

Los medios de prueba de los delitos ambientales cibernéticos

Cyber environmental crimes and evidences

Maria Auxiliadora Minahim¹

Heron José DE Santana Gordilho²

Daniela Carvalho Portugal³

Universidad Federal de Bahía (UFBA)

Sumario: Introducción – 2. La sociedad de la información y la aparición de nuevos delitos cometidos en el ciberespacio – 3. El delito de crueldad animal y por medio de un entorno digital como bien jurídico penal – 4. Bien jurídico y objeto de acción penal – 5. Internet como el medio de prueba para los delitos de crueldad contra los animales – 6. El examen pericial indirecto como vía probatoria compatible con un sistema procesal garantista – 7. Conclusiones – 8. Referencias

Resumen: Este artículo demuestra que los videos difundidos en Internet con personas practicando actos de crueldad contra los animales pueden ser utilizados como medio de prueba en los procesos criminales. Utilizando el método hermenéutico y hace una revisión bibliográfica sobre el tema para identificar las dificultades que la Policía y el Ministerio Público tienen para identificar al autor y comprobar la materialidad de esos delitos. Además, es bastante complicado establecer la competencia para el juicio de tales crímenes, ya que el hecho, por regla general, ocurre en un lugar incierto o incluso en el extranjero. No obstante, ante la ausencia de un tipo específico y una ley que establezca la competencia y los medios de prueba de este tipo de delito, el recurso al Código Penal, a las leyes penales extravagantes y al Código de Proceso Penal pasa a ser la única alternativa de El castigo de esos ciberdelincuentes. El artículo concluye que las imágenes difundidas en Internet, después de debidamente periciadas, son medios legítimos de prueba de los crímenes de crueldad contra los animales.

Palabras clave: Crueldad contra los animales; Debido al proceso legal; Sociedad de la información; Cibernética

¹ Doctora en Derecho Penal pela Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Profesora Doctora Titular de Derecho Penal de la Universidad Federal de Bahía. Miembro del Cuadro Permanente del Programa de Pos graduación en Derecho de la Universidad Federal da Bahía. Presidente Nacional de la Asociación Brasileña de Profesores de Ciencias Criminales. E-mail: minahim@terra.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

² Post-Doctor en Derecho Ambiental por la Pace University (EE.UU.). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Maestro en Sociología por la UFBA. Coordinador del Programa de Postgrado Stricto Sensu en Derecho de la UFBA. Profesor de Derecho Ambiental en la Graduación, Maestría y Doctorado de la UFBA y professor de Derecho de la Universidad Católica de Salvador (UCSAL). Fellow de la World Academy of Art & Science (WAAS). Fiscal Ambiental em Bahia. E-mail: heron@ufba.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>

³ Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Profesora Adjunta de Derecho Penal de la Universidad Federal de Bahía. Profesora de la Facultad Bahiana de Derecho. Miembro del Instituto Bahiano de Derecho Procesal Penal (IBADPP). Abogada criminalista. E-mail: danielacarvalhoportugal@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7457319565221885>

Abstract: This article demonstrates that videos posted on Internet with people practicing acts of cruelty against animals can be used as evidence in criminal cases. Using the hermeneutic method and makes a bibliographical review on the subject to identify the difficulties that the Police and the Prosecutors have to identify the author and prove the materiality of these crimes. In addition, it is quite complicated to establish jurisdiction for the prosecution of such crimes, since the fact, as a rule, occurs in an uncertain place or even abroad. Nevertheless, in the absence of a specific criminal type and a law that establishes the competence and means of proof of this type of crime, go to the Criminal Code, extravagant criminal laws and the Code of Criminal Procedure becomes the only alternative Punishment of these cybercriminals. The article concludes that the images released on the Internet, after being properly analyzed, are legitimate means of proving cruelty crimes committed against animals.

Keywords: Cruelty to animals; Due process of law; Information society; Cybernetics

1. Introducción

Este artículo pretende demostrar que los vídeos publicados en Internet con personas que practican actos de crueldad con los animales pueden ser utilizados como prueba en el proceso penal.

Es que con la facilidad de acceso a las cámaras de vídeo, especialmente las que están disponibles en los dispositivos móviles, muchas personas son filmadas – cuando no son ellas mismas las que grabar sus propios vídeos– practicando actos de crueldad contra los animales. A continuación, estos videos son posteados en las redes sociales de Internet.

Resulta que a menudo la policía y la fiscalía tienen dificultades para identificar al autor y comprobar la materialidad de tales delitos. Asimismo, es bastante complicado establecer la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos, una que el hecho, por regla general, se produce en lugar incierto o incluso en el extranjero.

Debido a la innecesaria identificación o cualquier tipo de control sobre el acceso a Internet, cualquier ciudadano puede acceder deliberadamente, a menudo usando seudónimos, que hace que los crímenes cometidos en el entorno digital sea de difícil comprobación, ora sea en el establecimiento de la jurisdicción, ora sea en la identificación de la autoría y la prueba de la materialidad.

Sin embargo, dada la ausencia de un tipo específico y una ley que establezca la competencia y los medios de prueba de este tipo de delito, el uso del Código Penal, las leyes penales extra código y el Código de Procedimiento Penal se convierte en la única alternativa sanción de estos ciberdelincuentes.

Inicialmente, este artículo va a analizar como la sociedad de la información ha permitido la proliferación de la delincuencia a través del entorno digital, dentro de ellos, los delitos de crueldad animal.

A continuación, se hará un análisis de los delitos contra los animales practicados en el entorno digital, identificando sus características y el bien jurídico violado.

Por último, este artículo va a demostrar que las imágenes publicadas en Internet pueden servir como prueba para el enjuiciamiento de los delitos de crueldad causados a los animales.

2. La sociedad de la información y la aparición de nuevos delitos cometidos en el ciberespacio

La sociedad posmoderna, en la línea de pensamiento propuesta por Bauman, se ocupa en disolver todo lo que es sólido, licuando las viejas formas sociales,

sustituyéndolas por nuevas formas, limitándose únicamente a perpetuar un estado inconstancia constante⁴.

Para algunos teóricos el mundo moderno ya está ultrapasado, pues se encuentra presente una nueva estructura social: la posmodernidad⁵, que sustituye a la máquina por la información y el contacto personal por el virtual, y cuyo espectáculo llega a su límite en el fetichismo de las mercancías en a través del entorno digital⁶.

La cuestión no es pacífica, ya que autores como Gaudêncio Frigotto sugieren que a lo sumo habría un neomodernidad, es decir, una modernidad marcada por la exclusión y la alienación, ya que no hay una ruptura económica en el modelo de producción, y no habiendo sido esa ruptura o revolución, no se puede hablar de “nueva era”⁷.

Sea como fuera, este nuevo paradigma ha dado lugar a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad de la información o del conocimiento, que se basa en los números, cálculos, los flujos de comunicación y velocidad de la información. Es importante señalar que este nuevo tipo de sociedad, los sujetos privilegiados tienen un mayor acceso a las fuentes de conocimiento, datos, información y transacciones comerciales, lo que para muchos teóricos elimina el sentido ético, formativo, histórico y emancipador este nuevo paradigma.

De hecho, los cambios técnicos, organizativos y administrativos basados en los insumos derivados de los avances tecnológicos en microelectrónica y telecomunicaciones, hace que la información pase a ser la materia prima principal y prevalecer la lógica de redes basada en la flexibilidad y convergencia de las tecnologías (ordenadores, biología), da lugar a un nuevo tipo de ambiente: el entorno digital significa que transforma las nociones clásicas de territorio y sus fronteras.⁸

En cuanto al medioambiente, el desafío ético como consecuencia de la superación del ser humano (poshumanista) la disvirtualización de los medios necesarios es proporcional a la virtualización de la vida, la desterritorialización y la desmaterialización de las relaciones e instrumentos⁹, así como la sustitución de los suministros baratos de energía por información.

El Internet, por ejemplo, fue creado en los años 60, durante la Guerra Fría, por la *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), con fondos del Departamento de Defensa de Estados Unidos. Al final del proyecto, se consiguió vincular a los centros universitarios de las Universidades de California en Los Ángeles y Santa Bárbara y la Universidad de Utah, que fue el primer medio de comunicación electrónica en línea entre los ordenadores¹⁰.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 16.

⁵ BARRA, Alex S. B. e MORAES, Raquel. Raquel de A. “Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da in formação”. Em: *Revista de Educação PUC-Campinas. Campinas*, n.23, noviembre 2007, p.25.

⁶ ROUANET, Sérgio P. “A verdade e a ilusão do pós-modernismo”. En: ROUANET, S. P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁷ FRIGOTTO, Gaudêncio. “Cidadania, tecnologia e trabalho: desafios de uma escala renovada”. *Tecnologia Educacional*, Rio de Janeiro, v. 21, n.107, p.04-10, jul/ago, 1992.

⁸ Para FIORILLO, Celso A. P. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 15: “El concepto de territorio está estrechamente relacionado con una nueva idea, que es la red. Esta, como territorio, se caracteriza por la ubicación de la información. La información en la red, de este modo, se convierte en el elemento identificador del territorio en el ciberespacio”.

⁹ CASTRO JR., Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade*. Curitiba: Juruá. 2013, p.107

¹⁰ Ibíd., p13-14: “A principios de los años 90, el Internet tiene su impulso hacia la máxima divulgación. El programador inglés Tim Berners-Lee, del laboratorio europeo de física de partículas en Ginebra, desarrolló un sistema llamado el hipertexto World Wide Web (WWW). Con el desarrollo de algunos softwares fácil de usar y de adquirir, la red ‘www’ ha crecido hasta convertirse en una red informática mundial en la forma que conocemos hoy”.

El ciberespacio o Internet es una red de ordenadores, de alcance global, que intercambian información en forma de artículos de texto, sonidos e imágenes digitalizadas, correspondencia, etc.¹¹, y constituyen un verdadero universo paralelo poshumanista¹².

Es preciso tener en cuenta que este nuevo modelo de sociedad, que Ulrich Beck llama “sociedad del riesgo”, puede causar daños ilimitados, mundiales e irreparables a toda la comunidad, porque a pesar de producir un avance tecnológico vertiginoso y mejorar el bienestar individual, el amenaza constantemente a los ciudadanos con riesgos, directos e indirectos, derivados de nuevas técnicas utilizadas por la industria, entre ellas la industria de la tecnología digital¹³.

Además de aumentar los riesgos de producción social, la producción de riqueza y el progreso en el desarrollo de nuevas fuerzas productivas implica, como consecuencia lógica, la producción sistemática de daños¹⁴.

El *riesgo* derivado de estas nuevas fuentes de producción asume un contenido conceptual abierto al proceso de definición, a partir de las interpretaciones causales presentadas por el conocimiento de las nuevas posibilidades de daño experimentado durante las etapas de modernización social¹⁵.

Para Márcia Elayne Berbich de Moraes, con esos cambios introducidos a partir del final del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el hombre dejó de trabajar con la referencia de la tierra y se puso a trabajar con la referencia de la luz, y un nuevo orden de distancia/tiempo vendrá, cuyas características y la velocidad de actuación limitará, significativamente, el poder de vigilancia del Estado¹⁶.

Con la disminución del poder de vigilancia, el espacio virtual se ha presentado, por un lado, como un vehículo de difusión delitos como el hurto, la pedofilia, el racismo, la injuria y la difamación, apología e incitación a la delincuencia entre otros, muy comunes en las redes sociales de Internet.

Por otra parte, el aumento del flujo de comunicación y la velocidad de la información hace que mucha gente utilice el Internet como una herramienta para la práctica y promoción de los diversos tipos de delitos.

Puede encontrarse en las redes sociales de Internet un sinnúmero de vídeos que revelan el sufrimiento y la muerte de los animales, los cuales ganan largo alcance hace que la disminución de las distancias generadas por este nuevo espacio relacional de la sociedad de la información, lo que obliga al Estado a asumir nuevas funciones de inspección y vigilancia¹⁷.

De hecho, estos nuevos crímenes han despertado el interés del legislador, que finalmente acabó expidiendo las leyes n.12.735 / 12 y 12.737 / 12 (Ley Carolina Dieckmann) modificando los arts. 154, 266 y 298 del Código Penal, y la Ley No. 12.965 / 14 (Marco Civil de Internet), que regula el uso del Internet en Brasil¹⁸.

¹¹ RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de Comunicação*. p.395.

¹² Para SILVA, Tagore T. A. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução.2014, p.34: “El poshumanismo muestra la artificialidad humana para trabajar con el desarrollo técnico, biológico, genético, cibernético y económico”.

¹³ Ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.1988, p.44.

¹⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011, p. 23-27.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁶ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei nº 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26-27.

¹⁷ GORDILHO, Heron J. S. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá. 201,p. 61-62.

¹⁸ Para LEAL, Luziane F. S. e ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS*. 2015: “La Ley de Marco Civil del Internet tuvo como uno de sus orígenes una extensa discusión mantenida con la sociedad a través de la propia

Resulta que la ley de Marco Civil del Internet establece principios, garantías, derechos y obligaciones en la esfera virtual, pero perdió la oportunidad de penalizar los diversos tipos de conducta que se utilizan en el Internet para violar los bienes jurídicos esenciales de la sociedad, al parecer, dejando para las leyes específicas hacerlo, al igual que con el Estatuto de Niños y de Adolescentes, para los delitos de pedofilia¹⁹.

3. El delito de crueldad animal y por medio de un entorno digital como bien jurídico penal

Para Celso Fiorillo la protección jurídica del entorno digital tiene como objetivo interpretar los arts.220 a 224 de la Constitución Federal frente a los arts. 215 y 216 y las particularidades de la llamada "cultura digital", para establecer la protección jurídica de las formas de expresión y creaciones artísticas, científicas y tecnológicas realizadas usando computadoras y otros medios electrónicos²⁰.

Los delitos cometidos en el entorno digital, a su vez, pueden clasificarse como puros, mixtos y comunes. Los primeros son los que se practican exclusivamente a través del uso del Internet, como el ataque de un hacker a un ordenador; los segundos son los que utilizan los medios electrónicos para cometer delitos, tales como la transferencia ilegal de dinero en una transacción electrónica. Por último, los delitos comunes son aquellos en los que se utiliza el Internet solo como un medio de difusión rápida y eficaz de los delitos que ya están penalizados en nuestro medio²¹.

Los delitos en el entorno digital, incluso los que se consideran puros, tienen sus efectos fácilmente percibidos en el llamado mundo real, por lo que ahora no se puede separar estas dos definiciones, pues todo delito virtual tiene un gran reflejo social.

El proyecto de Ley Nº 730/15, en trámite en el Senado, define los delitos cibernéticos, virtuales o digitales, como los delitos cometidos por medios electrónicos o a través del Internet, que se pueden enmarcar en el Código Penal brasileño²².

Se pregunta si el mismo espacio virtual puede convertirse en un aliado en la persecución penal en contra de las prácticas de crueldad a los animales, cuyos vestigios materiales están más allá del alcance del poder de vigilancia del Estado.

Como sabemos, las historias de crueldad contra los animales, por lo general, comienzan en la infancia, con signos evidentes de perversidad, que pueden pasar

Internet, entre octubre de 2009 y mayo de 2010, y se llevó a cabo en el blog alojado en la plataforma de la cultura digital del Ministerio de Cultura y Red Nacional de Educación e Investigación, permitiendo la participación de más de 2300 personas en la redacción de la primera versión del proyecto de ley. Aunque iniciativa innovadora, se puede ver que el número de personas era bastante bajo, en comparación con el universo de personas con acceso al Internet".

¹⁹ BRASIL. Lei n.11.829/08. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponible em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acceso en: 9 de diciembre de 2015: "Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. "

²⁰ FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva.2015, p. 615-621.

²¹ CASTRO, A. A. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". En: *Revista de Direito Eletrônico*. Petrópolis: IBDE, v. 1, n. 3, 2003. pp. 41-51. ISSN – 1679-1045. Disponible en: <http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf>. Acceso el: 11 de diciembre de 2015.

²² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 730/15. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponible en: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2015-11-10;730>. Acceso el: 9 de diciembre de 2015.

desapercibidos por los padres. A menudo, el niño solo reproduce un modelo de violencia doméstica y malos ejemplos que favorece un ciclo continuo de violencia contra los que están en situación de vulnerabilidad²³.

Algunos de estos videos son denuncias y están destinados para desaprobar la conducta delictiva, pero una gran parte de ellos son los propios delincuentes que se registran y difunden imágenes de su propia crueldad, imágenes que pueden traer preciosos elementos de prueba de la autoría y materialidad de tales delitos.

El 23 de abril de 2012, por ejemplo, el italiano juez A. Pellegrino de la ciudad de Milán, Italia, condenó a Anna Biancone a una pena de 4 meses de prisión, sustituida por una multa de € 4,400.00 por difusión en Internet de un video que aparece semidesnuda, aplastando a animales como cucarachas, ratas, conejos e incluso pollitos, fenómeno conocido como *crush fetish*²⁴.

El hecho fue representado en la Fiscalía de Milán por una sociedad protectora de animales, en la que los fiscales dieron trámite a la denuncia que dio lugar a la condena por el delito previsto en el Art. 544 del Código Penal italiano²⁵.

El medio ambiente, jurídico protegido por la Ley 9605/98, tiene sede constitucional y no hay duda en cuanto a la legitimidad de la penalización no sólo a causa de su origen y del mandato de penalización contenido en él para el legislador ordinario, sino también por el valor asignado a conservación del patrimonio ecológico.

Por lo tanto, no es posible la interpretación o la actividad del legislador ordinario que puede oponerse a los valores complejos que dan una unidad de sentido a la ley. Esta noción es esencial para interpretar adecuadamente la extensión de la protección jurídica penal brinda a los derechos jurídicos protegidos por la Ley de Delitos Ambientales²⁶.

Así, las conductas prohibidas por la norma bajo la forma de los tipos penales en la Ley 9605 son aquellas valoradas negativamente por la Constitución atentare con los ideales de una época. Bajo este entendimiento, es que se va a hacer el análisis de los delitos contenidos en el texto legislativo multirreferido.

En el ámbito penal, se distingue el bien jurídico –valor, interés– que es el objeto de la protección de la norma, objeto de la acción, conforme con Regis Prado²⁷, por ejemplo, lo cual indica ser este el objeto real sobre el que recae el comportamiento punible del agente.

A su vez, Luis Greco entiende que los términos pueden ser utilizados indistintamente, cuando el bien jurídico se toma en su dimensión dogmática. De hecho, para este autor, la noción interesa, por lo que solo cuando se pueda cumplir con su función crítica o político-criminal, que sirve como guía para el legislador y no como un recurso capaz de legitimar la expansión del derecho penal. De conformidad con el principio de subsidiariedad, sin embargo, no todo lo que se confirmó por la Constitución debe ser protegido por la ley penal debido a la gravedad de su pena, pero solo aquellos bienes que requieren protección penal y que no basta con que ofrecen por otras ramas del derecho²⁸.

Entre las muchas discusiones sobre el bien jurídico protegido por la ley 9605 hay un articulada estrechamente con el tema en cuestión y que dice respecto a la

²³ Ver LEVAI, Laerte Fernando. A condiçãoo-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. *Revista Brasileira de Direito Animal*. N. 3, v.2. Jul-Dez 2007, p.232.

²⁴ ITALIA. Tribunale Ordinario di Milano. Sezione Distaccata di Rho. 23.4. 2012.

²⁵ ITALIA. Código Penal. Art. 727 “Quién, por la crueldad o sin necesidad, causa la muerte de un animal, será punido con una pena de prisión de tres meses a dieciocho meses”. Disponible en: www.juareztares.com/textos/codigoitaliano.pdf. Acceso el: 15 de diciembre de 2015.

²⁶ BENJAMIN, Antonio H. V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. En: *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão (org). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p.108

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 5ª Ed. São Paulo, RT, 2013. p 105.

²⁸ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2004, p 104.

exclusión del ámbito penal de valores cuya importancia está vinculada a la comunidad y no a un individuo en particular, aunque estén referidos constitucionalmente. Por tanto, es de admitir o no los bienes supraindividuales como propios del derecho penal, y en la necesidad de su sanción.

Para Hassemer²⁹, el Derecho Penal no tiene ninguna aptitud ni fue predestinado para hacer frente a los bienes jurídicos transindividuales. Esta tarea sería del llamado Derecho de Intervención, se propone: un Derecho menos garantista en términos sustantivos y de procedimiento y con sanciones menos severas que las del Derecho Penal tradicional.

Los bienes jurídicos individuales estarían protegidos por el Derecho Penal, aunque así siga experimentando un despenalización significativa de conducta, mientras que los bienes jurídicos universales serían administrados por ese nuevo Derecho que se situaría entre el Derecho Penal clásico y el derecho administrativo sancionador y estaría más orientado hacia la prevención que a la reprobación personal y la imposición de penas privativas de libertad.

Otros autores, como Figueiredo Dias, entienden que la importancia de algunos bienes jurídicos transindividuales justifica la protección del derecho penal, como por ejemplo el medioambiente, del cual depende el destino de las generaciones futuras. Este argumento parece definitivo con el fin de respaldar la actitud del legislador nacional, sin dejar de lado las consideraciones de Regis Luis Prado en la localización topográfica de los tipos penales en el entorno del Código Penal, en el capítulo del Código Penal³⁰. Para Schünemann, defender la protección del medioambiente a través de los derechos individuales es confundir el instrumento de cobertura con el objeto de protección adecuado³¹.

4. Bien jurídico y objeto de acción penal

La distinción entre el bien jurídico y objeto de la acción es fundamental para el análisis de los tipos que forman parte de la Ley 9605/98, ya que su sistematización se produce de acuerdo con estos elementos. En el Capítulo V de la ley dispone que el delito contra el medioambiente, inicia la lista de conductas típicas comenzando con los delitos contra la fauna, o sea, los delitos que tienen la fauna como objetos material, uno de los elementos que integra la noción de medioambiente. El término se aplica a la fauna terrestre y acuática, la fauna silvestre, doméstica o domesticada, no solo los animales terrestres, conforme insinúa la lectura del Artículo 29, § 3º de la Ley³².

El antiguo entendimiento que excluía los animales acuáticos del concepto animal fauna se debía al hecho de que estos eran objeto de una ley propia, que era el Código de Pesca. Del mismo modo, no son excluidos dentro de este concepto los animales domésticos, no debiéndose confundir la norma del Artículo 29 §3º -típica norma de hermenéutica- que se ocupa de los animales silvestres con el término de fauna que comprenden el conjunto de animales que pertenecen a una región en particular³³.

Cuestión más delicada y que gana fuerza en los tiempos actuales es el hecho de tratar la fauna como un elemento del bien jurídico cuando propugna para los los

²⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.

³⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 49.

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente. Traducción de Mariana Sacher de Koster, En: *Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela.1998, t.2, p.335.

³² BRASIL. Lei n.9.605/98. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acceso el: 9 de diciembre de 2015.

³³ *Ibidem*.

animales la calidad de sujetos de derechos³⁴. Nuevos argumentos y hechos ponen en tela de juicio la existencia de un único atributo del ser humano, lo que debilita la idea de que hay una línea rígida entre el hombre y los otros animales, lo que sugiere que la distinción es mucho más de grado o de complejidad que de esencia³⁵, como se ha descrito.

Se ha advertido que, aunque -en los últimos siglos- se ha postulado por la igualdad de derechos para todos los seres humanos, son pocos los derechos reconocidos a los animales. Sin embargo, estando dotados de cerebro y de sistema nervioso que son capaces, como los hombres, de sentir dolor. El dolor carece de caracterización por especie, él causa sufrimiento que se manifiesta en un hombre, un elefante o un gato y es esta capacidad de sentir una sensación de dolor producida por la excitación de las terminaciones nerviosas, lo que permite a los filósofos hablar de un derecho de los animales a no sufrir. Por lo tanto, los militantes de los movimientos de liberación de los animales entienden que para evitar el sufrimiento es un paso en la consecución de sus metas finales³⁶.

La Ley 9605/98, en el Artículo 32 y su párrafo, prohíbe exactamente las acciones que causan sufrimiento a los animales, lo que puede revelar la imprecisión del bien jurídico protegido por la norma. Si todos los tipos contenidos en la Ley de Delitos Ambientales están destinadas a proteger el medioambiente, hay que preguntarse hasta qué punto la crueldad a un animal doméstico, por ejemplo, afecta este bien jurídico, de manera objetiva. Todo lleva a creer que la falta de coraje para avanzar en la formulación correcta del valor protegido ha inhibido al legislador y doctrinantes a admitir, como bien jurídico protegido, como incluso sugieren Greco³⁷ y José Duarte³⁸, el sentimiento de solidaridad entre el hombre y otros animales.

Roxin, mencionado por la primera autora, prefiere creer que este delito no protege un bien jurídico específico, tratándose de una rara excepción de incriminación sin bien jurídico. Esa solución no desconoce la existencia de valor a ser conservado, situándose a mitad de camino, quién sabe, entre considerar al animal un elemento del medioambiente o concederle otra categoría legal. Se puede decir, por último, a pesar de la perspectiva antropocéntrica de la que surgen las normas, el reconocimiento latente del valor intrínseco de los animales³⁹.

El hecho es que los doctrinantes, en su mayoría, se preocupan más en precisar las conductas que pueden realizar el núcleo del tipo del Artículo 32, que con las reflexiones de filósofos en cuanto a la posibilidad del animal convertirse en sujeto pasivo del delito.

El artículo castiga con la pena de prisión de tres meses a un año y multa a quien lleva a cabo un acto de abuso, maltrato, herir o mutilar animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos. Hay proyectos que tienen como

³⁴ Ver BUOMPADRE, Jorge. "Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina". *Revista Brasileira de Direito Animal* n. 15.v.9. Jan-abr 2014, 65-86. Ver también CHIESA, Luis. "Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais". *Revista Brasileira de Direito Animal* n. 13. v.8, maio-ago. 2013, ps.17-83.

³⁵ GARCIA Fabric. "De l'homme et de l'animal : différences de degré, de nature ou d'orientation ? Em: *Hominidées*. Disponible en <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acceso el: 1 diciembre de 2015.

³⁶ Ver GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009.

³⁷ GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2004, p 104.

³⁸ DUARTE, José. *Comentários à lei das Contravenções Penais. Parte especial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.315.

³⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 59: "El papel del bien jurídico en el ámbito del derecho penal es esencial para la determinación del objeto de la prohibición, cumpliendo, como consecuencia, la función de restringir la restricción –conforme Schunemann– las libertades civiles".

objetivo aumentar la pena, destacándose entre ellos el diseño del Código Penal que en Artículo 391, eleva a pena de uno a cuatro años de privación de la libertad, lo que elimina el delito del ámbito de aplicación de la Ley 9099 de 1995, pues no puede considerarse tan pequeño potencial ofensivo, ya que la pena máxima amenazada se pasa de uno a cuatro años. Cabe señalar, sin embargo, que la pena en la ley especial es ya mayor que en el código penal, que afecta, sin duda, el principio de proporcionalidad.

Las conductas que describen el ilícito del Artículo 32, de clara inspiración en el Artículo 136 del Código Penal son: practicar acto de abuso, maltrato, herir o mutilar animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos.

Hay críticas por tomar en préstamo la expresión maltratos que sería sinónimo de crueldad, haciendo al legislador repetitivo y a la expresión acto de abuso, está en razón de su apertura y fluidez. En cuanto a la última hay que recordar que no es raro que el uso de tales expresiones, nada impide que sea asignado un significado construido por la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto a la primera expresión, acto de abuso, Regis Prado⁴⁰ le da el significado de usar mal, o inconvenientemente, como por ejemplo, exigir exceso de trabajo del animal, el uso de arneses pesados o arnés con extremos de metal, collares con abrazaderas de perforación, comportamientos que pueden dar lugar a daños y su salud o integridad física. La interpretación de la expresión actos de abuso tiene sus límites, por lo que la adecuación de la conducta a causa sufrimiento que pueden eventualmente afectar su salud.

Los maltratos pueden ser infligidos por privación de alimentos u por forzar su ingesta, por falta de atención esencial, abandonarlos en espacios sucios, inadecuados para su exigüidad o, incluso, expuestos a los ataques de otros animales o en situación de vulnerabilidad.

El Decreto Ley Federal N° 24.645/34⁴¹ dispone sobre la materia de forma ejemplificada en 31 incisos, varias conductas tipificadas como abuso, tales como: practicar un acto de maltrato o crueldad a cualquier animal; mantener a los animales en lugares antihigiénicos o que les impida la respiración, el movimiento o el descanso, o privarlos de aire o la luz; obligar a los animales a un trabajo excesivo; golpear, herir o mutilar voluntariamente cualquier órgano o tejido, excepto la castración; abandonar al animal enfermo, herido, agotado o mutilado, así mismo como dejar de suministrar todo lo humanamente que se le pueda proporcionar, incluida la asistencia veterinaria; entre otros⁴².

En cuanto a herir y mutilar son conductas que constituyen una especie de maltrato y que pueden ser utilizadas con pretexto de experimentación científica pero que pueden ser utilizadas con el pretexto de experimentación científica.

En el §1º del Artículo 32, se dispone otra forma de maltratos, revestida con una crueldad especial consistente en maltratos por la vivisección: §1º Las mismas penas quien lleve a cabo experimentos dolorosos o crueles con animales vivos, aun con fines didácticos o científicos, cuando hay recursos alternativos.

La expresión recurso alternativo debilita la propuesta de advertencia de bienestar animal en la medida en que su interpretación se puede hacer desde una perspectiva antropocéntrica según lo previsto en el Artículo 2 del Decreto N° 6899/09, en la sección II, literal c, que entiende que un método alternativo es el que emplea "el número mínimo de animales". La norma es abiertamente contraria a la Constitución y el valor que se encuentra en el Artículo 225 y, más específicamente en la sección VII del primer párrafo, que trata de la fauna y la flora de protección, prohibiendo, de acuerdo con la ley, las prácticas que representan

⁴⁰ PRADO, Luiz; *Direito penal do Ambiente...* op. Cit. São Paulo: RT, p. 200.

⁴¹ BRASIL. Decreto-lei Federal nº 24.645/34. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*.

Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm. Acceso el: 9 de diciembre de 2015

⁴² GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009, p.147.

una riesgo para su función ecológica, causar la extinción de especies o animales sometidos a la crueldad⁴³.

No hay nada más cruel que la vivisección, especialmente cuando se hace continuamente disociado de cualquier investigación, o cuando dicha investigación puede prescindir de una capacidad de vida y el uso de la simulación. Por tanto, el dispositivo es un cuerpo extraño en un sistema que valora la vida y el bienestar del animal.

Los psiquiatras han realizado estudios que apuntan hacia una relación entre la crueldad contra los animales y la agresión contra las personas. Las investigaciones hechas sobre las personas encarceladas también demostraron la existencia de una correlación entre los crímenes violentos y la tortura a los animales. Del mismo modo, los estudios con pacientes psiquiátricos que muestran una asociación entre la agresión contra las personas y la crueldad animal⁴⁴. Por desgracia, en la sociedad de la información, tales perversiones comenzaron a darse a conocer en las redes de comunicación.

Se observa, además, que se trata de crimen común, de daño, por acción u omisión (dejar de dar alimentos, por ejemplo), de acción múltiple y de resultado, en las formas de herida o mutilar, en la medida que se perfecciona mediante la comprobación del resultado lesivo, admitiendo la tentativa.

En lo que se refiere, sin embargo, a la alternativa de practicar actos de abuso y maltrato, el crimen es formal, de modo que la práctica de la conducta que se ajusta al tipo implica en su consumación, independientemente de cualquier resultado material. Puede ser instantánea de efectos permanentes (mutilación), o permanente (sujeción a trabajo excesivo, privación de alimentos, refugio en local insalubre).

No hay modalidad culposa, similar a lo que se prevé en Canadá y Estados Unidos, donde hay proyectos para introducir las leyes de la práctica de la crueldad por simple negligencia. Es permisible el dolo preterintencional en forma calificada del §2. En este caso, específicamente, es la obtención de pruebas de la muerte por lo que la pena se agrava por la calificación.

El bien jurídico protegido por el Artículo 32, §2º de la Ley Nº 9.605/98, se refiere a la vida del animal y la sentimiento de todo ser humano nutre de los animales. Por otra parte, un bien jurídico de este tipo solo se viola cuando se produce la muerte de una manera cruel, o sin necesidad, simplemente por el placer de matar (*animus et voluntas necandi*)⁴⁵.

Téngase en cuenta que, como la circunstancia incriminatoria prevista y penalizada por el Artículo 32 de la 9.605/98, Ley, la crueldad y la falta de necesidad funcionan de diferente manera en la delimitación del ilícito penal. En realidad, hay que señalar que el delito en comento se puede configurar incluso si el animal es sacrificado por necesidad, como si se hace de una manera cruel y bárbara⁴⁶.

Además, el elemento subjetivo del delito, en particular, está representado por la intención general, es decir, la conciencia y la voluntad de causar la muerte de un animal por pura crueldad o sin necesidad.

⁴³ GORDILHO, Heron. "Experimentação animal e hermenêutica constitucional". En: Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas e Thiago Pires Oliveira (cords). *Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá. 2010, p.518.

⁴⁴ Ver, entre otros: FELTHOUS, A. R. (1980). *Agression against cats, dogs and people*. *Child Psychiatry and Human Development*, 10 (3): 169-177. Ver además: HEATH, G.A.; HARDESTY, V. A. & GOLDFINE, P. E. (1984). Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, 1 (2): 97-100 e HELLMAN, D.S. & BLACKMANI, N. (1966). Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, 122: 1431-1435.

⁴⁵ PAOLO. Alessandro. *Uccisione di animali art 544 bis c.p. – reato – crudeltà*. Disponible en: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740. Acceso el: 15 de diciembre de 2015.

⁴⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, no pueden ser consideradas penalmente relevantes todas las conductas culposas de sacrificio de un animal. Considérese, por ejemplo, un automóvil que provoque la muerte de un animal de repente al cruzar una vía urbana. En ausencia del elemento psicológico de la intención general, la conducta del agente que causó la muerte del animal puede ser considerado penalmente irrelevante frente a la ley.

La clasificación tiene importantes consecuencias ya que la prueba de la materialidad del delito será exigible en las modalidades de mutilar y herir, bastando en las demás, solamente la prueba de la realización de las conductas. Esto puede, o no, dejar resultados materiales.

5. Internet como el medio de prueba para los delitos de crueldad contra los animales

La modernización de las relaciones sociales y el desarrollo de nuevos espacios de acción social hicieron que el derecho penal y el procedimiento penal se deparen ante la necesidad de adaptarse a la obra en el espacio virtual.

Cabe, entonces, examinar el grado de adaptación demandado para los medios de prueba ya referidos por el Código de Procedimiento Penal vigente puedan contemplar, también, los vídeos y las imágenes de los actos crueles contra los animales, que se distribuyen en varias redes sociales y el espacio virtuales en general, evaluando, incluso si son motivos suficientes para su eventual condena por delito ambiental por la desaparición de las pruebas materiales de la práctica delictiva.

Para que los crímenes contra los animales sean penalizados es necesaria la certeza en cuanto a la materialidad y autoría, lo que requiere la demostración de que los hechos son verdaderos, lo que solo es posible con el uso de pruebas documentales, experto, declaraciones de testigos, etc.

La prueba consiste en un conjunto de actos llevados a cabo por las partes, los terceros y el juez de reconstruir la verdad y convencer a este último, específicamente la conducta delictiva, sus autores y las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho⁴⁷.

Según Osvaldo Alfredo Gozaíni, mientras que en un procedimiento civil es suficiente una verdad menos exigente, bastando la persuasión sobre la base de los hechos y la certeza que surgen de ellos, en el proceso penal es evidente la necesidad de encontrar la verdad acerca de la ocurrencia de los hechos⁴⁸.

Para analizar cómo el Proceso Penal brasileño se adapta a la nueva realidad social y a los nuevos recursos para la represión de las prácticas de crueldad animal, es imperativo definir ciertas premisas. La primera es la orientación que lleva el presente estudio del sistema procesal que se guía (o debería guiar) el proceso penal.

Tal entendimiento es necesario para que se defina, también, cual sistema de apreciación probatoria conducirá la actuación del juez. Solo después de estas directrices será posible enumerar los medios de prueba admitidos como medios garantistas para la formación de la convicción del juez, así como examinar la forma en espacios virtuales de la obtención de probatoria inciden en esta orientación política-criminal.

Regula el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que el juez deberá formar la convicción libremente, a partir de los elementos probatorios aportados al proceso y sometidos al contradictorio. Consagra, pues, el sistema de libre

⁴⁷ SANTANA, Luciano Rocha e SANTOS, Clarissa P. G. dos. "O crime maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32)". En: *Crimes ambientais: comentários à lei 9.605/98*. Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p.159.

⁴⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* n.13. Salvador: Fundação Orlando Gomes. 2006, p. 32.

convicción motivada o sistema de persuasión racional como un modelo de valoración de la prueba.

La indispensable del contradictorio, a su vez, refleja una lectura constitucional (artículo 5º, inciso LV, de la Constitución Federal de 1988) de la codificación procesalista brasileña, minimizando la herencia del modelo represor fascista italiano de la década de 30, cuyo texto inspiró la legislación de Brasil.

De este modo, tanto en la producción efectiva de la prueba en el contradictorio judicial, como del contradictorio diferido relativo a las excepcionales especies de prueba recaudadas en la fase de investigación, se debe garantizar el ejercicio de defensa como la única manera (constitucional) posible para la formación de convicción de decisión.

Es así que se presenta el análisis del régimen jurídico de las pruebas y el sistema procesal adoptado, bien lo explica Aury Lopes Jr., como una manera de entender la etapa del desarrollo histórico del modelo de la construcción del conocimiento⁴⁹.

Se entiende aquí que la pretensión democrática impone una relectura del sistema procesal con el fin de armonizar sus normas con un modelo garantista, acusatorio y de persuasión racional.

Por lo tanto, la adopción de un sistema acusatorio, particularmente marcado por la negativa a la iniciativa probatoria del juez, tercero ajeno a los intereses en juego en el proceso, en comparación con el sistema inquisitivo, modelo anti-democrático que permite al juez como gerente de la carrera, verdadera parte procesal⁵⁰.

Declaradas las instalaciones mencionadas, ahora se debe examinar el régimen probatorio legal definido por el Código de Procedimiento Penal, la comprensión que el juez formará su convicción libremente a partir de las pruebas, pero sin que se lance en busca de ellas, para respetar las garantías fundamentales que se deben presentar como camino necesario en el proceso de persuasión.

Al regular los medios de prueba admisibles, el legislador no dio una lista taxativa (pruebas nominadas), admitiendo siempre que, en circunstancias excepcionales y sin apartarse de las garantías constitucionales y procesales, las llamadas pruebas innominadas. Entre las pruebas tratadas por el Código de Procedimiento Penal, se presenta como relevante para el enfoque temático definido ahora las pruebas periciales.

Señala Fernando da Costa Tourinho Hijo que la pericia corresponde con el “examen llevado a cabo por una persona que tiene cierta técnica, científica, artística o práctica sobre los hechos, las circunstancias personales o condiciones”⁵¹.

Entre los diferentes tipos de exámenes periciales que pueden servir para la formación de la convicción, se destaca por los efectos de este estudio, el examen de cuerpo del delito. Disciplinado desde el Art. 158 del Código de Procedimiento Penal, la mencionada pericia es indispensable cuando el delito no deja huellas (delitos no transeúntes) no pudiendo ser suprimida por la eventual confesión del acusado⁵².

El examen de cuerpo de delito debe ser realizado conforme a las normas establecidas en los arts. 158 y siguientes del Diploma procesal, destacando las modificaciones introducidas por la Ley Nº 11.690 de 2008 que pasó a prever la realización mediante un perito oficial, portador de título universitario o, en su defecto, dos personas idóneas, también portadoras título universitario, con conocimientos técnicos relacionados con la naturaleza del examen⁵³.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 553.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 554.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552.

⁵² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acceso el: 9 de diciembre de 2015.

⁵³ BRASIL. Lei nº 11.690/08. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible

Disciplina a su propio derecho procesal que el examen forense puede ser directa o indirecta, y que su ausencia, ya sea en una y la otra, debido a la desaparición completa de los rastros del delito, su falta puede ser llenado por el examen de testigos (arts. 158 y 167, CPP)⁵⁴.

Se habla de cuerpo del delito directo cuando la prueba se lleva a cabo a partir del examen en su propio objeto de la pericia, a diferencia del examen indirecto, realizado cuando falta el objeto que se pericia o cuando es imposible, por alguna otra razón, la realización directa del examen, es el caso del uso de fotografías o vídeos, por ejemplo, a partir del cual se puede examinar el cuerpo del delito para la prueba de la materialidad delictiva⁵⁵.

Solamente en la hipótesis de no ser posible realizar el examen forense, ya sea directo o indirecto, es que tendrá ser a su vez el uso de testimonio oral como una forma para suprimir la falta, por lo que Pacelli y Fischer advierten que no puede ser confundida la prueba testimonial con pericia indirecta, ya que esto es necesariamente un modo de prueba técnica, que requiere la participación de profesionales cualificados, como ya se ha señalado⁵⁶.

Queda por determinar, antes de eso, si los videos y fotos, así como otros que contienen materiales, conteniendo la demostración de crueldad con los animales, pulverizados en el espacio virtual, se pueden utilizar como medio de prueba de tales hechos y, eventualmente, suficientes para la formación de la convicción juez sobre el delito contra los animales o, por el contrario, esta propuesta contradice un sistema procesal acusatorio y garantista.

6. El examen pericial indirecto como vía probatoria compatible con un sistema procesal garantista

Es común observar, modernamente, la acusación de que la adaptación del sistema penal y de procedimiento penal a la nueva realidad delictiva ha sido llevada a cabo a expensas de un debilitamiento del sistema acusatorio y el respeto que se espera, en un Estado democrático, a las garantías fundamentales del acusado.

Para Alexandre de Moraes da Rosa y José Manuel Aroso Linhares, el fortalecimiento de las relaciones entre el derecho y la estructura económica moderna se caracteriza sobre todo por una confusión entre "Derechos Fundamentales" y "Derechos Económicos", desnaturalizándose el concepto esencial de Justicia para ese pase a confundirse con la noción de eficiencia⁵⁷.

Sin embargo, es de valiosa importancia reflexionar sobre si es posible compatibilizar una noción de proceso penal eficiente (no en términos de análisis económico del derecho), que se puede hacer uso de los aspectos prácticos que ofrece la nueva realidad social, es capaz de mantener un proceso de toma de decisiones justas.

Más específicamente, se debe evaluar si la pericia indirecta corresponde a un elemento probatorio suficiente y legítimo, en un sistema procesal acusatorio, para la formación de la convicción del juez en delitos de crueldad contra los animales diseminados y exhibidos en los espacios sociales virtuales.

Luigi Ferrajoli traza un plano epistemológico sobre los diversos principios que conforman el modelo garantista del derecho penal mediante el empleo de, en

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm Acceso el: 9 de diciembre de 2015

⁵⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acceso el: 10 de diciembre de 2015.

⁵⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 372.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107-108.

su formulación, once principios penales y procesales penales: pena, delito, ley; necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa⁵⁸.

A partir de la epistemología garantista como directriz mayor en la toma de conocimiento de los hechos en el procedimiento penal democrático, Elmir Duclerc pone de relieve el principio de estricta jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*) como el único modelo aceptable para el proceso de la cognición y de la prueba, lo que requiere una procedimiento probatorio tipo inductivo⁵⁹.

Al utilizar imágenes y vídeos que se muestra en el espacio virtual, la práctica criminal de actos de crueldad animal no hay ofensa a red de garantías de proceso acusatorio y democrático, siempre que tales pruebas se recojan bajo el tamiz jurisdiccionalidad estricta.

En este sentido, para que tales elementos puedan formar la convicción del juez, es imprescindible tener en cuenta que la gestión probatoria no sea tomada como una incumbencia del juez, sin ningún espacio en un Estado que se pretenda democrático, para el cumplimiento parcial del juez de presentación de pruebas. Por lo tanto, significa el art. 156 del Código de Procedimiento Penal, que establece competencias instructivas del juez, como incompatibles con un modelo garantista procesal⁶⁰.

Por lo tanto, el primer elemento para la admisibilidad de material recogido en el entorno virtual que contiene la demostración de los actos crueles contra los animales es el que ha cumplido con el sistema acusatorio y la carga de la prueba a los tipos incriminatorios descritos en la Ley Nº 9.605 / 98.

Asimismo, cabe evaluar, también. El Código de Procedimiento Penal, cuando se trata del examen forense, que impone un orden jerárquico que debe ser observado. Así, en la misma línea de entendimiento perfilada por Aury Lopes Jr., la regla general para la materialidad del delito evidencia de las infracciones que no dejan vestigios es, y no deja de ser, el uso de examen forense directo, siendo el examen indirecto hipótesis excepcional⁶¹.

Por lo tanto, el uso de videos, fotos, y otras formas de examen indirecto forense solamente se legitiman cuando no es posible realizar un examen pericial directo debido a la desaparición de los vestigios materiales del delito cometido. Además, no exime del deber de obediencia a las normas acusación disciplinado en los arts. 158 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, después de todo, incluso cuando se trata de un examen indirecto, no deja tal modalidad de ser una especie de examen pericial.

Por lo tanto, los videos y las fotos deben ser analizados por un perito oficial o persona idónea, añadiendo aquí la necesidad de conocimientos dirigidos, también, a la obtención de pruebas en los espacios electrónicos y virtuales como una forma de evaluar adecuadamente si tales medios fueron objeto de manipulación o no. No se puede, por tanto, la construcción inductiva del conocimiento de los hechos.

Debe tenerse en cuenta también los medios para obtener tales pruebas, registrándose aquí como límite infranqueable la Constitución Federal y el Código de Procedimiento Penal, no pueden ser admitidos en cualquier circunstancia, ilegal o aquellas pruebas derivadas, bajo pena de nulidad.

Superada la posibilidad de utilizar tales especies como medio de prueba admisible en un proceso penal acusatorio, reconociendo la compatibilidad del

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Alice bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

⁵⁹ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Coleção Pensamento Crítico. Coordenador Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

⁶⁰ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 9 de diciembre de 2015

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

examen pericial indirecto con un modelo garantista, desde que respete su excepcionalidad, queda por examinar las fuentes de pruebas para la obtención de imágenes y vídeos diseminadores de maltratos.

Si bien los medios probatorios corresponden a los instrumentos procesales a partir de los que se obtienen elementos útiles para el proceso de cognición y convicción, las fuentes de prueba relacionas con personas y objetos desde los cuales es posible obtener la prueba.

Geraldo Prado comenta la necesidad de la obediencia a las garantías procesales penales, principalmente en los métodos ocultos de investigación, aunque jurídicamente permitidos, tales como la interceptación telefónica y correos electrónicos, práctica común en las actuaciones preliminares de investigación⁶².

El autor advierte que es necesario el establecimiento de principios rectores para cohibir grandes interceptaciones, habiendo el Consejo de Europa disciplinado tres pautas básicas de este tipo de prácticas de investigación, y se basan en la necesidad de una base jurídica clara para la adopción de medidas de investigación secretas o la intrusión, la proporcionalidad de la medida y la existencia de control⁶³.

Por lo tanto, no se trata, en nombre de la protección de derechos de los animales, promoverse una gran interceptación de los espacios virtuales en que se establecen relaciones interpersonales íntimas, como el intercambio de correos electrónicos y mensajes. Vale la pena señalar a este respecto que la Ley 9.296/96 establece que la interceptación del flujo de comunicaciones en los sistemas informáticos y telemáticos solamente será no admitida para los delitos castigados con arresto, como en el caso de los delitos contra los animales previstos en los arts. 29 34 de la Ley N° 9.605/98⁶⁴.

Sin embargo, no siendo posible la interceptación de comunicaciones sigilosas desarrolladas en espacios virtuales para combatir el delito de maltrato de animales, todavía se puede utilizar vídeos y fotografías que contienen elementos útiles al examen pericial indirecto de tales prácticas, desde que no se hayan obtenido a través de la interceptación ordenador.

Por lo tanto, es perfectamente posible conciliar el uso del material obtenido en los intercambios virtuales como evidencia de delitos de crueldad animal, sin que ello desnaturalice las garantías fundamentales disciplinadas para la formación de la convicción de juez.

Como destaca Salah Khaled, es necesario elegir cuál es el modelo de procedimiento a seguir, optándose de un lado, por un sistema acusatorio y democrático, o, por el otro, por un proceso inquisitivo fundado en la persecución del enemigo⁶⁵, consciente de que la efectivo y justa protección de los derechos legales no tiene por qué pasar la supresión de garantías y aliviar los logros históricos de la democracia.

7. Conclusiones

Con la disminución del poder de vigilancia en la sociedad de la información, el espacio virtual se ha presentado, por un lado, como un vehículo de divulgación de varios delitos contra el entorno digital, incluyendo los delitos de crueldad hacia los animales, lo que obliga al Estado a asumir nuevas funciones de inspección y vigilancia.

Al prohibir y tipificar exactamente las acciones que pueden causar sufrimiento a los animales, la norma penal reconoce implícitamente el valor

⁶² PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 59.

⁶³ *Ibíd.* p. 62.

⁶⁴ BRASIL, Lei n. 9.605/98. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm

⁶⁵ KHALED JR., Salah H. *A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal*. Disponible en: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf
Acceso el: 9 de diciembre

intrínseco de los animales, por lo que el bien jurídico tutelado debe ser considerado el sufrimiento de estas criaturas, que serían los verdaderos sujetos pasivos de este delito.

Por último, los vídeos con imágenes de crueldad contra los animales difundidos en la Internet pueden servir como un medio de prueba de la autoría y materialidad del delito, aunque estos documentos digitales deben ser revisados por un perito oficial o persona idónea, como una forma de validar su veracidad.

8. Referencias

- BARRA, Alex S. B. e MORAES, Raquel. Raquel de A. Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da in formação. **Revista de Educação PUC-Campinas. Campinas, n.23**, novembro 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2011, p. 23-27.
- BENJAMIN, Antonio H. V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. in: **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão (org). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p.108
- BUOMPADRE, Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 15.v.9**. Jan-abr 2014.
- CASTRO, A. A. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". In: **Revista de Direito Eletrônico**. Petrópolis: IBDE, v. 1, n. 3, 2003. pp. 41-51. ISSN – 1679-1045. Disponível em: <http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf>. Acesso el: 19 de janeiro 2015.
- CASTRO JR., Marco Aurélio de. **Direito e Pós-Humanidade**. Curitiba:Juruá. 2013.
- CHIESA, Luis. Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 13**. v.8, maio-ago. 2013.
- DIAS, Jorge Figueiredo¹ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 49.
- DUARTE, José, **Comentários à lei das Contravenções Penais**. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. **Coleção Pensamento Crítico**. Coordenador Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FELTHOUS, A. R. (1980). **Agression against cats, dogs and people**. **Child Psychiatry and Human Development**, 10 (3): 169-177.
- Heath, G.A.; Hardesty, V. A. & Goldfine, P. E. (1984). Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, 1 (2): 97-100
- e Hellman, D.S. & Blackman, N. (1966). Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, 122: 1431-1435.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Alice bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIORILLO, Celso A. P. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo:Saraiva.2013, p. 12-13
- FIORILLO, Celso A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. S16 ed. São Paulo: Saraiva.2015.

- FRIGOTTO, Gaudêncio. **Cidadania, tecnologia e trabalho**: desafios de uma escala renovada. Tecnologia Educacional, Rio de Janeiro, v. 21, n.107, p.04-10, jul/ago, 1992.
- GARCIA Fabric. „De l'homme et de l'animal : différences de degré, de nature ou d'orientation? **Hominidées**. Disponible en <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acceso el 1 dez. 2015.
- GORDILHO, Heron J. S. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. Curitiba:Juruá. 201,p.61-62.
- GORDILHO, Heron. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução. 2009.
- GORDILHO, Heron. Experimentação animal e hermenêutica constitucional. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado. Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas e Thiago Pires Oliveira (cords). Curitiba: Juruá. 2010, p.518
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Le verdade y la prueba. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia** n.13. Salvador: Fundação Orlando Gomes. 2006, p. 32
- GRECO, Luis- Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004.
- HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Ed. Tirant Lê Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita. *Passim*
- KHALED JR., Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. Disponible en: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf Acceso el: 9 de diciembre de 2015.
- LEAL, Luziane F. S. e ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS**. 2015
- LEVAL, Laerte Fernando. A condiçãoo-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. **Revista Brasileira de Direito Animal** n. 3, v.2. Jul- Dez 2007.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco** (Lei nº 9.605/98). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAOLO, Alessandro. **Uccisione di animali art 544 bis c.p.** – reato – crudeltà. Disponible en: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740
- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5ª Ed. São Paulo, RT, 2013. p 105.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. p.395.
- ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROUANET, Sérgio P. A verdade e a ilusão do pós-modernismo. In: ROUANET, S. P. **As razões do iluminismo**. São Paulo:Companhia das Letras, 1987.
- SANTANA, Luciano Rocha e SANTOS, Clarissa P. G. dos. O crime maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In: **Crimes ambientais**: comentários à lei 9.605/98.

- Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p.159
- SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medioambiente. Traducción de Mariana Sacher de Koster, En: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis**. t 2. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central da Venezuela. 1989.
- SILVA, Tagore T. A. **Direito animal e ensino jurídico**: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução.2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.