descosificación De Los Animales. *Revista*

Eletrônica Do Curso de Direito Da UFSM, 12(1), 298.
<https://doi.org/10.5902/1981369426664>

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2003). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. 3 de la Biblioteca Clasicos del derecho penal). Oxford: Oxford University Press, 1999.

Hassemer, W. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, 1, 23–36.

Illanes, F. (2010). La Acción Procesal. *CED*, 10. Retrieved from <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/accpro.html%0Ahttp://ermoquisbertr.tripod.com/pdfs/accpro.pdf>

Izurietta Sarco, M. A. (2015). *Protección a la fauna urbana en relación al respeto de los derechos de los animales , en la parroquia La Magdalena del Distrito Metropolitano de Quito , contemplada en la Ordenanza Municipal No. 048. Año 2013 – 2014*. Universidad Central del Ecuador. Retrieved from <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5945/1/T-UCE-0013-Ab-112.pdf>

Jaurrieta Ortega, I. (2019). El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal. *Revista de Derecho de La UNED (RDUNED)*, (24), 181. <https://doi.org/10.5944/rduned.24.2019.25432>

Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, (86), 187–211.

Londoño Jimenez, H. (1977). La prevención especial en la teoría de la pena. *Nuevo Foro Penal*, 12(24), 151–186.

LÓPEZ CEDEÑO, J. A. (24 de Octubre de 2012). LOS DELITOS DE ACCION PRIVADA. *Revista Judicial, Diario La Hora*.

Martinez, M. (2008). Populismo punitivo, mayorías y víctimas. *Article*, 2, 183–199.

Martos Nuñez, J. A. (1977). El principio de intervención penal mínima (Vol. 1, pp. 99–134). Sevilla.

Méndez, A. (2020). América Latina : movimiento animalista y luchas contra el especismo.

MESA GARCIA, S. P. (2013). *ARGUMENTACION EN TORNO AL CONCEPTO ‘LO VIVO’: DISCUSIONES SOBRE EL MALTRATO ANIMAL COMO ASUNTO SOCIOCIENTÍFICO*. Universidad de Antioquia.

Migliardi, M. D. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de Derecho*, 29(1), 275–295. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502016000100013>

Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, C. electrónicos. (2019). *Código Penal y legislación complementaria. Código Penal BOE*. Retrieved from https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&tipo=C&modo=2

Morselli, E. (1993). Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría

- de la pena. *Crónicas Extranjeras*.
- MUÑOZ CONDE, F. (1993). *Derecho Penal General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2001). *Introduccion al Derecho Penal (2a ed.)* (segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- POLAINO NAVARRTE, M. (2012). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos científicos del Derecho penal. Tomo I. 6ta Edicion*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Politoff, S. (1998). Fines de la Pena y Racionalidad de su Imposicion. *Ius Et Praxis*, 4.
- Pratt, J., & Miao, M. (2017). Populismo penal: el fin de la razón, 9, 33–105.
- POZO MONTESDEOCA, C. (2006). *Práctica del Proceso Penal*. Quito : Abya-Yala.
- RAMIREZ LONDOÑO, M. S. (2020). *Implementacion de la Ley 1774 del 2016 sobre la proteccion juridica de los animales como seres sintientes*. Corporacion Universitaria Lasallista.
- Rodríguez Moreno, F. A. (2013). *DERECHO PENAL LEGISLATIVO - LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL SIMBOLICO*. Universidad de Sevilla.
- ROXIN, C. (2008). La teoria del Delito en la Discusion Actual. *Journal of Chemical Information and Modeling*, 53(9), 287. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- RUIZ BUITRAGO, J. D. (2016). La nueva Ley de maltrato animal y la responsabilidad del médico veterinario. *Revista CES Medicina Veterinaria y Zootecnia*, 11(1), 6–7. <https://doi.org/10.21615/3813>
- Salas Beteta, C. (2007). Principio De Oportunidad : Conciliación En El Ámbito Penal. *Revista Internauta de Practica Juridica*, 27398, 1–15. Retrieved from https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-12.pdf
- Salazar, M. A. (2019). Activismo pragmático: animalismo y políticas públicas. *Reflexión Política*, 21(41), 65–79. <https://doi.org/10.29375/01240781.3283>
- SENADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, L. 1. (06 de Enero de 2016). Ley 1774. Bogota, Colombia: Registro Oficial .
- Sanchez Luzardo, A. R. (2017). *No Title□□□□□. Participacion Ciudadana en Ecuador. Caso Ley Organica de Bienestar Animal*. UDLA. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.51.6.1173>
- SIERRA VASQUEZ, M. A. (2012). *CIUDAD Y FAUNA URBANA. UN ESTUDIO DE CASO ORIENTADO AL RECONOCIMIENTO DE LA RELACION HOMBRE, FAUNA Y HABITAT URBANO EN MEDELLIN*. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellin.
- SILVA SANCHEZ, J. M. (2002). *Aproximacion al derecho penal contemporaneo*. Montevideo, Uruguay: Bosch.
- Silva Sanchez, J. M. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho “real.” *InDret*, 182.

- Uribe Barrera, J. P. (2013). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal*, 8(78), 70–106. Retrieved from <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1901>
- VALDIVIESO VINTIMILLA, S. B. (2008). *Indice Analitico y Explicativo delCodigo de Procedimiento Penal Ecuatoriano*. Quito : Ediciones Carpoli.
- Velandia Montes, R. (2016). *Penal 16*.
- WESSELS, J. (1980). *Derecho Penal. Parte General* (Traduccion de la 6ta edicion alemana de 1976 por el Dr. CONRADO A. FINZI ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depima.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). Manual De Derecho Penal. *Ediar, Buenos Aires*, 2, 378. Retrieved from https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40238589/Zaffaroni-2006-cap2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1520012464&Signature=GKKKbZJLiuK%2BRcdCk1gyHL2hHsY%3D&response-content-disposition=inline%3Bfilename%3DHISTORIA_DE_LAS_IDEAS_POLT
- ZAVALA BAQUERIZO, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil, Ecuador: Edino.