

edp

Cuadernos de Derecho Penal



**NUEVAS FORMAS
DE CRIMINALIDAD**

15



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal

Grupo de Investigación en Ciencias Penales
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

15

(Enero-junio de 2016)

NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinador editorial:

RENATO VARGAS LOZANO.

Asistente editorial:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez.*

Doctrina

- La ley de inteligencia colombiana en perspectiva internacional. *José Luis González Cussac.*
- El derecho penal ante el maltrato de animales. *Vicenta Cervelló Donderis.*
- El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido. *César Chaves Pedrón.*
- El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor. *María Alejandra Echavarría Arcila.*
- Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia? *Lizbeth Barrera Rodríguez.*

Jurisprudencia

- Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial. *Juan Sebastián Calderón B. y Felipe Gonzalo Jiménez M.*

Reseñas y recensiones

- Ontiveros, M. (Dir.) (2015). *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico.* México D.F.: Ubijus, 668 p. *Renato Vargas Lozano.*
- Gómez, J. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia).* Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 477 p. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*
- Ruiz, C. E.; Vargas, R.; Castillo, L. & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 214 p. *Camilo Andrade Martínez.*

Entrevista

- Profesor Álvaro Vargas.



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

15

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 15

EDITOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR EDITORIAL

Renato Vargas Lozano

ASISTENTE EDITORIAL

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza
Ph. D. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFIT, Colombia
Ph. D. Ricardo Molina López – Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
Ph. D. Juárez Tavares – Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil
Ph. D. Guillermo Portilla Contreras – Universidad de Jaén, España
Ph. D. Lotario Vilaboy Lois – Universidad de Santiago de Compostela, España
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España
Ph. D. Luis E. Chiesa Aponte – Universidad de Buffalo, EE.UU.
Ph. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España
Ph. D. Walter Perron – Universidad de Freiburg, Alemania
Ph. D. John A. E. Vervaele – Universidad de Utrecht, Holanda
Ph. D. Ricardo Posada Maya – Universidad de Los Andes, Colombia
Ph. D. Kai Ambos – Universidad de Göttingen, Alemania
Ph. D. Renzo Orlandi – Universidad de Bolonia, Italia
Ph. D. Rodrigo González Quintero – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Ph. D. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Ph. D. Miguel Ontiveros Alonso – Universidad Autónoma de Chiapas, México

CONSEJO ASESOR

Prof. Álvaro Vargas
Prof. Mario Trapani
Prof. Nodier Agudelo Betancur
Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta
Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero
Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito
Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Jimmy F. Salcedo Sánchez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Shutterstock.com

Fecha de edición: enero-junio de 2016

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40. Bogotá. D.C.

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3177529

Correo: cuadernos.der.penal@usa.edu.co

Versión electrónica: <http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/index.htm>

ISSN: 2027-1743 / 2500-526x (En línea)

Contenido

I. Presentación.....	7
II. Doctrina	
La ley de inteligencia colombiana en perspectiva internacional <i>José Luis González Cussac</i>	11
El derecho penal ante el maltrato de animales <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	33
El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido <i>César Chaves Pedrón</i>	55
El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor <i>María Alejandra Echavarría Arcila</i>	85
Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia? <i>Lizbeth Barrera Rodríguez</i>	103
III. Jurisprudencia	
Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial <i>Juan Sebastián Calderón B.</i> <i>Felipe Gonzalo Jiménez M.</i>	141

IV. Reseñas y reseñaciones

- Ontiveros, M. (Dir.) (2015). *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*. México D.F.: Ubijus, 668 p.
Renato Vargas Lozano 177
- Gómez, J. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 477 p.
Ingrid Bibiana Muñetones Rozo..... 180
- Ruiz, C. E.; Vargas, R.; Castillo, L. & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 214 p.
Camilo Andrade Martínez 182
- #### V. Entrevista
- Profesor Álvaro Vargas 187

I

Presentación

Nos complace entregar a nuestros lectores este número de la revista, con sus habituales cuatro secciones de doctrina, jurisprudencia, reseñas y recensiones y entrevista, acompañada de un nuevo formato.

La destinada a la doctrina, dedica tres de sus cinco artículos a diversas formas de delincuencia, en cierta medida, ‘novedosas’ –el maltrato animal, la publicidad engañosa o el plagio– y ese es el motivo por el cual este volumen lleva el nombre de ‘Nuevas formas de criminalidad’. A los trabajos mencionados se suman un par más referidos a otros temas de igual interés –las actividades de inteligencia o el principio acusatorio–, tanto académico como práctico.

Así, la primera contribución, de autoría del Profesor Dr. José Luis González Cussac e intitulada *La ley de inteligencia colombiana en perspectiva internacional*, presenta algunas observaciones críticas generales a la Ley 1621 de 2013 y, a propósito de ella, se refiere al concepto de ‘inteligencia’ y su evolución en los últimos tiempos, sin descuidar los aportes de la doctrina y el derecho comparados sobre el asunto. El tema abordado por el autor es, sin duda, de especial relevancia y harto sensible, sin embargo, pese a ello, no ha tenido mayores desarrollos en el medio, lo cual habla a favor de su inclusión en este ejemplar.

El segundo trabajo, firmado por la Profesora Dra. Vicenta Cervelló Donderis e intitulado *El derecho penal ante el maltrato de animales*, versa sobre una cuestión cuya actualidad es evidente en nuestro ordenamiento, merced a la reciente expedición de la Ley 1774 de 2016. En el mismo, la autora sienta las bases de una discusión que, al tener como punto de partida la idea de los animales como sujetos de derechos dignos de protección jurídica y la evolución del tema en el ordenamiento español, se ocupa de la necesidad de intervención penal, la delimitación del marco legal de tutela correspondiente y la tensión entre las conductas prohibidas y las autorizadas.

En tercer lugar, en el artículo denominado *El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido*, el Profesor Dr. César Chaves Pedrón examina la legitimidad de la decisión político criminal de conminar con sanciones penales los actos de publicidad engañosa, con unos ejes de reflexión muy claros: el modelo económico que impone el Estado social de derecho, la explicación del papel de los consumidores en dicho contexto, la importancia de la publicidad en la orientación de las decisiones de compra y, por supuesto, la determinación del bien jurídico tutelado en estos casos.

La cuarta colaboración, a cargo de la Maestra María Alejandra Echavarría Arcila, se intitula *El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor*. La desafortunada regulación legal de la materia en Colombia, le sirve de pretexto a la autora para adelantar una definición –operativa– de dicha conducta y, con base en ella, proponer –de *lege ferenda*– una fórmula de regulación penal que se corresponda mucho mejor con la naturaleza de la figura en comento y responda a su gravedad en el contexto de la propiedad intelectual en general y de los derechos de autor en particular.

El quinto trabajo, escrito por la Maestra Lizbeth Barrera Rodríguez, se dedica a un tema de carácter procesal que no pierde vigencia: el principio acusatorio. En el mismo, se revisa, en clave crítica, el alcance del llamado principio acusatorio respecto del modelo de enjuiciamiento penal colombiano. De ahí que lleve por nombre *Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia?*

En el apartado jurisprudencial, se incorpora el análisis crítico de la sentencia emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el nueve de julio de 2015, dentro del radicado No. 110016000049200708857 01. El comentario corre por cuenta de los especialistas Juan Sebastián Calderón y Felipe Gonzálo Jiménez, quienes titulan su escrito, de forma bastante ilustrativa sobre el ámbito y el sentido de sus reflexiones, *Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial*.

De otro lado, el espacio destinado a las Reseñas y Recensiones incluye tres libros de reciente publicación: primero, el *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*; segundo, *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*; y, tercero, *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Las reseñas fueron confeccionadas, en su orden, por Renato Vargas Lozano, Ingrid Bibiana Muñetones Rozo y Camilo Andrade Martínez.

Para culminar, la sección de Entrevistas trae la conversación que sostuvimos con el Profesor Álvaro Vargas, docente de nuestra casa de estudios y exitoso abogado en ejercicio, quien nos compartió algunos apartes de su vida académica y profesional.

Estamos convencidos de la importancia de los temas propuestos por los autores a lo largo de las diferentes secciones y, en tal entendido, confiamos en que los contenidos de este número enriquecerán la discusión sobre los tópicos abordados por ellos o, cuando fuere del caso, sentarán las bases para iniciarla.

Agradecemos a los autores por habernos elegido para divulgar sus artículos, comentarios y reseñas; a nuestro entrevistado por el tiempo dedicado a compartir sus experiencias; al grupo de pares que, con sus evaluaciones, ha contribuido a seleccionar los materiales y, por supuesto, a los miembros de los distintos comités que integran nuestra revista Revista por su apoyo. Finalmente, no podemos dejar de expresar nuestra gratitud y la de todo el equipo editorial para con el señor rector de la Universidad, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, por su apoyo a este proyecto.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

II

Doctrina

LA LEY DE INTELIGENCIA COLOMBIANA EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL

*José Luis González Cussac**

Resumen

El artículo analiza el marco que la Ley 1621 de 2013 fija a las actividades de inteligencia. La regulación de esta materia es bienvenida, pues permite a los ciudadanos conocer cuándo y bajo qué condiciones se pueden restringir sus derechos, al tiempo que reivindica el principio del imperio de la ley, en tanto fija límites a la actuación estatal y a sus servicios de inteligencia. Sin embargo, la ley se ocupa de una actividad especialmente sensible a la cual es connatural el carácter reservado y que puede comprometer de modo serio los derechos de las personas; por ello, es necesario revisar con atención la normatividad aludida para identificar algunos de sus problemas y adelantar posibles soluciones, sin obviar la experiencia –y los desarrollos– en otras latitudes sobre el particular.

Palabras clave

Ley de Inteligencia, servicios de inteligencia, información reservada, desclasificación de información.

Abstract

This paper analyses Act 1621 of 2013 that rules the state intelligence activities in Colombia. This regulation is welcome, because it allows citizens to know when and under what conditions it is possible to restrict their civil rights and, at the same time, it reinforces the principle of the rule of law by setting limits to the activity of intelligence services. However, its subject is a confidential activity that might compromise people rights; therefore, it is necessary to carefully review the aforementioned Act to identify some of its –main– problems and offer possible solutions; to do so it will be useful to examine the experiences and regulations of other countries on the same matter.

Keywords

Intelligence activities, intelligence services, confidential information, declassification of information.

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, España. Director del Departamento de Derecho Penal de la misma casa de estudios.

Introducción

En estas líneas solo dispongo de espacio para trazar algunas de las cuestiones que desde la perspectiva jurídica plantea esta Ley de Inteligencia (Ley 1621 de 2013), pero he de advertir que el reto, aunque modesto, no es en absoluto sencillo. Y no lo es por varias razones: la primera responde, desde luego, al formato del artículo, que al ser reducido impone seleccionar las materias más importantes y afrontarlas además de un modo muy sintético, casi meramente descriptivo, esto es, sin la profundidad que una materia de esta naturaleza requiere.

La segunda dificultad trae causa en lo reciente de la expedición de la ley y, por consiguiente, en la imposibilidad de conocer, con certeza, la eficacia de su aplicación o los problemas prácticos que la misma suscita en la realidad. Por tanto este trabajo transita por el incierto terreno de las hipótesis, es decir, de anticipar ciertos problemas interpretativos que quizás se verifiquen o tal vez no.

La tercera advertencia es consustancial a toda regulación de las actividades de inteligencia, pues, por definición, son secretas. Ello añade serias restricciones a su conocimiento y estudio en cualquier país, como es desde todo punto obvio.

Con todo, a pesar de todas estas cautelas, es posible esbozar algunos comentarios básicos desde la experiencia del derecho comparado, advirtiendo tanto de logros y aciertos como de las posibles carencias o contradicciones o lagunas observadas en esta norma, pero lo más importante quizás es, y sobre todo viniendo de un extranjero, situarla en comparación con las tendencias y modelos existentes en el Derecho comparado e internacional. Naturalmente, se expondrán desde el pertinaz espíritu crítico propio de cualquier trabajo académico, aunque siempre con la intención de colaborar en un mejor servicio al interés general.

En todo caso, la primera valoración ha de ser muy positiva, porque en un Estado de derecho, por definición, todos los poderes públicos y todos los ciudadanos están sometidos al 'imperio de la ley'. Por consiguiente, la más elemental exigencia de seguridad jurídica impone la regulación precisa y pública de cualquier actividad. Y de esta exigencia no escapa nada ni nadie: tampoco los servicios de inteligencia. De modo que la expedición de una ley en la materia contribuye, sin duda, a perfilar las funciones constitucionales asignadas a los departamentos competentes para garantizar la defensa y seguridad nacionales.

De igual forma, resulta vital para que los ciudadanos y el conjunto de la sociedad conozcan cuándo pueden ser restringidos legítimamente sus derechos, pero también para conocer los límites del Estado y sus posibilidades de demanda de protección en caso de abuso. Con otras palabras, una regulación escrita de los servicios de inteligencia afianza su funcionamiento y su visualización por la sociedad como un servicio público legítimo, fiable, eficaz y normalizado. De ahí que una norma de esta naturaleza deba contener el marco constitucional y legal de sus actuaciones, finalidades, objetivos y funciones; su organización y estructura; el régimen y acceso de sus integrantes; los controles externos e internos; y los procedimientos de coordinación y cooperación en el ámbito nacional e internacional.

Finalmente, una ley de inteligencia permite que los servidores públicos de inteligencia conozcan fielmente sus obligaciones, lo que sin duda contribuye a una mejora indiscutible de la calidad y eficacia de su labor.

En suma, una ley de inteligencia es una herramienta básica, esencial e imprescindible para toda la sociedad democrática, porque establece reglas claras de actuación. Sin reglas nadie sabe a qué atenerse con certeza y esa incertidumbre no es buena para ninguna comunidad. Ni tampoco para su seguridad colectiva e individual.

Tendencias en el derecho comparado e internacional

Una tendencia fuerte y constante en las últimas décadas empuja hacia la institucionalización de los servicios de inteligencia; esto es, a una reforma de sus leyes o a la creación de nuevos instrumentos normativos más precisos y más transparentes. En términos generales, puede decirse que dicha tendencia se inició en la década de los setenta del pasado siglo en Europa Occidental, EE.UU. o Canadá y, con la caída del Muro de Berlín, se extendió a algunos países de Europa Oriental. Hasta prácticamente los primeros años del siglo XXI dicha orientación no se aprecia con claridad en Iberoamérica, a excepción de Brasil, ya en 1999, pero desde entonces esta dirección también se manifiesta en varios países tales como Argentina y Perú en 2001, Chile en 2004 y Guatemala en 2005.

Indudablemente, a este cambio han contribuido el nuevo escenario geopolítico mundial y regional, la aparición de nuevas amenazas, la revolución tecnológica, la consolidación y el fortalecimiento de los sistemas democráticos, la crisis económica y otros factores comunes o singulares. Todos ellos han impulsado a los Estados a dotarse de regulaciones normativas de las actividades de inteligencia (Ugarte, 2000, pp. 11-17 y pp. 343 y ss).

Desde la perspectiva interna, destaca la preocupación por establecer mecanismos de controles parlamentarios y gubernamentales efectivos, así como la exigencia de adecuar las actuaciones de inteligencia a los cánones mínimos de respeto a los derechos y garantías fundamentales. Y, desde la perspectiva exterior, superada la tensión de la Guerra Fría, el clima mayor de unas relaciones internacionales más pacíficas ha facilitado el nacimiento de numerosos instrumentos de coordinación y cooperación, o el desarrollo de núcleos de inteligencia en organismos internacionales. Todo lo cual, a su vez, ha requerido un incipiente cuerpo normativo.

En síntesis, puede afirmarse que los servicios y actividades de inteligencia han progresado hacia una normalización jurídica propia del Estado democrático de derecho (Born & Leigh, 2005, pp. 3-22). El avance se ha logrado con normas escritas que determinan las funciones, finalidades, estructura orgánica, procedimientos de actuación, controles externos e internos, acceso y régimen jurídico de los funcionarios adscritos, coordinación y colaboración entre los diversos departamentos de seguridad, presupuesto y gasto y proceso de clasificación y desclasificación de información (Díaz, 2001, p. 157). Sin lugar a dudas, todo ello ha

fortalecido la legitimación de las actividades de inteligencia mediante un mejor y mayor recurso al derecho.

Los nuevos retos de las normativas de inteligencia

En las ciencias sociales, el tiempo y el espacio lo cambian todo, aunque con diferente impacto; más aún en nuestra era, tan extraordinariamente mutable. El derecho y la inteligencia, y su intersección, tampoco escapan a esta máxima, de modo que debemos detenernos en las cuestiones no resueltas todavía o en aquéllas que arrastran dificultades y problemas desde tiempo atrás. Es decir, nuevas y viejas cuestiones que, en ocasiones entrelazadas, obligan a continuar buscando fórmulas normativas que ofrezcan pautas estables de resolución de estos conflictos.

Uso y límites de las nuevas tecnologías.

Tanto en el plano internacional como en el nacional sobresale una: el uso de las nuevas tecnologías y el impacto que ello comporta para los derechos fundamentales de los ciudadanos, para las empresas y para los Estados. El derecho a la intimidad personal, el secreto económico e industrial de las corporaciones, y la información reservada de los Estados, se ven amenazadas por la intromisión y el espionaje, facilitado por el desarrollo constante de mecanismos e instrumentos tecnológicos. Esta materia ha sufrido un giro radical en los últimos años y ni la comunidad internacional, ni las naciones, han sido capaces de dar respuesta normativa clara y precisa a los límites y controles en la utilización, hoy desmesurada, de estas nuevas herramientas. Es un reto de la mayor transcendencia tanto para el derecho como para la seguridad. Basta recordar la creciente proliferación de términos en este campo: ‘ciberamenazas’, ‘ciberdelitos’, ‘ciberseguridad’, ‘ciberguerra’, ‘ciberespacio’, ‘ciberterrorismo’.

Reconstruyendo la categoría de seguridad interior.

Mientras que la noción de ‘seguridad exterior’, sus amenazas y respuestas, aparecen generalmente bien definidas legalmente, la de ‘seguridad interior’ sigue mostrando algunas insuficiencias. En cierta forma, puede afirmarse que el interés se ha desplazado singularmente hacia esta última categoría, focalizando el impacto potencial de las actividades de inteligencia sobre la misma. Tres son los puntos centrales de esta inflexión, aunque me concentraré en el tercero, de tal forma que solo enunciaré los dos primeros.

El primero, está referido a la necesidad de desarrollar normas idóneas para regular la gestión de los servicios de inteligencia, o sea, de acercar esta materia a la más amplia y bien construida de las políticas públicas, donde entre otros ejes se trazan estándares de eficiencia, eficacia y control presupuestario (Ugarte, 2005, pp. 47-51).

El segundo, discurre por la necesidad de precisar normativamente las prioridades de los servicios de inteligencia en sus actividades destinadas a preservar la seguridad interior. Así, unos optan porque sea la propia Ley de Inteligencia la que

contenga y ordene estas prioridades. Por el contrario, otros advierten de la dificultad de hacerlo en una clase de norma tan estable como es una ley y, por ello, abogan por el recurso a su enumeración en otros instrumentos normativos de rango inferior y actualizables regularmente, por ejemplo, a través de planes o directivas anuales de inteligencia; desde luego, existen fórmulas mixtas que combinan ambas técnicas normativas.

Tampoco hay que desconocer la posible confusión de niveles o conceptos, pues desde una consideración teórica básica se debe diferenciar lo que son las funciones generales (propias de describirse en una ley), de lo que es la concreción y jerarquización de las actividades. Esta última es la referencia más próxima a la noción de 'prioridades', inevitablemente cambiantes y, por lo tanto, necesariamente objeto de regulación en normas igualmente modificables. Por consiguiente, una correcta técnica legislativa debe recurrir a normas con rango inferior a la ley, de naturaleza más flexible, y de mayores facilidad y rapidez de modificación.

Conviene aquí recordar la complejidad y diversidad de 'agendas nacionales de seguridad', incluso en la misma región. La mutación de las amenazas o la aparición de algunas nuevas, arroja luz a la decisión de optar en este ámbito por reglas flexibles y adaptables y, en todo caso, subrayar que los objetivos estratégicos corresponde fijarlos al poder ejecutivo, quien a su vez es el destinatario final de la inteligencia (Sanz, 2012).

El tercero, en el cual me detendré, está vinculado a la categoría de la seguridad interior y que no es otro que el ascenso de la llamada inteligencia criminal o inteligencia policial (Ugarte, 2012). Esta progresión no debería extrañar a nadie, pues es obvia la concurrencia de diferentes agencias estatales de seguridad en materias comunes como terrorismo, crimen organizado (drogas, armas, personas, lavado de activos, corrupción), protección del orden constitucional, extremismo y radicalismo ideológico, 'ciberseguridad', protección de recursos ambientales, etc. Sin embargo, fusionar las palabras 'inteligencia', 'policía' o 'crimen' es más sencillo que comprender todo su complejo significado y consecuencias; en realidad, ello esconde sutiles –aunque fundamentales– cuestiones que afectan a los pilares básicos de la arquitectura jurídica del modelo de seguridad y justicia de un Estado.

En realidad, es clave definir y construir con claridad y precisión el sistema en el que las diferentes agencias de seguridad y defensa deben tener unas competencias, funciones y controles definidos. Desde luego, deben establecerse protocolos de coordinación y cooperación, pero siempre partiendo de la autonomía funcional de cada uno. Históricamente, todos sabemos de unidades de inteligencia militar que mantienen cada vez más un perfil técnico y circunscrito a sus funciones constitucionales, por lo general orientadas a la seguridad exterior; por consiguiente, salvo escasas excepciones, el problema de delimitación se produce entre las agencias de inteligencia civil y las policiales.

A mi juicio, la distinción es fundamental, porque si el lenguaje sirve para algo, en este caso ha de expresar diferentes funciones constitucionales y que, en tanto

diferentes, conllevan regímenes jurídicos diversos. Con mayor claridad puede decirse que en el seno de modelos constitucionales propios de un Estado democrático de derecho, es posible la coexistencia de servicios de inteligencia con funciones diferentes a las atribuidas a los servicios policiales. En particular, está muy extendido configurar organismos encargados de elaborar inteligencia estratégica y sin ninguna competencia policial; por su parte, la finalidad capital de la policía es prevenir y perseguir delitos. La distinción aparece crucial, porque, entonces, la diferencia entre la inteligencia practicada por unos y otros es sustancial (González, 2011, pp. 267-294).

De veras, ambas inteligencias poseen aquél punto de encuentro de materias comunes que genéricamente pudiera referirse al objetivo de la prevención de delitos, pero, desde luego, los servicios de inteligencia estratégica jamás tienen –en este modelo– la misión de perseguir delitos. Aquí es donde reside la clave de bóveda: las agencias de inteligencia estratégica no persiguen delitos ni tampoco su misión es acopiar pruebas incriminatorias [Estévez (2005) cita la doctrina alemana de *Trennungsgebot*]. Por eso mismo, es posible e incluso conveniente que unos y otros estén sometidos a diferentes grados de control judicial, normas de obtención de pruebas y de sometimiento estricto al principio de legalidad.

Las diferencias se aprecian más claramente si, junto a la noción de ‘inteligencia criminal’, añadimos las de investigación criminal o delictiva y de ‘actuación policial orientada por inteligencia’ (*Intelligence-led policing*).

La inteligencia criminal debe estar orientada a prevenir delitos, neutralizando amenazas serias, graves, probables e inminentes contra bienes jurídicos esenciales en el correspondiente ordenamiento jurídico. Técnicamente, su tiempo de actuación es en fase de preparación del delito. Incluso, puede que los actos realizados no sean todavía punibles legalmente –actos preparatorios impunes–; en este sentido, puede emplearse, en ocasiones, como un recurso extrapenal de las políticas de seguridad. Ahora bien, aunque disponga de un cierto margen de discrecionalidad, siempre deberá actuar bajo control judicial, singularmente en casos de utilización de medios susceptibles de intromisión en los derechos fundamentales –intimidad–. Tampoco es sencillo definir el procedimiento y validez de incorporación como prueba al proceso penal de las informaciones obtenidas.

Por su parte, la investigación criminal es un concepto sólidamente construido en una centenaria tradición jurídica en la que sobresalen las pautas de actuación contenidas en las leyes penales sustantivas y procesales, así como en las normas policiales y conocimientos de criminalística y policía científica y forense. Es competencia de los cuerpos policiales y está destinada a la represión y persecución de hechos delictivos, con estricto sometimiento al principio de legalidad, pleno control judicial y finalidad de adquisición de pruebas. En síntesis, se trata de una actividad de inteligencia sumamente reglada y formalizada (González, 2012, pp. 287-289).

Más recientemente, se ha ido acuñando la llamada ‘actuación policial orientada por inteligencia’. Con este título se quiere designar el uso de la inteligencia como herramienta para la toma de decisiones orientadas a la reducción de delitos y a su prevención.

El auge de la inteligencia criminal y de otras categorías asociadas, además de su interés intrínseco, aporta un ángulo excelente para apreciar un cambio sustancial de tendencia en las actividades de inteligencia: la popularidad del modelo de policía comunitaria y de las actuaciones policiales orientadas por inteligencia, ha abierto el debate sobre su idoneidad para exportarlo a las clásicas agencias de inteligencia militares o civiles. En este contexto se habla del tránsito del modelo de la ‘seguridad nacional’ al de la ‘seguridad pública’; de la integración de dimensiones humanas, locales, nacionales e internacionales en la noción de seguridad –perspectiva antropocéntrica–; y traslación desde la seguridad exterior a la nueva noción de seguridad interior del criterio de ‘todos ganan cuando uno gana’ –no suma cero–.

Sin embargo, el pretendido tránsito desde la seguridad nacional a la seguridad pública comporta, también, importantes modificaciones del régimen jurídico. Este último, como se acaba de exponer, procede esencialmente de la actuación y funciones policiales, que ya vimos, vienen determinadas por un estricto control de legalidad, supervisión judicial y recursos probatorios. Por lo tanto, con la fusión de los conceptos de seguridad se está también equiparando el régimen jurídico de todas las agencias de seguridad e inteligencia.

En mi opinión, la tendencia hacia un sometimiento pleno al derecho de todas las agencias de seguridad e inteligencia es innegable. Ahora bien, sometimiento no significa necesariamente igualdad completa e idéntica en el canon de legalidad ni del grado de supervisión y control judicial. Por supuesto, cuanto mayores son los controles, la transparencia y la confrontación de informaciones, aumentan el interés y aprobación social hacia las instituciones y sus actividades, y se reducen las posibilidades de abuso, impunidad y de lesión de los derechos fundamentales.

El reto consiste en establecer reglas que permitan un mayor nivel de rendición de cuentas y supervisión de los servicios de inteligencia sin que ello comprometa nuestra seguridad. De ahí que es menester explorar fórmulas creativas que permitan establecer procedimientos de control judicial sin riesgo de exponer métodos, fuentes y personas.

En todo caso, esta corriente alcanza tanto la mencionada necesidad de control presupuestario y de eficacia –gestión de políticas públicas–, como al de legalidad o adecuación de sus actividades, dentro o fuera de su territorio, al respeto a los derechos y garantías fundamentales. Hasta ahora, la gran autonomía de las agencias de inteligencia se había podido mantener merced a las expectativas sociales de éxito en la neutralización de amenazas vinculadas a la categoría de seguridad nacional que, para muchos, conlleva cierto grado de eficacia extralegal. Sin duda el fenómeno del terrorismo es un buen ejemplo de esto último, como también de las dificultades de mantener –en la actualidad– la tradicional y rígida separación entre

seguridad exterior y seguridad interior. Pero, justamente, el terrorismo es definido en la mayoría de legislaciones nacionales e internacionales como un delito común, esto es, no político y, en consecuencia, debe ser perseguido y reprimido como tal (González, 2016, pp. 115-135).

Dejando ahora de lado los ricos matices de esta dinámica, la tendencia hacia la democratización de la idea de seguridad significa indudablemente un nítido tránsito desde el 'Estado de seguridad' a un 'Estado de derecho', con defensa de los principios democráticos (Swenson, 2009). Estos avances exigen nuevas normas sobre estructuras, funciones y controles en la práctica de las actividades de inteligencia. Hoy no se discute tanto sobre su legitimidad, sino más bien sobre un nuevo enfoque de la tensión entre secreto y publicidad. El grado de transparencia, autonomía, visibilidad y penetración de los servicios en la sociedad avanza en la dirección apuntada de un mayor sometimiento al derecho y a un incremento de su neutralidad en las decisiones de la política interior.

Por último, señalar que la evolución de la inteligencia desde una inteligencia militar hacia una 'inteligencia ampliada' conlleva la necesidad de compartir estas funciones entre diversas agencias de distinta naturaleza. Esta tendencia es innegable y satisfactoria, aunque deben prevenirse los riesgos de una militarización de la policía, o de una policialización de las fuerzas armadas y de los servicios de inteligencia estratégica (Swenson, s.f.).

Información compartida.

Otra esfera de alta complejidad es la relativa a la regulación del manejo de la denominada 'información compartida'.

Recientemente, algunos académicos norteamericanos han llamado la atención sobre la nula formalización y supervisión de la información intercambiada en las redes internacionales de inteligencia (Swenson, s.f.). La escasa formalización comienza en la misma toma de los acuerdos, procedimientos y uso de esta clase de información compartida, pues ello corresponde a las agencias de inteligencia con total autonomía. Es más, en numerosos supuestos ni siquiera responden a un protocolo institucionalizado entre las agencias, sino que nace, se desarrolla y finaliza en el compromiso individual de los agentes y oficiales a título personal.

Las exigencias de mutua confianza y de protección de métodos y de fuentes han permitido levantar un 'ambiente libre de restricciones' que se traduce en excepciones hasta en los procedimientos de desclasificación y en una falta significativa de control tanto desde el derecho interno como desde el derecho internacional. Las dificultades y excepcionalidad del principio de aplicación ultraterritorial de la ley, y la limitada jurisdicción de los tribunales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, favorecen la creación de espacios opacos, fuera de cualquier control jurídico y de alto riesgo para los derechos fundamentales.

De particular interés es el régimen de las acciones encubiertas –clandestinas o negables– fuera de las fronteras de un determinado país: aquí se aprecia con claridad la casi absoluta falta de reglas aplicables y de supervisión de estas actividades, porque para el derecho interno del país del servicio que las ejecuta puede oponerse el principio de aplicación territorial de la ley penal. A ello se suman las limitaciones de la jurisdicción internacional penal. Y por último, en el país donde se realizan, puede existir desconocimiento, falta de medios para perseguirlas eficazmente o connivencia interesada con las mismas.

Por ejemplo, los servicios exteriores del Estado A solicitan a la policía o los servicios del país B que detengan u obtengan información dentro de su territorio de personas nacionales o extranjeras para luego intercambiarla. O a la inversa, las agencias de seguridad del Estado Z requieren a los servicios extranjeros del país Y para que obtengan informaciones que ellos no pueden obtener lícitamente en su territorio conforme a su legislación. En definitiva, *quid pro quo* y absoluta falta de transparencia y control jurídico en este oscuro ámbito.

Estas prácticas deben ser reconducidas a los criterios generales, esto es, al sometimiento al derecho, y no es suficiente el recurso a reglas éticas internas de los propios servicios. Desde luego, existen muchas fórmulas jurídicas que concilien la necesidad de mantenimiento de la mutua confianza y del secreto de métodos y fuentes con las exigencias de control y adecuación a los derechos fundamentales.

En resumen, este ámbito constituye una de las últimas fronteras de opacidad de los servicios de inteligencia, y por consiguiente requiere reconciliar el secreto de Estado y las actividades de inteligencia con la sociedad de un Estado de derecho, mediante el recurso a reglas jurídicas.

Conclusión.

Podemos concluir advirtiendo de una continua evolución desde una inteligencia en origen militar (preparación de guerras y defensa nacional), que transitó después por un entendimiento de la seguridad interior condicionado por el escenario de la Guerra Fría y con notable autonomía de actuación de las agencias de inteligencia; hasta aproximarse, actualmente, a una fórmula que algunos identifican como ‘inteligencia pública’ que demanda y exige un control permanente.

Observaciones críticas a la Ley de Inteligencia colombiana

Tras este sintético repaso a las tendencias y retos que en esta materia se observan en clave comparada e internacional, estamos en mejores condiciones para efectuar una valoración de la Ley de Inteligencia Colombiana que, recuérdese, fue objeto de control constitucional previo mediante la Sentencia C-540 de 2012.

La primera idea fuerte ya ha sido anunciada: solo por el hecho cierto de estar hablando de una Ley de Inteligencia ya debemos emitir un juicio positivo. En este sentido verificamos que también Colombia camina en la misma dirección que el resto de países democráticos, es decir, hacia regulaciones escritas de las actividades

de inteligencia. Esto es, discurre en la normalización de la actividad de inteligencia como parte de las políticas públicas y con pleno sometimiento al derecho.

En el caso colombiano, el trámite se sujetó a lo previsto para las leyes estatutarias –bastante más exigente, desde el punto de vista formal, que el previsto para las leyes ordinarias–, lo cual se corresponde con la relación entre la temática desarrollada en la Ley de Inteligencia y los derechos fundamentales. La pertinencia del trámite aludido fue explicada por la Corte Constitucional colombiana en los siguientes términos:

Esta Sala encuentra que el contenido del proyecto de ley revisado que concierne al desarrollo de actividades de inteligencia y contrainteligencia, envuelve indubitablemente regulaciones que comprometen elementos estructurales y básicos de los derechos fundamentales como la intimidad, el habeas data, el buen nombre, el acceso a la información, el debido proceso y el principio de legalidad, lo cual explica que su aprobación se cumpla bajo la reserva de ley estatutaria (art. 152, lit. a) superior). Puede afirmarse que las disposiciones del proyecto de ley estatutaria sistematizan dentro de un cuerpo legal materias que atañen y resultan próximas al contenido esencial de los derechos fundamentales. Imponen limitaciones a su ejercicio y regulan aspectos principalísimos de estos derechos. Además, sus preceptos en principio buscan estatuir un sistema normativo integral (C- 540 de 2012, pp. 96-97).

En segundo término recordar dos frases muy conocidas que –creo– expresan muy claramente algo que todos compartimos y debemos tener presente. Comienzo con aquella que reza: ‘la práctica de inteligencia es la última expresión de una identidad y soberanía nacional’. Y, añadido, la que asegura que una de las mejores formas de conocer la cultura y la identidad de un país es estudiar las prácticas de sus servicios de inteligencia. En efecto, una ley de inteligencia, como una ley electoral o una ley penal, regulan materias tan esenciales para la convivencia de un pueblo que necesariamente expresan sus valores más profundos. De suerte que la mirada de un extranjero a cualquiera de estos cuerpos legislativos le permite comprender y conocer mucho mejor la cultura íntima de ese país.

Así pues esta ley –como cualquier otra– es hija de un contexto histórico determinado y fuera de él no puede interpretarse. Este contexto, en cuanto a la Ley de Inteligencia se refiere, viene marcado de forma particularmente decisiva por dos factores claves: primero, el largo conflicto armado y la presencia de poderosas organizaciones criminales; y, segundo, el tratamiento judicial, mediático y político de algunos casos de persecución de los fenómenos descritos.

Sin embargo, en mi opinión, resulta igualmente significativa la disolución del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), puesto que este dato confirma una máxima advertida por todos los estudiosos de la materia: todo asunto de inteligencia que se judicializa no solo se convierte en lo que los juristas llamamos un ‘caso difícil’, sino también en un escándalo político, en el que los servicios secretos, irónicamente, se convierten, a su pesar, en el centro diario del escrutinio de la opinión pública (González, 2012, pp.141-160). Cuando esto ocurre siempre cambia algo: no solo personas, sino también instituciones, y nacen leyes nuevas o

reformas de las anteriores. Se trata de ofrecer a la sociedad una solución a los abusos o errores, o al menos, una apariencia de solución. Pero el mayor riesgo, a juicio de los especialistas, es entonces abrazar una tipología de cultura de inteligencia, caracterizada por empezar desde ‘el año cero’.

Igualmente se acredita que las ‘agendas de seguridad’ son muy complejas de perfilar y menos de reducir a parámetros comunes. Esto es claro en una perspectiva internacional, pero también sucede en el ámbito regional; el ejemplo del área de América Latina lo confirma, pues la diversidad geográfica, geopolítica, económica y social exige matices entre los diversos países a la hora de diseñar sus respectivas agendas de seguridad.

Ciertamente, todos los países de este área comparten factores: fin de la época de Guerra Fría, terminación o avance hacia el final de guerras civiles y conflictos internos, reducción del uso de la violencia institucional, concurrencia hacia la formalización e institucionalización o, en fin, disminución de conflictos interestatales y camino decidido hacia la cooperación (MERCOSUR; CARICOM, Comunidad Andina de Naciones). De suerte que hoy los riesgos son sustancialmente distintos de los anteriores, o cuanto menos, han surgido nuevas amenazas. Entre ellas, destacar las relativas a la seguridad económica y energética, las vulnerabilidades sociales (pobreza extrema, exclusión y marginalidad), las medioambientales, los desastres naturales y las pandemias o la ciberseguridad (Rodríguez, s.f.).

No es menos cierto que en algunos países subsisten viejos riesgos y en ocasiones estos han mutado. En particular la aparición o permanencia de agentes no estatales hostiles y la fragilidad institucional. Una enumeración sucinta es suficiente para enmarcar el análisis: terrorismo, crimen organizado (tráfico de drogas, armas, personas, violencia, corrupción), el denominado narcoterrorismo, y bandas criminales juveniles. La seguridad de las fronteras y la inmigración desordenada constituyen también problemas muy graves. Por el contrario, se confirma un bajo riesgo de conflictos armados entre Estados (Rodríguez, s.f. y Organización de los Estados Americanos, 2003).

Así, pues, estos cambios han condicionado inevitablemente la paulatina transformación de las agendas de seguridad del área de Iberoamérica. Singular mención merece el tránsito hacia concepciones más amplias y antropocéntricas de la seguridad, que superan el tradicional entendimiento de la seguridad nacional/estatal. Y sobre todo, que evitan errores del pasado que identificaban la seguridad nacional con los intereses de un gobierno, de un grupo o partido, o aún peor, de personas concretas. En resumen, se constata una evolución hacia la ‘inteligencia pública’ y una auténtica cultura de inteligencia nacional.

Como advierten Swenson y Lemory (2009), la inteligencia estratégica solo puede encontrar espacios y un desarrollo adecuado en aquellos países que posean un proyecto e intereses nacionales definidos con claridad y compartidos en un amplio consenso. En verdad existen diversas tipologías de culturas nacionales de inteligencia, pero la globalización obliga a una delicada combinación de valores

con un realismo pragmático. Los mitos, las utopías y el idealismo sin ponderación conducen inexorablemente hacia el fracaso.

El conjunto de coordenadas descritas debiera estar presente en la ley de Inteligencia de Colombia. De otro modo, nacería ya como un texto anacrónico, lastrado por el pasado y por consiguiente limitado para dar respuestas eficaces al presente.

El art. 2 se limita a definir solo las funciones de inteligencia y la contrainteligencia. Es justamente a partir de aquí que llama la atención la ausencia de referencia a las ‘acciones encubiertas o clandestinas’, esto es, a la posibilidad de utilizar y poseer medios y actividades bajo cobertura. En esta línea, aunque se regula el uso de identidades diferentes de los agentes de inteligencia (arts. 40 y 41), me parece parca la norma al no hacer referencia explícita a esta técnica extendida a vehículos y otra clase de certificados personales o económicos.

En el art. 3 se señalan las agencias competentes mediante una técnica mixta de *numerus clausus* y *numerus apertus*. Es decir, primero se enumeran con precisión y detalle las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional organizadas por estas para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), pero, a continuación se abre a ‘los demás organismos que faculte para ello la ley’. Es obvio que falta una referencia expresa en esta ley, o en otra, a la Dirección Nacional de Inteligencia.

El art 4, referido a los límites y fines de la función de inteligencia y contrainteligencia, resulta interesante, porque la mayoría de sistemas legales hacen referencia exclusivamente al sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico nacional o interno, pero no incluyen, como lo hace la regulación colombiana, una referencia expresa y sin matices al Derecho Internacional Humanitario ni al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta inclusión puede resultar problemática, porque si los Tratados y Convenios Internacionales ya están suscritos y ratificados por la República de Colombia, ya se han incorporado y forman parte del ordenamiento interno. Y si no lo están, su referencia en este precepto, abre la posibilidad de aplicación a actividades de inteligencia desplegadas en territorio colombiano ‘más allá y por encima del derecho nacional’ y a instancia tanto de personas físicas y jurídicas nacionales como extranjeras. Por ello, cabe preguntarse si tal consagración supone una renuncia –gratuita– de soberanía.

Lo relativo al art. 5, referido a los principios, suscita una primera duda en cuanto a si una interpretación literal obligaría a una verificación y justificación detallada de la actividad y fines, conforme al art. 4, en cada operación concreta.

Tampoco parece conveniente la exigencia de verificación de necesidad, sencillamente porque no todas las actividades de inteligencia comportan un impacto en los derechos fundamentales, ¿por qué habría que elegir otros procedimientos menos gravosos si los electos no restringen ni limitan derechos de los ciudadanos? Hay que recordar que, según todos los estudios existentes, más del 90% de la información obtenida por los servicios de inteligencia procede de fuentes abiertas que, por definición, no suponen limitación alguna de derechos de los ciudadanos.

Por último, este precepto no distingue adecuadamente los cánones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Conforme a doctrina constitucional muy extendida, un estándar es la adecuación a fines legítimos y constitucionales (legitimidad del fin perseguido), otro se refiere a la necesidad en abstracto de adoptar medidas restrictivas de derechos (no hay otro medio posible y está justificado el sacrificio) y, finalmente, el canon de proporcionalidad en sentido estricto o del caso concreto, que examina si los medios empleados son exagerados para el objetivo.

El Capítulo III (arts. 10 a 13), relativo a la coordinación y la cooperación de las agencias de inteligencia y contrainteligencia, contiene, más bien una declaración de intenciones que un auténtico procedimiento.

La reunión de la Junta de Inteligencia Conjunta (JIC) se establece mensualmente ('al menos una vez al mes'), lo que no es común en el derecho comparado que generalmente la fija con carácter semanal. En cuanto a su composición, echo de menos la presencia de los máximos responsables de los ministerios de relaciones exteriores, economía e interior. Tampoco se define qué representante actúa como secretario ni la coordinación de la comunidad nacional de inteligencia.

En cuanto al control y la supervisión (arts. 14 a 27 del Capítulo IV), puede advertirse que, en las autorizaciones de las operaciones, surge de nuevo la problemática remisión al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no solo en punto de las autorizaciones (art. 15), sino, también, en el diseño y/o adecuación de los manuales de inteligencia y contrainteligencia (art. 16).

Muy debatido en el espacio europeo es el monitoreo o captación de los datos de tráfico en las comunicaciones cerradas, y si deben estar sometidos a una autorización judicial previa o basta un control judicial posterior. Tampoco es sencilla la regulación sobre las compañías de comunicaciones acerca de la obligación de almacenamiento y custodia de estos datos y del contenido. El art. 17 parece considerarlo legal en cualquier caso, a condición de que sean 'debidamente' incorporadas dentro de órdenes de operaciones o misiones de trabajo.

Naturalmente, es siempre polémico el régimen de la interceptación de las comunicaciones cerradas. Sabido es que muchos países no requieren la autorización judicial previa o que otros, aunque si la requieren, no se lleva a cabo en el marco de un proceso penal sino por jueces *ad hoc* dentro de un procedimiento especial y secreto, por ejemplo, en España.

Cabe preguntarse si, a la luz de la fórmula legal empleada, se equipara –jurídicamente– a todos los servicios de inteligencia con la policía y, consiguientemente, se restringe la interceptación de las comunicaciones a la averiguación de delitos. En caso de una respuesta afirmativa, se cerraría el paso a la elaboración de inteligencia estratégica que requiera de interceptaciones, la cual es de singular importancia dentro de la seguridad económica, pues las restricciones impuestas a los servicios de inteligencia colombianos les restaría competitividad

frente a los de otros países, incluso dentro del territorio nacional. Esto limitaría extraordinariamente las funciones de contrainteligencia en una materia que, amén de ser hoy una de las prioridades en todas las agendas de seguridad nacional, no siempre incurre en actividades delictivas; basta poner el ejemplo de acciones de influencia a través de *lobbys*.

En mi opinión, el tenor del art. 15 de la Constitución Política permite un régimen jurídico de las interceptaciones de las comunicaciones semejante al de otros países democráticos, en los que se equilibra la protección del derecho fundamental a la intimidad y las funciones de inteligencia y contrainteligencia estratégica, por definición no vinculadas necesariamente a la práctica de conductas delictivas.

Es aquí donde es menester comenzar por recordar la diferencia básica en las competencias, funciones y finalidades de los servicios de inteligencia, en relación a las desempeñadas –conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico– por los servicios policiales.

Como se ha expuesto en los anteriores apartados, la diferente finalidad perseguida por agencias de inteligencia y policiales, deviene determinante en la comprensión y calificación del problema. En efecto, pues la intromisión en la intimidad practicada por los servicios policiales se inscribe necesariamente en el marco de un proceso penal y está orientada al acopio de evidencias destinadas a la represión de hechos delictivos; de ahí que se exija su práctica conforme a unas estrictas garantías. Sin embargo, la intromisión en la intimidad provocada en el desarrollo de las actividades de los servicios de inteligencia –aun cuando comporten el mismo grado de afectación al contenido del derecho fundamental–, nunca persiguen obtener pruebas susceptibles de trasladarse a un proceso penal, sino exclusivamente obtener información para, después de analizarla, finalmente difundirla al decisor político, dentro de las finalidades relativas a la seguridad nacional. Se trata de intervenciones de naturaleza extraprocesal, preventiva y prospectiva.

Del mismo modo, no parece gozar de un fundamento sólido la afirmación de que ‘solo es apto para restringir el derecho a la intimidad el procedimiento criminal’, algo así como negar la consideración de procedimiento judicial a otros procedimientos formalizados, incluidos los *ad hoc* o especiales.

De otra parte, añadir argumentos de derecho comparado, en la medida que se trata de modelos constitucionales similares. Esto es claro en el espacio europeo, que bajo la armonización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aplican regímenes menos exigentes formalmente que el descrito en la presente ley. Así, en relación al modelo alemán, que no contiene control judicial alguno, la significativa Sentencia del TEDH, *Klass vs Alemania*, 1978.

En otro orden de cosas, nada se dice en la ley acerca del uso de artificios de grabación de la imagen y sonido en espacios públicos ni en cerrados, ni tampoco de la posibilidad de entrada en domicilios.

Por su parte, los procedimientos establecidos de control parlamentario (arts. 19 y ss.) distan en algunos puntos de las prácticas más extendidas en el derecho comparado. Ciertamente, es común en los sistemas democráticos el acceso a las informaciones reservadas de las cámaras legislativas o de comisiones *ad hoc* para así cumplir con sus funciones de control. Sin embargo, esta supervisión parlamentaria generalmente presenta algunas excepciones: las relativas a fuentes, medios e identidades; y las informaciones procedentes de servicios extranjeros u organizaciones internacionales. Algunas legislaciones también conceden al máximo representante del Estado la facultad de vetar la entrega de informaciones clasificadas al órgano parlamentario competente, si considera que con ello se pone en riesgo la seguridad nacional. Y, adicionalmente, muchas leyes de inteligencia incluyen expresamente la obligación de devolver las informaciones reservadas, pues el control solo llega a acceder, pero nunca a retener.

Por lo que se refiere al Capítulo V, 'Bases de datos y archivos' (arts. 28 a 32), puede decirse que la apropiada tutela de la llamada 'intimidación informática' es una constante en todos los ordenamientos jurídicos democráticos. Empero, igualmente, los archivos de datos de los servicios de inteligencia suelen tener un régimen jurídico especial y esto último no se encuentra claramente contenido en la Ley de Inteligencia.

La Ley de Inteligencia también incluye una regulación de la materia comúnmente denominada 'secretos oficiales' y que generalmente integra un cuerpo legal diferente (Capítulo VI. Reserva de la información, arts. 33 a 39). Con carácter general, establece un plazo legal de reserva de 30 años y, excepcionalmente, el Presidente de la República puede extender otros 15 años adicionales la reserva a petición de alguno de los organismos competentes y siempre que concurra alguna de las causas enumeradas en el art. 33. A propósito de la posibilidad de ampliar la reserva, el Proyecto original disponía que la reserva se pudiera ampliar ilimitadamente hasta que se comprobara la 'desmovilización del grupo armado al margen de la ley'; no obstante, tal disposición fue declarada inexecutable.

Hasta acá, la ley acoge una técnica legal de clasificación vinculada a la naturaleza de las funciones desempeñadas por los organismos de inteligencia y contra-inteligencia; por consiguiente, toda actividad de inteligencia y contrainteligencia está legalmente declarada secreta por 30 años. La excepción introduce un criterio de clasificación 'por el acto', en este caso otorgado exclusivamente al Presidente de la República.

Sin embargo, a partir de aquí, con la lectura de los cuatro párrafos siguientes, el modelo legal sufre excepciones: así, en el párrafo 1º, nuevamente el Presidente de la República posee la potestad de desclasificar la información antes de los 30 años si no pone en riesgo la seguridad nacional.

En el segundo párrafo comienzan las dudas, pues los responsables de los organismos de inteligencia tienen la obligación de motivar por escrito la razonabilidad y proporcionalidad para acogerse a la reserva. Esta disposición es algo

desconcertante, pues si la reserva está declarada legalmente, el directivo de inteligencia no debería tener que razonarlo, sino simplemente invocar que la ley lo ha declarado secreto y, por lo tanto, que él está obligado a mantener la reserva.

El Parágrafo 3º tampoco está exento de interrogantes. En primer lugar, se refiere a ‘cualquier’ servidor público, sea o no integrante de un organismo de inteligencia. Pero respecto a estos últimos el problema es mayor porque obliga a poner en conocimiento de las autoridades administrativas, penales, o disciplinarias competentes, ‘la recolección ilegal de información’, sin que ello comporte vulnerar el deber de reserva. Sin embargo, la ley no aclara el parámetro de medición de la ilegalidad suficiente para que el funcionario de inteligencia quede exonerado de su obligación de guardar secreto. Es decir, no se imponen criterios objetivos de medición de la ilegalidad, lo que significa equiparar meras irregularidades con graves violaciones constitucionales o criterios subjetivos de ilegalidad con manifiestas e indiscutibles infracciones legales.

El Parágrafo 4º resulta desconcertante en la medida que, si es la ley la que determina que una materia está reservada, todos los ciudadanos quedan sujetos a esta obligación. Y cuando digo todos incluyo no solo a los servidores públicos de inteligencia, sino a las autoridades políticas, judiciales y por supuesto a todos los ciudadanos, incluidos los periodistas. Todavía resulta menos coincidente con el derecho comparado que se obligue, esto es, se garantice a los periodistas el derecho-deber de guardar el secreto de sus fuentes. Una lectura conjunta y sistemática de este precepto explicita que el secreto de Estado no alcanza a todos los ciudadanos y sin embargo el secreto sobre las fuentes de los periodistas sí es absoluto.

Por su parte, el art. 34, atinente a la ‘inoponibilidad de la reserva’, dispone que los secretos oficiales no son oponibles a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias cuando lo requieran en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que comprometan la seguridad nacional o ponga en peligro la integridad de personas, agentes y fuentes. Esta declaración incurre en una doble contradicción lógica: primero, porque la reserva está declarada por la propia ley, de modo que exclusivamente el procedimiento establecido en la ley o la autoridad competente, que solo es el Presidente de la República, puede decretar la desclasificación; de otro modo se produciría un conflicto de competencias o incluso la usurpación de funciones. Y, segundo, porque por definición toda actividad de inteligencia y contrainteligencia está orientada a la seguridad nacional.

Respecto al valor probatorio de los informes de inteligencia (art. 35) las dudas son igualmente notorias. En efecto, si el art. 17 limita la interceptación de comunicaciones cerradas solo a las autorizadas judicialmente dentro de un proceso penal, resulta extraño que las evidencias allí conocidas no puedan ser utilizadas como prueba. De otra parte, su exclusión probatoria parece desconocer la posibilidad de informes de inteligencia a título de documental o de peritaje de expertos, algo asumido en la mayoría de ordenamientos. Cuestión distinta es que la información de inteligencia pueda utilizarse directamente en un proceso penal.

De nuevo el art. 39, atinente a las excepciones a los deberes de denuncia y declaración, no aporta criterios objetivos de valoración con los que determinar los casos en los que el servidor de inteligencia puede denunciar y aquéllos otros en los que solo se apoyan en su valoración subjetiva la infracción de la ley o la comisión de delitos graves. Otra vez hay que insistir en que si la clasificación de la información viene impuesta por la ley, nadie puede disponer de la misma arbitrariamente.

Es importante destacar que la sección –única– dedicada a las reformas que debían introducirse a la legislación penal y militar, para garantizar la reserva legal de la información de inteligencia y contrainteligencia, fue declarada inexecutable. Al hilo de ello, conviene precisar que la declaratoria se fundó en vicios de forma, por la vulneración del principio de ‘unidad de materia’,

toda vez que si bien el título alude a modificaciones que conciernen a la “reserva legal de la información de inteligencia y contrainteligencia”, las conductas y competencias reguladas terminan reformando disposiciones penales que no solo tocan con dicho eje temático, sino en general con el manejo de información reservada a cargo de cualquier servidor público, que también compromete la normatividad penal militar, por lo que el legislador excedió la materia objeto de regulación y rompió todo vínculo de conexidad con el contenido y alcance del presente proyecto de ley. De todas maneras, la Corte exhortará al Congreso para que dentro del margen de configuración legislativa en materia de política criminal, configure tipos penales concretos o causales de agravación específicas destinadas a salvaguardar de manera concreta la reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia (C- 540 de 2012).

Tales modificaciones (creación de tipos penales concretos o de causales de agravación específicas), por cierto, no se han producido.

Finalmente, debe advertirse que la Ley de Inteligencia presta escasa atención al régimen económico y presupuestario, al estatuto personal de los agentes de inteligencia y al desarrollo orgánico de los servicios. Los mencionados son temas, huelga decirlo, de gran relevancia para el correcto funcionamiento de las actividades reguladas en la misma.

Referencias

- Aranda, E. (2004). El marco constitucional de los servicios de inteligencia. En D. Navarro y M. Esteban (Coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia* (155-180). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Berki, R. (1986). *Security and Society. Reflections on Law, Order and Politics*. London: J. M. Dent & Sons Limited.
- Best, R. (2001). *Intelligence and Law Enforcement: Countering Transnational Threats to the U.S.* CRS Report for Congress (Order Code RL30252).
- Birkinshaw, P. (1990). *Reforming the secret state*. Philadelphia: Open University Press.

- Born, H. & Leigh, I. (2005). *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practice for Oversight of Intelligence Agencies*. Oslo: House of the Parliament of Norway.
- Cavero, M. (1996). La Ley 11/1995 de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados. *La Ley*, (25), 1280-1285.
- Cerone, J. (2007). Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & the Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context. *Israel Law Review*, 40 (2), 72-128.
- Chiavario, M. (Coord.). (1978). *Segreto di Stato e giustizia penale*. Bolonia: Zanichelli.
- Clarke, D.L. (1984). Secrecy, foreign intelligence and civil liberties: has the pendulum swung too far? *Political Science Quarterly*, 99 (3), 493-120.
- Consejo de Europa. (2010). *Seguridad vs Democracia. Los controles democráticos en las Fuerzas Armadas y Servicios de Seguridad*. Pamplona: Laocoonte.
- De Lucas, F. (1990). Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (7), 131-146.
- Díaz, A. (2001). La función de los servicios de inteligencia. En C. de Cueto y J. Jordán (Coords.), *Introducción a los estudios de seguridad y defensa* (p. 155-174). Granada: Comares.
- Díaz, A. (Dir) (2013). *Diccionario LID Inteligencia y seguridad*. Madrid: LID.
- Díaz, A. (Dir) (2016) *Conceptos fundamentales de inteligencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Diez-Picazo, L. (1996). El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994. *La Ley*, (1), 1564-1566.
- Diez-Picazo, L. (1997). Publicidad y secreto en la Constitución. Ejemplar dedicado a El acceso judicial a la obtención de datos. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (25), 43-62.
- Esteban, M. (Coord). (2007). *Glosario de inteligencia*. Madrid: Ministerio de Defensa.
- Estévez, E. (2005). *La actividad de inteligencia en nuevos contextos normativos democráticos. Adaptando la inteligencia realizada en el ámbito interior*. Seminario Internacional "A Atividade de Inteligência e os desafios contemporâneos". Agência Brasileira de Inteligência, Brasília DF.
- Fernández, J. (1999). Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (I). *La Ley*, (4762), 1796-1811.

- Fernández, J. (1999). Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (II), *La Ley*, (4762).
- Ferrajoli, L. (1974). Segreto e informazione nello Stato contemporaneo. *Democrazia e Diritto*, 14, 721-728.
- Gómez-Reino, E. (1976). El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (8), 115-136.
- González, J. (2010). Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, (32), 81-107.
- González, J. (2011). Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia. En *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz* (pp. 267-294). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, J. (2012). El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación. *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva*, (12), 141-160.
- González, J. (2016). Servicios de inteligencia y contraterrorismo. En G. Portilla y A. Pérez (Dirs.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal* (pp. 115-135). Universidad de Salamanca: Ratio Legis.
- González, J. y Larriba, B. (2010). Un Nuevo Enfoque Legal de la Inteligencia Competitiva. *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva*, (8), 39-73.
- González, J. y Larriba, B. (2011). *Inteligencia Económica y Competitiva: Estrategias legales en las nuevas agendas de Seguridad Nacional*. Valencia: Tirant lo Blanch
- González, J. y Larriba, B. y Fernández, A. (2012). Derecho. En J. González (Coord.), *Inteligencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guarnieri, C. y Pederzoli P. (1997). *La Democrazia Giudiziaria*. Bolonia: Il Mulino.
- Halperin, M. & Hoffman, D. (1977). *Top secret: national security and the right to know*. Washington: New Republic Books.
- Hoffman, D. (1981). *Governmental secrecy and the founding fathers. A study in constitutional controls*. Westport, Connecticut: Greenwood.
- Hoffman, D. (1985). *The right to Know*. Oakland, Calif.: Data Center.
- Hooper, D. (1987). *Official secrets: the use and abuse of the act*. Londres: Secker & Warburg Ltd.
- Klass vs Alemania. (1978, septiembre 6). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Larriba, B. (2009). Crítica al empleo de interrogatorios y tortura para producir inteligencia frente al terrorismo. *Revista General de Derecho Penal*, (12).

- Ley 1621 de 2013. Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.764. Congreso de la República de Colombia, abril de 2013.
- MacCormick, N. (1986). *The Interest of the State and the Rule of Law*. En P. Wallington & R. Merkin (Eds.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Londres: Butterworths.
- McCuen, E. (1990). *Secret democracy: civil liberties vs. the national security state*. Hudson, Wis., G.E. McCuen Publications.
- Morales, O. (1996). Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio. A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo. *Actualidad Penal*, (16), 429-475.
- Office of Counterintelligence (DXC) Defense CI & Humint Center, Defense Intelligence Agency (2011). *Terms and Definitions of Interest for DoD Counterintelligence Professional*. Glossary, U.S.
- Organización de los Estados Americanos - [OEA]. (2003). *Declaración sobre seguridad en las Américas*. México.
- Ortega, M. (2011). *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis. Pensando en una mejor inteligencia para Colombia* (Documento No. 59) Fundación Ideas para la Paz.
- Otero, P. (2000). *La revelación de secreto de Estado en los procedimientos penales*. Valencia: Tirant.
- Orts, E. (1994). Revelación y uso indebido de secretos e informaciones. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (4), 211-236.
- Presidencia de la República (2003). *Política de Defensa y Seguridad democrática*. Colombia: Ministerio de Defensa Nacional. Recuperado de <http://www.oas.org/csh/spanish/documentos/Colombia.pdf>
- Presidencia de la República. (2011). *Política Integral de Seguridad y Defensa para la prosperidad*. Colombia: Ministerio de Defensa Nacional. Recuperado de http://www.ceedcds.org.ar/Srd-LibBL/COL/POL_INT_SEG_DEF.pdf
- Pérez, M. (2002). *Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia. Un estudio a la luz de la nueva legislación*. Granada: Grupo Editorial Universitario.
- Pooley, J., & Halligan, R. (2000). *Intelligence and the Law*. En J. Miller (Ed.), *Millenium Intelligence: Understanding and Conducting Competitive Intelligence in the Digital Age* (pp.171-187), CyberAge Books, Medford, NJ.
- Quintero, G. (1980). El delito de desobediencia y la desobediencia justificada. *Cuadernos de Política Criminal*, (12), 59-82.

- Quintero, G. (1989). La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio. *Poder Judicial*, (8, especial Seguridad ciudadana), 23-40.
- Rebollo, R. (1996). *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*. Barcelona: Cedecs.
- Revenge, M. (1996). El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de Derecho comparado. *Jueces para la Democracia*, (25), 20-25.
- Revenge, M. (1997). Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (25, ejemplar dedicado a: Acceso judicial a la obtención de datos), 17-42.
- Rodríguez, G. (2007). *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*. Casede. Recuperado de la base de datos de www.tesis.proyectos.com.
- Romeo, C. (2004). *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz, C. (2007). Problemas actuales del Derecho de los servicios de inteligencia. *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, (2), 13-46.
- Ruiz, C. (2002). *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Sanz, F. (2012). *Opinión e Inteligencia* (Documento No. 45). Reino Unido de España: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Salas, L. (2008). Sistema judicial, secreto económico y secreto de Estado. *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, (5), 91-122.
- Segrelles de Arenaza, I. (1994). *Protección penal del Secreto de Estado*. Madrid: Edersa.
- Segrelles De Arenaza, I. (1997). El secreto de Estado ilegal: aspectos básicos. *Cuadernos de Política Criminal*, (62), 415-433.
- Sentencia C-540 (2012, julio 12). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.
- Swenson, R. (s.f.). *Reflexiones sobre inteligencia: la autonomía de decisión, la rendición democrática de cuentas y los fundamentos para la supervisión*. (Trad. B. Hughes y F. Torres). Artículo inédito para Insyde. México: Insyde A.C.
- Swenson, R. & Lemozy, S. (Coords.) (2009). *Democratización de la función de inteligencia*. Washington D.C.: National Defense Intelligence College.
- Szott, G. (2009). The problematic role of criminal law in regulating use of information: The case of the Economic Espionage Act. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2009-A-5.

- Ugarte, J. (2005). *La relación entre inteligencia y política, y sus consecuencias en las estructuras y normas de los Sistemas de Inteligencia*. Brasilia. Recuperado de <https://fas.org/irp/world/argentina/ugarte.pdf>
- Ugarte, J. (2000). *Legislación de inteligencia: Legitimidad y Eficacia*. Oficina en Washington para asuntos latinoamericanos. Ciudad de Guatemala: WOLA & SEDEM. Recuperado de <http://www.sedem.org.gt/publicaciones/electronicas/legislacion.pdf>
- Ugarte, J. (2012). Hacia una doctrina de inteligencia criminal. *Cuadernos de Seguridad*, (15), 79-112. Recuperado de http://www.minseg.gob.ar/sites/default/files/Publicaciones/Cuadernos_Seguridad_15.pdf
- Varela, L. (1991). ¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado? (a propósito de la sentencia publicada en el caso “Amedo”, ¿o quizá debiera ser otra la etiqueta?...). *Jueces para la democracia*, (13), 62-65.
- Vervaele, J. (2008). Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho penal de emergencia? En J. Gómez (Coord.), *Prueba y proceso penal* (pp. 421-463), Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wilkinson, H. (2007). *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*. Barcelona: Atelier.

EL DERECHO PENAL ANTE EL MALTRATO DE ANIMALES

Vicenta Cervelló Donderis*

Resumen

La tutela penal frente al maltrato de animales provoca diversos problemas de interpretación, siendo el más importante de ellos la justificación de su regulación desde el prisma de *ultima ratio* del derecho penal y, con ello, la necesidad de justificar un bien jurídico digno de protección. A partir de ese presupuesto, el reto pasa a ser la concreción del objeto de tutela dentro de la diversidad de especies animales y la delimitación entre las conductas punibles y las conductas autorizadas.

Palabras clave

Maltrato animal, antropocentrismo, biocentrismo, derecho penal, Ley Orgánica 1 de 2015, Ley 1774 de 2016.

Abstract

Criminalizing animal cruelty causes multiple interpretation problems. The most significant are to justify these criminal sanctions according to the *ultima ratio* principle and to identify the legally protected right or interest. Besides, it is also problematic to establish which animals are protected and which conducts are subject to imprisonment.

Keywords

Animal cruelty, anthropocentrism, biocentrism, criminal law, Organic law 1 of 2015, Act 1774 of 2016, Bull fights, dog fights.

Introducción

La reciente aprobación en Colombia del delito de maltrato animal (Ley 1774 de 2016) y la ampliación en la última reforma del Código Penal español del ya existente delito de maltrato animal (Ley Orgánica 1 de 2015) han vuelto a poner de relieve el interés por esta problemática, justificando una breve reflexión sobre la cada vez más extensa tendencia a considerar a los animales como sujetos de derechos susceptibles de tutela jurídica y, en particular, de protección penal.

La tutela de los derechos de los animales viene experimentando una gran evolución en los últimos años, ya que desde su inicial cobijo en las normas administrativas ha llegado al derecho penal,

* Universitat de València (España).

donde se han planteado numerosas e interesantes cuestiones. Entre ellas se puede destacar la compatibilidad de esta nueva figura delictiva con el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo, las dificultades para identificar un bien jurídico protegido autónomo y no dependiente de otros, las diferencias entre los distintos tipos de animales como objeto de protección o los diversos usos y costumbres utilizados para justificar –por adecuación social– diferentes actos de maltrato, sacrificio y explotación de animales. Función del derecho en este sentido es argumentar la necesidad de intervención penal, delimitar el marco legal de protección, y resolver los conflictos sociales desde la ponderación de derechos e intereses de seres humanos y animales.

El debate sobre el maltrato animal, y la necesidad de su regulación, alcanza a una serie de conductas que, pese a ser muy distintas entre sí, tienen en común la producción de actos de verdadero sufrimiento y ha impulsado la reflexión sobre la ética del comportamiento humano con los animales. De esta forma, cuando se habla de maltrato animal no solo se hace referencia a los actos de maltrato propiamente dichos, por regla general sobre animales domésticos, sino también a las celebraciones tradicionales que, en diversos lugares del planeta, utilizan el sufrimiento animal como divertimento y a las prácticas científicas o de sacrificio que pudiendo evitarles daños innecesarios, no lo hacen.

En España, la protección penal de los animales comenzó en 1995 con la introducción del maltrato de animales domésticos como infracción leve, regulada en el art. 632 del Código Penal. Posteriormente, la norma sufrió varias modificaciones, todas ellas para ampliar el objeto de protección y las conductas punibles, siendo especialmente relevante que en 2003 (Ley Orgánica 15) pasó a ser un delito, regulándose en el art. 337 del Código Penal. En 2010 (Ley Orgánica 5), se amplió el objeto de protección para incluir los animales amansados y se flexibilizó la conducta al suprimir la necesidad de ensañamiento en el maltrato. Por último, en 2015 (Ley Orgánica 1), se ha vuelto a ampliar el objeto de protección, alcanzando prácticamente a todo tipo de animal y se crearon nuevas conductas punibles.

En la actualidad, el delito español tiene cuatro modalidades diferentes: maltrato cruel de animales domésticos; maltrato injustificado de todos los animales, menos los salvajes, que les cause la muerte, lesiones graves o explotación sexual; agravaciones por los medios empleados o los resultados producidos; y maltrato a cualquier animal en espectáculos no autorizados. Todos los tipos recaen sobre una conducta previa de maltrato, bien sea injustificado o cruel, lo que, además de no contemplar el castigo de la muerte o lesiones sin dicho maltrato, da a entender que caben maltratos justificados o no crueles.

Estas reformas legislativas son el resultado del consenso alcanzado en torno a mejorar la protección jurídica de los animales, no en erradicar todos los daños que sufren, donde hay más diferencias a la hora de concretar ‘el qué y el cómo’. Con ello, a la regulación administrativa se suma la tutela penal para los supuestos de mayor gravedad, siendo necesario esforzarse en fundamentar un adecuado bien

jurídico para delimitar qué tipo de animales y qué conductas específicas justifican la intervención penal.

La Liga Internacional de los Derechos del Animal aprobó, en 1977, la *Declaración Universal de los Derechos del Animal*, que posteriormente fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas y la UNESCO. Allí, después de reconocer en el Preámbulo que todos los animales poseen derechos, que los hombres cometen graves atentados contra ellos y contra la naturaleza, que el respeto a otras especies es el fundamento de la coexistencia, que el respeto de los hombres a los animales es vinculante al propio respeto entre los hombres y que a través de la educación se ha de proporcionar el respeto y afecto a los animales, recoge un catálogo de derechos entre los que destacan, por su relación con las conductas de maltrato, los siguientes:

Art. 2: Todo animal tiene derecho al respeto. Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre.

Art. 3: Ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos de crueldad. Si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia.

Art. 6: El abandono de un animal es un acto cruel y degradante.

Art. 7: Todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

Art. 11: Todo acto que implique la muerte del animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

Como se puede observar, es una lista de principios programáticos de 'buen gobierno' entre humanos y animales, pero insuficiente para abordar todos los actos de maltrato, agresiones y abandono que sufren estos últimos e incapaz de dar una respuesta clara a todo tipo de conductas. A pesar de ello, es cierto que, desde su expedición, han ido cambiando paulatinamente las políticas legislativas dedicadas a regular las prácticas y actividades con animales en orden a mejorar su bienestar¹ y han aumentado las críticas a conductas socialmente toleradas, pese a los sufrimientos físicos o psicológicos que conllevan, como las exhibiciones y los espectáculos que se sirven de animales para deleite de los seres humanos o el uso de animales en escenas de violencia de los medios audiovisuales, que son prácticas cada vez más rechazadas.

La necesidad de proteger los derechos de los animales y, en particular su vida, su salud, su integridad física y psíquica, plantea si es suficiente con la tutela que otorga el derecho administrativo, donde se dictan normas de protección, pero también

¹ Estos cambios han producido una nueva ética del consumidor dirigida a coordinar las políticas económicas y sociales con una mayor preocupación por el bienestar animal (Hava, 2011, p. 264).

normas de autorización. En el primer sentido, se regula el sacrificio, explotación y experimentación con animales para minimizar su sufrimiento y se sancionan las conductas de maltrato sobre animales domésticos por su especial vulnerabilidad. En el segundo, como reglas de autorización, se regulan actividades con animales de forma más individualizada a través de normas locales o regionales que reflejan la diversidad social y cultural de los hábitos y las costumbres de los seres humanos que involucran animales.

Cuando la tutela administrativa se entiende insuficiente, cobra relevancia el debate sobre la entrada en escena del derecho penal, cuya intervención se justifica por la gravedad de las conductas. Con todo, dicho recurso no siempre es bien recibido por las dudas que suscita el hecho de elevar a los animales a la categoría de 'objeto' necesitado de protección penal y el rechazo frente a la expansión punitiva que propicia la incapacidad de otros ámbitos jurídicos para resolver los conflictos sociales.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a continuación se va a realizar una breve reflexión sobre los elementos típicos más relevantes de los delitos de maltrato animal, centrando la atención en los aspectos relacionados con el bien jurídico protegido, las conductas con relevancia penal, el objeto de protección y las autorizaciones legales.

Los animales como sujetos de derechos: ¿derechos de los animales?

Para articular la protección penal frente al maltrato animal debe determinarse si los animales mantienen una relación de pertenencia y dependencia respecto a los humanos o si, por el contrario, se puede entender que son sujetos de derechos. En el primer sentido, se trata de mantener que la categoría de los derechos está ligada en exclusiva a las personas y a sus intereses y, por ello, los animales sólo pueden ser objeto de tutela en tanto propiedad de las personas, mientras que, en el segundo aspecto, se puede partir del respeto absoluto a los derechos de todos los animales o, bien, seleccionar un tipo específico de animales atendida su mayor proximidad a los humanos o una serie de derechos considerados esenciales debido a su importancia.

Planteamiento antropocéntrico.

La existencia de un entramado legislativo de normas destinadas a garantizar la convivencia pacífica a través de la regulación de derechos y deberes, siempre ha considerado al ser humano como su destinatario exclusivo –puede reclamar y exigir su cumplimiento– por ser el único que reúne las condiciones mínimas normativas. En este sentido, el ser humano recibe la protección de las normas penales cuando alguno de esos derechos resulta vulnerado por cualquier conducta delictiva.

Entre los derechos que reciben protección penal, algunos son consustanciales a la persona humana y por ello se les denomina personalísimos, como es el caso de la vida, la libertad, la dignidad humana, el honor o la intimidad; otros son derechos

relativos a la persona humana en tanto miembro de un grupo social y los afectan los delitos de riesgo o los que atentan contra los intereses colectivos; y otros son derechos que surgen de la relación de las personas con las cosas, a propósito de lo cual hay una estrecha relación entre los derechos penal y civil patrimonial, pues el último regula la relación de las personas con los objetos.

Tradicionalmente, los animales han sido considerados cosas objeto de propiedad en el derecho civil, a salvo de algunas normas específicas y, como señala Muñoz (1999, pp. 47-48), esa aproximación no sólo no distingue entre los distintos tipos de animales, sino que, cuando se ha hecho a través de leyes especiales, siempre ha sido en interés del hombre y nunca con una finalidad de protección distinta, lo que implica su consideración exclusiva como provecho, fuente de riqueza o valor económico.

Entender a los animales como objeto de propiedad de los hombres desde una visión estrictamente antropocéntrica, en la que la preferencia de los intereses de los humanos dota a los animales de un mero valor instrumental, supone rechazar toda postura que reconozca derechos propios a los animales (no se puede reconocer el derecho a la vida o a la integridad física de los animales). De esta forma, las conductas de maltrato protegen en todo caso los sentimientos de las personas (Roca, 2000, p. 401); esto es poco convincente, porque supone ignorar el daño sufrido por el propio animal. Lo mismo sucede cuando se limita la tutela penal a los maltratos crueles de animales domésticos, justificado en las especiales obligaciones de carácter bioético que exigen tratarlos de manera adecuada (Higuera, 1998, p. 349), ya que, además de ser un concepto cada vez más difícil de concretar, olvida la necesidad de tutela de otros animales que también gozan de la capacidad de sentir.

Esta postura ha dominado en la doctrina penal que, en general, no se muestra partidaria de reconocer los derechos de los animales como bien jurídico y no admite su consideración como sujeto pasivo, entendiéndose preferible la opción del castigo de estas conductas en el ámbito administrativo (Cobo del Rosal, 2005, p. 727). Es decir, su rechazo no es a la protección de los derechos de los animales, sino a la necesidad de que reciban tutela penal, teniendo en cuenta el carácter subsidiario de esta rama del derecho y las dificultades para configurar un bien jurídico autónomo.

Los problemas para reconocer los derechos de los animales sobre una controvertida estructura jurídica han permitido afirmar que se trata, más bien, de proteger sus intereses para limitar las conductas de los seres humanos y preservarles de agresiones y abusos; por ello, se alude a unos deberes de los seres humanos en sus relaciones con animales, cuyo cumplimiento se garantiza a través de la coacción (Muñoz, 1999, p. 111). De esta manera, se defiende que las leyes de protección de los animales ni crean derechos subjetivos ni elevan a los animales a la categoría de personas, sino que se ocupan de regular los deberes y obligaciones de los humanos en su relación con los animales.

Lo positivo de esta postura es que ha servido para iniciar los cambios legislativos que permiten abandonar la tradicional consideración del animal como objeto personal a disposición de su propietario, sustituyéndola por un tratamiento o enfoque de prioritario interés social y público; lo negativo, sin embargo, es que desatiende todo el desarrollo teórico que se ha ido construyendo sobre los derechos de los animales desligados de su relación con los seres humanos y que posibilitan una lectura ética de la comunidad moral formada por humanos y ciertos animales considerados más próximos por tener capacidad de sentir.

Postura animalista o biocéntrica.

Quienes defienden los derechos de los animales lo hacen desde dos puntos de vista diferentes: de un lado, el que, a partir de la 'comunidad de iguales', entiende que no hay diferencia entre derechos humanos y derechos de los animales y, del otro, el consistente en reconocer que los animales tienen derechos en sentido débil, distinguiendo entre usos 'esenciales' y usos 'no esenciales'.

En el primero de ellos, desde la comunidad de iguales se defiende que los animales tienen derecho a la vida, a la libertad y a no ser sacrificados arbitrariamente; por ello, no distinguen los derechos humanos y los derechos de los animales no humanos, ya que, con base en una postura biocéntrica, los derechos de todos los seres vivos merecen ser respetados. Este planteamiento rechaza considerar a los animales como propiedad de los humanos que los tienen a su total disposición para fines de diversión, salud o utilidad laboral, y aboga por suprimir la explotación a la que están expuestos y prohibir la tortura y el maltrato, muchas veces amparados por ancestrales costumbres culturales o modernas técnicas de experimentación científica.

Un nivel de protección máximo en esta línea es el desarrollado en el 'Proyecto Gran Simio', dentro de la declaración de la comunidad de los iguales, donde se defiende la equiparación de determinados principios o derechos morales fundamentales de seres humanos y simios (chimpancés, gorilas y orangutanes), para reconocerles tres derechos: vida, libertad y prohibición de la tortura. El derecho a la vida debe protegerse a todos los miembros de la comunidad de iguales negando la posibilidad de darles muerte, salvo en circunstancias excepcionales como puede ser en defensa propia; el derecho a la libertad impide la privación arbitraria de su libertad, por eso, si se les aprisiona sin previo proceso legal tienen derecho a la liberación inmediata, a menos que sea por su propio bien o resulte necesario para proteger a la comunidad de algún miembro peligroso, siempre que se puedan defender ante un tribunal por medio de alguien que les represente. Por último, la prohibición de tortura impide infligir dolor grave de manera deliberada a cualquier miembro de la comunidad de iguales sin ningún motivo y aunque sea en beneficio de otros (Cavelier y Singer, 1998, p. 12).

Lo que justifica esta protección especial dispensada a los simios son sus facultades mentales y una vida emotiva suficiente como para incluirlos en la comunidad de iguales junto a los seres humanos, sin que sea un obstáculo que no

puedan defender por sí mismos sus derechos, pues tampoco pueden hacerlo los menores de edad o los discapacitados, bastando que lo hagan sus representantes legales.

Aquí, el grado de protección se eleva, porque los derechos de los animales se protegen por sí mismos y al margen de su relación con los hombres, reconociéndoles el mismo derecho a la dignidad que a la especie humana. La equiparación entre los derechos de las personas y los derechos de los animales encuentra algunas dificultades jurídicas, ya que todos los animales no pueden tener los mismos derechos; por eso, a veces se propone distinguir la clase de derecho reconocido en función del tipo y características del animal, para evitar la comparación entre los ataques a insectos, primates, animales domésticos o animales salvajes. Además, existen derechos que requieren una capacidad volitiva o de comunicación de la que carecen los animales, lo cual les impide su ejercicio e, incluso, otros son incompatibles con la naturaleza animal (Muñoz, 1999, p. 75), lo que aconseja seleccionar los derechos que pueden reconocerse a los animales.

Esta idea da paso a una postura de biocentrismo moderado en el que se reconoce la dignidad de ciertos animales como derecho a no ser objeto de propiedad y, con ello, a no ser explotados ni maltratados. De esta forma, no todos los animales tienen los mismos derechos, ni se les reconocen los mismos que a los seres humanos (De Lucas, 2009, p. 16); algunos animales son sujetos de derechos por sí mismos, porque tienen intereses propios y capacidad de experimentar placer, dolor o sufrimiento, es decir, gozan de una especie de derecho al bienestar. Esa capacidad de sufrir de algunos animales les confiere el derecho a no ser considerados como propiedad –no están sujetos a la disponibilidad absoluta de quien ejerce el dominio– y, en consecuencia, no pueden ser objeto de maltrato.

Tal reconocimiento no evita que puedan surgir conflictos entre los derechos de los animales y los derechos de los seres humanos, mismos que deberán resolverse atendiendo a la ponderación de intereses que valore la prevalencia de los intereses primarios sobre los secundarios recíprocamente, es decir, dando preferencia a los intereses primarios de los seres humanos sobre los intereses secundarios de los animales, pero también en sentido inverso (De Lucas, 2009, p. 17).

A partir de ese momento surgen dos vías: abogar por la supresión paulatina –y preferentemente ligada a la educación– de cualquier sacrificio y maltrato animal no justificado en intereses primarios de los seres humanos o, bien, optar por la prohibición legal de cualquier vulneración del derecho más básico de los animales que disponen de capacidad de sentir, que es el derecho a no ser tratado como un objeto de propiedad, para evitar el maltrato y la explotación más allá de los usos esenciales para la sociedad.

Esta postura tiene de positivo que reconoce un determinado nivel de protección penal autónomo a los animales, si bien su inconveniente es que la amplitud de los términos ‘usos esenciales o beneficiosos para la sociedad’ puede generar cierta inseguridad jurídica por estar expuesto no sólo a criterios culturales y sociales diversos, sino, también, a su concreción por los aplicadores del derecho.

Delimitación del bien jurídico protegido.

Las normas administrativas, bien sean municipales, regionales, estatales o internacionales que protegen a los animales se suelen basar, fundamentalmente, en la tutela de su bienestar y, las penales, en tanto los delitos correspondientes deben ubicarse en el Código Penal, presuponen la determinación del bien jurídico salvaguardado.

Una posibilidad es su asignación al bien jurídico medio ambiente y recursos naturales, algo que no es correcto cuando se trata de animales domésticos o similares, ya que no existe relación entre esas conductas y la protección del equilibrio del ecosistema. Otra alternativa, también frecuente, es referirlos al sentimiento de compasión de los seres humanos, lo cual, además de ignorar el sufrimiento del animal, prioriza las exigencias de deber jurídico sobre la tutela de derechos. La postura que supera a las mencionadas y se corresponde mejor con el reconocimiento de derechos propios de los animales es la relativa al derecho al bienestar, entendido como ausencia de sufrimientos innecesarios, de tal forma que protege a cada animal –considerado aisladamente– de las conductas de maltrato que afectan su vida, salud, integridad y dignidad (Hava, 2011, p. 278).

En el caso de España, la inclusión del art. 337 del Código Penal que regula estos delitos en el capítulo dedicado a la ‘protección de la flora, la fauna y los animales domésticos’ es anacrónica, porque la evolución legislativa del delito ha terminado tutelando a otras muchas categorías de animales más allá de los domésticos; por ello, sería más adecuado que se llamara ‘delitos contra los derechos de los animales’. Siguiendo esta línea, la denominación ‘delitos contra los animales’ utilizada en Colombia tiene un alcance más amplio y, con ello, más acorde con su contenido.

Cuando se introdujo el delito, la doctrina española discutía si el bien jurídico consistente en proteger la vida o integridad de los animales domésticos debía tener naturaleza penal; por ello, un importante sector² abogaba por su consideración como conducta leve, o en su caso, infracción administrativa, ya que elevarlo a la categoría delictiva podría vulnerar el principio de proporcionalidad que exige una correspondencia entre la gravedad de las conductas y la naturaleza y entidad de las sanciones penales.

Otros problemas apuntados fueron la vulneración del carácter de *ultima ratio*, la ausencia de justificación punitiva en la Exposición de Motivos cuando se incorporó al Código Penal y en las sucesivas reformas, la suficiencia de las sanciones administrativas por su mayor eficacia e, incluso, la instrumentalización política de estas conductas que llegan al derecho penal con una finalidad meramente simbólica (Martínez-Buján, 2004, p. 764; Quintero, 2004, p. 1769).

² Martínez-Buján (2004 p. 764); Muñoz (2007, p. 589) y Córdoba y García (2004, p. 1468). Recientemente, y ya tras la reforma, con la nueva regulación que amplía los delitos de maltrato animal, Muñoz sigue entendiendo que es un bien jurídico difícil de determinar (2015, p. 518), Martínez-Buján (2015, p. 566) lo considera discutible y Queralt (2015, p. 1002) lo rechaza, pese a considerar que se trata de conductas inmorales.

Frente a estas críticas, ha de admitirse que, sin llegar a la consideración de una equiparación de derechos entre personas y animales, existen ciertas conductas de maltrato animal que, por su gravedad y el sufrimiento producido a los animales como seres vivos, merecen ser castigados por el derecho penal, pues la necesidad de tutela justifica su penalización, siempre que se respete la perspectiva del principio de proporcionalidad respecto de otras figuras que afectan a los seres humanos. En este sentido, el bien jurídico protegido en las conductas de maltrato a los animales sería el bienestar animal frente al maltrato y el sufrimiento, manifestado en la integridad física, psíquica y salud de los animales como seres vivos, atendida su capacidad de sentir emociones y de sufrir³, y el derecho a no ser maltratados⁴.

Lo anterior supone considerar que los animales forman parte de la biodiversidad o variedad de organismos vivos –elemento integrante del medio ambiente–, lo que los dota de una autonomía valorativa que justifica el rechazo a su consideración como objeto de propiedad y su consecuente y sesgada consideración antropocéntrica, que sólo ve en el maltrato la afección de los sentimientos de los humanos que las presencian.

Conducta típica: ámbito de lo punible en el maltrato animal

Partiendo de un biocentrismo moderado que reconoce la dignidad de ciertos animales, entendida como el derecho de estos últimos a no ser objeto de propiedad y, por consiguiente, a no ser explotados ni maltratados, son varias las conductas que pueden ser prohibidas y que se agrupan en torno a la afectación causada a la salud y la integridad del animal. Es importante destacar que todas ellas surgen alrededor del maltrato, es decir, la muerte o las lesiones sin más no suelen ser castigadas si no van asociadas a una conducta de maltrato.

Conductas básicas de maltrato cruel.

El maltrato, como menoscabo a la salud, es la conducta más compleja de determinar teniendo en cuenta los usos y costumbres tradicionales que surgen de la convivencia de los seres humanos con los animales; por ello, a la hora de delimitar la tipicidad de una conducta delictiva, hay que valorar, en virtud de la adecuación social, la posibilidad de excluir aquellas conductas socialmente aceptadas por estar inmersas en los usos sociales habituales y, en las restantes, valorar si la entidad de los hechos justifica su penalización o si basta con la educación y la prevención como instrumentos para erradicar ciertas prácticas humanas con los animales.

Con esta indeterminación, el término maltratar abre un amplio abanico de conductas socialmente aceptadas que pueden presentar cierta gravedad en algunos casos, p. ej., el mantenimiento de animales en instalaciones inadecuadas por sus

³ Como señales inequívocas de sufrimiento de los animales se citan los gemidos, vocalizaciones intensivas, resistencias, temblores, convulsiones, otros signos externos de aflicción e incluso algunos sin manifestación externa (Mosterin, 1995, p. 48).

⁴ Ríos (2008), admite la integridad física y psíquica de los animales como bien jurídico penal (p. 12).

condiciones higiénico-sanitarias, someterlos a trabajos que les causen una fatiga excesiva, limitarles la libertad atándolos de forma permanente, suministrarles sustancias que alteren gravemente su salud, utilizar determinadas técnicas cinegéticas o gastronómicas que implican torturas o sufrimientos, la experimentación animal para ensayos de productos cosméticos y la realización de operaciones de comercio ilegal. Todas las anteriores deben ser interpretadas judicialmente para determinar si son maltratos con relevancia penal, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, el debate es sobre la necesidad o no del maltrato para los usos esenciales humanos.

Otras conductas, empero, entran sin ninguna duda dentro del concepto de maltrato por su mayor gravedad; tal es el caso de castigar, agredir, golpear, mutilar, quemar o producir cualquier tipo de sufrimiento físico o psíquico manifestado en magulladuras, heridas, hematomas o contusiones.

Para evitar la indeterminación y la confusión de dicho término, en Argentina (Ríos, 2008, p. 14) se realiza un listado de conductas consideradas como maltrato, *v. gr.*, no alimentar suficientemente a los animales domésticos cautivos, azuzarlos provocándoles dolores innecesarios, hacerles trabajar de forma excesiva, drogarlos para estimularles; y, además, se considera cruel un listado más amplio en el que hay conductas como mutilarlos, intervenirlos quirúrgicamente sin anestesia o las torturas o males innecesarios. La enunciación puede, en algunos casos, facilitar la interpretación, pero conlleva los inconvenientes de los listados excesivamente casuísticos que, en virtud de las exigencias del principio de legalidad, dejan fuera a todo lo que no esté expresamente señalado en el texto.

Antes, el Código Penal español exigía que se tratara de un maltrato injustificado y cruel; ahora sólo exige que sea cruel, lo que evita la incongruencia de entender que pueda haber maltratos justificados, pero mantiene la contradicción de admitir que puede haber maltratos no crueles. Esto obliga, por una parte, a realizar dudosas clasificaciones del maltrato derivadas de la gravedad de la violencia ejercida y, por otra, a diferenciar hechos aislados de hechos prolongados y reiterados en el tiempo como signo de sufrimiento animal, generando frecuentes problemas de interpretación.

En España, la conducta genérica de maltrato desligada de sus resultados se aplica sólo en dos supuestos: primero, cuando se trata exclusivamente de animales domésticos, en cuyo caso no son necesarios resultados ulteriores, siendo una conducta de mera actividad destinada a proteger especialmente a los animales domésticos en cualquier lugar en el que se encuentren y, segundo, cuando el maltrato sea de cualquier animal, pero en espectáculos públicos no autorizados legalmente, con lo que se trata más bien de una conducta que infringe una norma administrativa destinada a regular el maltrato de animales como un espectáculo para el deleite de los seres humanos. Con ello se da entrada a dos elementos básicos de estos delitos, que serán desarrollados más adelante, cuales son, el diferente nivel de protección entre los distintos tipos de animales y los espectáculos públicos que, pese a suponer un maltrato animal, están autorizados por la ley.

Los maltratos, en principio, pueden ser físicos o psíquicos, pero en todo caso deben suponer un sufrimiento para el animal, lo que obliga a distinguir entre conductas omisivas de mero abandono –que son conductas diferentes que no van ligadas a resultado– y conductas en las que el abandono pone en peligro la vida e integridad del animal.

Maltrato con resultados sobre la vida y la integridad: lesiones, explotación sexual y muerte.

En este caso el maltrato de animales, caracterizado por una mayor universalidad porque se dirige a más especies de animales, reúne tres elementos comunes: que se produzcan resultados específicos lesivos para la salud, que se pueda llevar a cabo por cualquier medio o procedimiento y que sea injustificado. Los posibles resultados son: lesiones que menoscaben gravemente la salud, sometimiento a explotación sexual y muerte del animal.

Maltrato que cause lesiones que menoscaben gravemente la salud.

El concepto de lesión animal es específico y no coincide con el de personas; por ello, se debe regir por términos veterinarios. En las personas se valora que, además de una primera asistencia facultativa, se necesite objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, entendiéndose por tal los cuidados reiterados indicados por un médico, dirigidos a curar una enfermedad; aquí podría ser algo similar, siempre teniendo en cuenta los criterios anteriormente señalados.

En el caso de los animales, las lesiones deben menoscabar gravemente la salud, lo que implica una afección de relevancia tanto para la integridad física como psíquica. Como son escasos los tratados de veterinaria legal, algunos autores, siguiendo a Higuera (1998, p. 350), formulan una clasificación de lesiones animales que incluye las siguientes: contusiones (equimosis, hematomas y magullamientos), conmociones, distensiones (lesiones en músculos, ligamentos, tendones), luxaciones y fracturas, mutilaciones y quemaduras. En el caso de las lesiones psíquicas, se pueden entender aquellas que provoquen el sufrimiento interno de un animal, como seres que pueden sentir, materializado en el dolor, el miedo, la angustia o el estrés.

Maltrato que someta al animal a explotación sexual.

Esta modalidad es nueva –se ha incorporado en la reforma de 2015– y parece referirse a la realización de actos sexuales con animales, teniendo la consideración de maltrato por la explotación que conllevan y los daños que les producen. Por lo tanto, no se refiere a la comisión de cualquier acto sexual con animales, lo que quedaría dentro de la ética personal y no de la tutela penal. La zoofilia⁵ no puede ser

⁵ Apunta Manzanares (2015, p. 285) que son varios países los que han incluido la zoofilia como conducta delictiva, como es el caso de Suecia, Alemania, Holanda o Méjico. Sin embargo Muñoz (2015, p. 518), señala que la zoofilia como tal no debe estar en el derecho penal.

constitutiva de delito en todo caso, sino sólo cuando supone un maltrato injustificado, por eso el término explotación no es muy adecuado, porque parece indicar comercio o difusión, cuando el sentido del delito parece ser la instrumentalización del animal en el acto sexual como una forma de maltrato injustificado y no que ello tenga que ser difundido o comercializado.

En este supuesto, aunque se aprecia una diferencia esencial entre Colombia y España (en el primero se castiga la realización de todo tipo de acto sexual con animales, mientras en el segundo ha de haber una explotación sexual), la exigencia del maltrato, común a ambos países, puede llevar a las mismas conclusiones, es decir, a no inculpar todo tipo de actividad sexual con animales, sino únicamente aquella que se pueda entender como un maltrato.

Maltrato que cause la muerte.

La muerte debe ser el resultado del maltrato injustificado, siendo indiferente que sea inmediata o después de un cierto tiempo, en tanto se acredite el nexo causal entre la conducta y el resultado muerte. Además, la muerte puede ser consecuencia de una conducta activa –golpear– u omisiva –descuidar las atenciones y cuidados–; por eso, la muerte por inanición estaría dentro de este supuesto y no en el correspondiente al abandono.

Al tratarse de un tipo de resultado, la acción es el maltrato y el resultado es la muerte, lesiones físicas o explotación sexual, pero sin olvidar que la una y el otro han de estar unidos por una relación de causalidad. Producir la muerte por otros actos –un atropello– o si, pese al maltrato, la muerte es consecuencia de otra causa –enfermedad, asistencia errónea, etc.–, tales supuestos quedan por fuera del tipo, ya que la muerte, lesiones o explotación sexual deben estar vinculadas al maltrato. Las formas imperfectas son posibles, por consiguiente, la acción dirigida a matar o lesionar a un animal sin conseguirlo, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, merecerán la calificación de tentativa, *v. gr.*, si el animal es atendido y se logra salvar su vida o no se producen las lesiones.

La expresión por cualquier medio o procedimiento indica que el maltrato puede ser activo, p. ej., a través de golpes, u omisivo, como dejar de alimentar, dejar a la intemperie, no prestar los cuidados necesarios, etc., lo que, teniendo en cuenta que se trata de un delito de resultado, da lugar a la comisión por omisión. Con ello deben distinguirse estas conductas de las de mero abandono: la diferencia reside en que en la comisión por omisión de este delito se produce la muerte, lesiones o explotación sexual como consecuencia del maltrato por quien es garante del animal (Córdoba, 2004, p. 1471), mientras que, en el abandono, sólo se pone en peligro su vida o integridad, es decir, en el primer delito se exige resultado material mientras que el de abandono es una figura de mera actividad en cuanto a la conducta y de peligro para el bien jurídico.

Que el maltrato sea injustificado debe ser entendido desde la intervención mínima, por eso el maltrato animal no se puede equiparar al de los humanos

(González, 2015, p. 1082) y ha de limitarse a dos supuestos: que no sea inherente a la condición de animal (González, 2015, p. 1082 y Martínez, 2015, p. 566), por ejemplo, cargar peso o que se trate de supuestos legalmente justificados. Si hay alguna autorización legal el maltrato no será injusto, en este sentido se pueden entender como tal las corridas de toros, los actos propios de experimentación científica o los sacrificios llevados a cabo en los mataderos, siempre con las correspondientes previsiones legales, pues la normativa vigente que regula las actividades con animales prohíbe expresamente los sufrimientos. Otro supuesto puede ser la legítima defensa, por ejemplo, quien se defiende frente al ataque de un perro de gran tamaño y raza peligrosa.

Maltrato agravado por los medios utilizados o las formas de comisión.

Son diversas las agravaciones que se pueden plantear en la protección penal frente al maltrato animal. En España las hay de tres tipos: a) las referidas a los medios comisivos: uso de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos, y al ensañamiento como aumento innecesario del sufrimiento del animal, lo que exige un dolo específico de hacer sufrir⁶; b) las agravaciones por el resultado: lesiones que producen la pérdida o inutilidad de sentido, órgano o miembro principal; c) si se realizan los hechos en presencia de menores.

En Colombia, las circunstancias de agravación son muy similares, si bien se añaden dos de singular importancia: la primera, si los hechos se producen en lugar público, lo que parece recoger su afección a los sentimientos de las personas, y, la segunda, si los realizan servidores públicos, lo que no debería justificar una mayor sanción, salvo que se trate de una conducta relacionada con el ejercicio de su empleo público.

Maltrato cruel de cualquier animal en espectáculos no autorizados legalmente.

El maltrato de cualquier tipo de animal en espectáculos no autorizados legalmente supone que existen espectáculos autorizados donde es posible que se realicen maltratos, e indica, a su vez, que si los espectáculos no están autorizados el maltrato será delictivo. Esto permite diferenciar dos tipos de espectáculos con animales: los no autorizados y los autorizados; entre los primeros se pueden citar, en España, las peleas de gallos o las peleas de perros y, entre los segundos, el circo que incluya espectáculo con animales o las corridas toros, si bien, como luego se indica, es posible encontrar distinto nivel de protección y prohibición en las diferentes ciudades y Comunidades Autónomas.

Anteriormente, la razón de castigar estos espectáculos no autorizados era que se llevaran a cabo en público y, por lo tanto, debido a su proyección a terceros, e incluso limitándolo a animales domésticos. En la actualidad, se suprime la necesidad de que sea en público, pero el espectáculo, aun siendo clandestino, requiere presencia de personas por definición; además, lo amplía a todo tipo de animales.

⁶ Este elemento subjetivo inherente al ensañamiento provoca muchas dificultades para apreciar que sea algo diferente al maltrato cruel, Muñoz (2007, p. 353).

Con ello, esta figura residual descarta que el interés protegido sea la compasión que despierta en quienes los presencian y refuerza que el interés objeto de protección exclusiva es el derecho de los animales a no ser maltratados.

Un problema específico de la autorización de espectáculos es su contenido cultural y social, lo que provoca que haya multitud de manifestaciones diferentes en función del lugar donde se lleven a cabo, por ello, es posible que una misma práctica sea legal en un lugar e ilícita en otro. Es lo que sucede con las peleas de gallos o las corridas de toros en España, cuya situación paradójica es que una misma conducta, según el lugar donde se lleve a cabo, pueda o no ser considerada delito.

Como ejemplo punitivo, la Ley 22 de 2003 de protección a los animales de Cataluña prohibió el uso de animales en peleas y espectáculos u otras actividades que pudieran ocasionar sufrimiento, burlas o tratamientos antinaturales, y también las que pudieran herir la sensibilidad de las personas que los contemplan, como peleas de perros o de gallos, matanzas públicas de animales o tiro de pichón. Además, tras un periodo transitorio, finalmente se prohibieron también las corridas de toros en esta Comunidad Autónoma (Ley 28 de 2010 del Parlamento de Cataluña) y en otras ciudades y provincias se han impulsado iniciativas similares.

Como ejemplo permisivo, la Ley 8 de 1991 de protección a los animales de Canarias permite las peleas de gallos, siempre que se prohíba la entrada a menores de dieciséis años, que las instalaciones donde se celebren peleas tengan, por lo menos, un año de antigüedad al momento de la entrada en vigor de la Ley, salvo las que se construyan en sustitución de aquellas y, por último, que las instalaciones o lugares donde se celebren las peleas sean recintos cerrados. En este caso se trata de una práctica ilegal en el resto de España y, por lo tanto, limitada a las Islas Canarias, donde gozan de una fuerte tradición.

La prohibición o no de estos festejos populares es compleja, porque en ella confluyen elementos ideológicos, culturales y de tradición histórica con decisiones políticas sobre temas en los que, para evitar la fractura social, se producen situaciones contradictorias y difíciles de comprender. Como ejemplo de ello, en España va creciendo el rechazo social a las corridas de toros, quizá porque no deja de ser un espectáculo que, al requerir una plaza de toros se celebra normalmente en ciudades grandes, y para un público solvente, específico y entendido, pero no ocurre lo mismo para otras celebraciones que utilizan toros o vacas en carreras populares, provocándoles daños por los golpes recibidos o las bolas de fuego que se colocan en sus astas (*bous al carrer*, toro embolado...). La razón es que estas últimas están asociadas a las fiestas locales de numerosos municipios y tienen un carácter popular muy generalizado por ser de acceso libre y gratuito, lo que facilita que se pueda acudir y participar de forma directa. La alternativa a esta contradicción se está intentado salvar con la regulación en estos últimos espectáculos de normas de buenas prácticas que garantizan que no haya maltrato de los animales e incluyendo la supervisión obligatoria de un veterinario antes y después del festejo, sin llegar a impedir la utilización de animales para la diversión.

Los animales como objeto de protección

Unos de los temas más discutibles en la tutela de los derechos de los animales es si la misma se dirige a todos los animales por igual o, por el contrario, si se establecen distintos niveles de protección en función de la proximidad de los animales a los seres humanos y a la capacidad que éstos tengan de sentir.

La reforma española de 2015 ha ampliado de una forma espectacular las tipologías de animales protegidos por la norma penal, teniendo en cuenta que, cuando se introdujo en 1995, la figura delictiva se centraba básicamente en el maltrato a los animales domésticos. Los defensores de los derechos de los animales, aunque reconocen que todos ellos tienen derechos, admiten diferencias en su amplitud e importancia, ya que la particularidad de los domésticos es que su relación con la especie humana se ve alterada por su sometimiento, lo cual los hace partícipes de sus hábitos de convivencia (Salt, 1999, p. 49).

Animales domésticos o amansados.

Las razones para la especial protección de los animales domésticos se pueden encontrar en su mayor capacidad de sufrimiento por su cercanía a los humanos y por las incuestionables ventajas o utilidades que les reportan en su vida cotidiana (Hava, 2011, p. 293); pese a ello, el primer obstáculo es concretar dicho término, dada la falta de unanimidad doctrinal en este sentido. La solución se puede encontrar en las normas administrativas, si se entiende que nos encontramos ante una ley penal en blanco o, bien, dejarlo a la discrecionalidad judicial; sin embargo, la falta de uniformidad en las leyes administrativas reguladoras de los derechos de los animales dificulta esta tarea y, por eso, mientras el Código Penal español sólo aludía a los animales domésticos, su concreción se dejó a los órganos judiciales, lo que tampoco era satisfactorio, porque daba lugar a pronunciamientos contradictorios.

La discusión sobre el alcance de la expresión animales domésticos se centraba en determinar si se refería sólo a los animales de compañía o mascotas, o también a los de renta o de granja, ya que doméstico, en principio, es todo animal que vive bajo el control humano con independencia de que lo sea para hacer compañía o participar de la producción y la cría. La Circular 7 de 2011 de la Fiscalía General del Estado 'sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo' resolvió este tema señalando que animales domésticos son los que viven en compañía de las personas, lo que incluye a las mascotas, los animales de granja y los destinados a la carga. En las mascotas no se da ninguna actividad lucrativa, pues se convive con ellos por placer; los de granja o renta conviven y son criados para la producción de alimentos u otros beneficios económicos; y los destinados a carga son los que se utilizan para el trabajo, razones todas ellas que justifican una especial protección.

En la reforma del Código Penal de 2010 se añadió a los animales amansados, entendiendo como tales aquellos que, siendo silvestres o salvajes, han sido

dominados por el hombre para acostumbrarlos a su compañía, lo que incluye animales exóticos como iguanas o serpientes, pero deja sin despejar la duda de si alcanza a los amansados que viven en cautividad.

Animales de los que habitualmente están domesticados.

Esta nueva categoría puede servir para incluir a aquellos animales que, siendo domésticos, viven en total libertad, ejemplo de ello pueden ser los gatos salvajes que no viven bajo el control de ningún ser humano. Su exclusión anterior derivaba de un concepto restringido de animal doméstico que dejaba fuera a los animales abandonados, vagabundos o callejeros, pese a ser estos precisamente los que más protección necesitan por estar expuestos a un mayor riesgo y recibir el mayor número de agresiones y torturas.

Animales que temporal o permanentemente viven bajo control humano.

En este caso se trata de aquellos animales no domésticos, ni siempre pacíficos, que por convivir con algunas personas, se les dota de esta protección, por ejemplo, los animales del zoológico que, con independencia de que sean más o menos peligrosos, son tutelados por su convivencia con las personas.

Cualquier animal que no viva en estado salvaje.

De forma residual, esta referencia a cualquier animal no salvaje intenta dejar claro que sólo aquellos animales fieros o salvajes que vagan libremente y se capturan por la fuerza a través de la caza o pesca, quedan fuera de la tutela penal frente al maltrato.

Esta fórmula da lugar a un objeto material muy amplio, que solo deja fuera de la tutela frente al maltrato a los animales fieros o salvajes, salvo que se trate de un maltrato cruel y se realice en un espectáculo público no autorizado, en cuyo caso se trata de un delito diferente que solo contempla la conducta básica de maltrato cruel y no las cualificadas por el resultado. Esta ampliación evita la impunidad de algunas conductas, *v. gr.*, el maltrato a una fiera domesticada o amansada para trabajar en el circo que no se produzca durante un espectáculo, sino en las dependencias privadas por su cuidador u otra persona diferente, en tanto queda dentro del supuesto de animales que viven bajo el control humano.

La terminología empleada en Colombia sugiere un objeto de protección más amplio, por cuanto la referencia a animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, incluye también a los silvestres o salvajes y sólo deja fuera a los invertebrados.

Autorizaciones legales

Reconocido el derecho al bienestar de todos los animales, aunque la tutela penal deje fuera a los salvajes, se parte de la base de que los animales no deben ser considerados como objeto de uso y explotación, siendo necesario delimitar el alcance

de la autorización legal que permite realizar conductas lesivas para los derechos de los animales.

Los límites legales del respeto a los derechos de los animales se deben diseñar desde el plano del conflicto de intereses y, a tono con ello, ha de prevalecer el de mayor valor sobre el de menor, lo que invita a distinguir entre los usos esenciales para los humanos que puedan autorizar ciertos daños sobre los animales, de aquellos casos en que, al no ser esenciales para los humanos, es factible prescindir de ellos en aras a salvaguardar los derechos de los animales. En tal virtud, sólo las prácticas que supongan un beneficio para la sociedad podrían ser autorizadas (Ríos, 2008, p. 8).

Entre los usos esenciales se pueden destacar la investigación biomédica o científica y la alimentación humana donde se imponen los derechos de los humanos sobre los de los animales, lo que no impide regular sus procedimientos para evitar daños innecesarios. Los usos no esenciales incluyen todos los referentes al placer o divertimento de los humanos, como los espectáculos y las prácticas deportivas, donde debe prevalecer el derecho de los animales a no sufrir maltrato y, por ello, autorizarlos legalmente puede quebrar el principio de la preponderancia de intereses.

A la dificultad para determinar los supuestos que quedan comprendidos o no dentro de las autorizaciones legales debe añadirse que dichas autorizaciones son, normalmente, reguladas por normas administrativas –se trata de leyes penales en blanco–. Como consecuencia de ello, en lo formal, plantean el problema de las dificultades derivadas de la dispersión legislativa y, en lo material, proponen dudas a la hora de justificar la intervención penal por incumplimientos administrativos.

En líneas generales, los eventos más frecuentes son los de experimentación científica, el sacrificio en mataderos y las fiestas populares.

Experimentación científica.

La ‘Declaración Universal de los derechos del animal’ (Organización de las Naciones Unidas, 1977) prohíbe cualquier experimentación médica, científica, comercial o de cualquier otro tipo que implique un sufrimiento físico o psicológico del animal.

En España, el Real Decreto 53 de 2013, que regula la protección de animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, exige adoptar cuidados adecuados y evitar que se les cause innecesariamente dolor, sufrimiento, angustia o lesión prolongados, reduciendo al mínimo el número de animales utilizados y aplicando métodos alternativos. En este decreto, de ámbito nacional, se reglamentan las condiciones generales de alojamiento y manejo, y se reitera la prohibición de causar dolor, sufrimiento o angustia innecesarios a los animales utilizados para la experimentación, siendo obligatoria la anestesia, salvo que la misma sea traumática para el animal o incompatible con la investigación. Para el cumplimiento de dichas normas se crea en los centros públicos un comité ético de bienestar animal.

Sacrificio de animales en mataderos.

Las Directivas europeas y normas administrativas nacionales prohíben los métodos crueles, pues reclaman que los animales no sufran ni sientan dolor durante el sacrificio. La Ley 6 de 2013 regula la explotación, transporte, experimentación y sacrificio de animales estableciendo una serie de principios sobre el cuidado animal con un régimen común de infracciones y sanciones, en orden a garantizar su cumplimiento; entre estas se pueden destacar el sacrificio o muerte de animales en espectáculos públicos no autorizados, utilizar a los animales en peleas, realizar mutilaciones no permitidas o utilizar perros o gatos abandonados para experimentación, entre otras.

Fiestas populares.

Las fiestas populares requieren una mención especial, por la gran aceptación que tienen en algunas zonas de España las diversiones que producen sufrimiento o dolor a los animales, como puede ser el *toro embolado*, las vaquillas o las corridas de toros.

La regulación de estos supuestos se apoya sobre dos premisas: algunos espectáculos públicos con animales están autorizados legalmente y, por lo tanto, en ellos se resuelve el conflicto de intereses a favor de los humanos, pero, si se llevan a cabo espectáculos que no están autorizados o se llevan a cabo sin cumplir las formalidades legales, la conducta será delictiva.

En el primer caso, la regulación legal de festejos o actividades de entretenimiento en los que se utilicen animales debería preservar el bienestar de estos, sin permitir cualquier acto de maltrato; sin embargo, como muchas de las mencionadas se aferran a la raigambre popular y a la permanencia de tradiciones ancestrales, las posibles soluciones son su eliminación progresiva a través de la educación y la sensibilización social o, bien, directamente por la vía de la sanción legal. Ejemplos localizados de lo primero ha habido en los últimos años a través de prohibiciones establecidas por los propios Ayuntamientos que han eliminado fiestas populares por la controversia que suscitaban, es el caso de la supresión de la tradición de tirar a una cabra desde un campanario en la localidad de Manganeses de la Polvorosa en Zamora, y de la prohibición de las corridas de toros y el uso de animales en circos en diversos municipios como Barcelona y Palma de Mallorca.

Siguiendo esta línea, las exenciones de pena previstas en la legislación de Colombia son las autorizaciones legales de cuidado, cría, reproducción, adiestramiento, y mantenimiento de animales, el procesamiento relacionado con la producción de alimentos y las actividades de entrenamiento para competiciones legalmente aceptadas, con lo cual no alcanzaría a las fiestas populares que se regirían por las reglas generales de prohibición del maltrato causante de muerte o lesiones (parágrafo 1° del art. 339B). Lo anterior, sin perjuicio de la remisión que hace la propia Ley 1774 de 2016 (parágrafo 3° del art. 339B) al art. 7° de la Ley 84 de 1989, referido a la autorización del rejoneo y el coleo, las corridas de toros, las

novilladas, las corralejas, las becerradas y las tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en esos ‘espectáculos’, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-666 de 2010.

Conclusiones

Las nuevas leyes que amparan los derechos de los animales son una muestra del cambio sociocultural experimentado en las sociedades modernas que no sólo reconocen derechos de especies no humanas, sino que sancionan las conductas que los vulneran.

La consideración del maltrato animal como nueva conducta delictiva presenta una especial complejidad, dado que, en muchos casos, se trata de transformar costumbres culturales fuertemente arraigadas en conductas susceptibles de sanción penal, lo que implica superar el relativismo cultural –según el cual toda pauta cultural debe ser respetada como manifestación de la expresión colectiva– por una nueva ética de convivencia social en la que las vejaciones, sufrimientos y daños innecesarios a los animales pueden y deben ser erradicados.

La convivencia pacífica entre seres humanos y animales no puede impedir que se presenten conflictos entre ambos; por eso, los derechos de los animales podrán ceder en orden a salvaguardar intereses esenciales para la vida humana como la alimentación o la salud, pero no para otros secundarios como la diversión o el espectáculo. Esa es la razón que explica que la tutela a los derechos de los animales haya empezado por el maltrato cruel e injustificado y por los espectáculos públicos no regulados; sin embargo, la evolución social nos hará saber si esto es sólo un primer paso y la ética de respeto al mundo animal tenderá a rechazar todo tipo de daño a los animales, e incluso, todo tipo de instrumentalización.

Como anteriormente se ha señalado, el respeto a los derechos de los animales no es sólo una figura de reciente recepción en el plano jurídico, es una transformación de la ética social y la cultura popular. En tal virtud, toda la responsabilidad de este cambio no puede recaer en el ámbito punitivo, sino que la educación en valores de respeto al mundo animal y la prevención de conductas generadoras de daños innecesarios a los animales es, en general, el complemento imprescindible para una nueva concepción de convivencia de las especies humana y animales.

En relación con la penalidad, aunque se ha discutido su levedad, es importante destacar que la sanción elegida en el Código penal español, y en Colombia ocurre algo similar, en ningún caso supera los dos años de prisión, lo que permite suspender la ejecución sin ingresar en prisión, imponiendo en su lugar la obligación de realizar programas de tratamiento de respeto a los animales. Además, todas las conductas se castigan con la inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, salvo la última en la que es opcional, lo que refleja una opción por la prevención y la educación más allá de una sanción exclusivamente punitiva.

Referencias

- Cavaleri, P. y Singer, P. (1998). *El proyecto gran simio. La igualdad más allá de la humanidad*. (Trad. C. Martín y C. González). Madrid: Trotta.
- Cobo del Rosal, M. (Coord.). (2005). *Derecho Penal. Parte Especial*. (2ª ed). Madrid: Dykinson.
- Córdoba, J. y García, M. (Coords.). (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (T. I). Madrid: Marcial Pons.
- Cuerda, M. (2015). Maltrato y abandono de animales (art. 337 y 337 bis). En J. González (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (pp. 1073-1084). (2 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Lucas Martín, J. (2009). En el bicentenario de Darwin ¿derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad *Teoría & Derecho*, (6), 7-18.
- Hava, E. (2011). La protección del bienestar animal a través del Derecho penal. *Estudios penales y criminológicos*, (31), 259-304.
- Higuera, J. (1998). Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995. *Actualidad Penal*, (17), 343-362.
- Ley 1774 de 2016. Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código penal, el Código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49747. Congreso de la República de Colombia, enero de 2016.
- Manzanares, J. (2015). *La reforma del Código Penal de 2015*. Madrid: La ley.
- Martínez-Buján, C. (2004). Derecho Penal. Parte Especial. En J. L. González (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 544-594 y 644-766). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (2015). Derecho. Penal Parte Especial. En J. L. González (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*. (4 ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mosterín, J. y Riechmann, J. (1995). *Animales y ciudadanos*. Madrid: Talasa.
- Muñoz, F. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial* (16ª ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (20ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, J. (2007). Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos. O de cómo no legislar en Derecho Penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), 309-363.
- Muñoz, S. (1999). *Los animales y el Derecho*. Madrid: Civitas.
- Organización de las Naciones Unidas -[ONU]. (1977). *Declaración Universal de los derechos del animal*. Londres.

- Prats, J. M.; Marques, M. y Quintero, G. (Dir.). (2004). *Comentarios al Nuevo Código Penal* (3ª ed). Navarra: Aranzandi.
- Queralt, J. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reino de España. Fiscalía General del Estado (2011). *Circular 7/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*.
- Reino de España. Ley 8 de 1991. De protección de animales. BOE No. 152. Comunidad Autónoma de Canarias, junio de 1991.
- Reino de España. Ley 22 de 2003. De protección de animales. BOE No. 189. Comunidad Autónoma de Cataluña, agosto de 2003.
- Reino de España. Ley Orgánica 15 de 2003. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 283. Congreso de los Diputados, noviembre de 2003.
- Reino de España. Ley 28 de 2010. De modificación del artículo 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008. BOE No. 205. Comunidad Autónoma de Cataluña, agosto de 2010.
- Reino de España. Ley Orgánica 5 de 2010. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 152. Congreso de los Diputados, junio de 2010.
- Reino de España. Ley 6 de 2013. De modificación de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. BOE No. 140. Jefatura de Estado, junio de 2013.
- Reino de España. Ley Orgánica 1 de 2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE No. 77. Congreso de los Diputados, marzo de 2015.
- Real Decreto 53 de 2013 de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia. BOE No. 34. Ministerio de la Presidencia.
- Ríos, J. (2008). Los animales como posibles sujetos de Derecho Penal. <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos>.
- Roca, L. (2000). Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal. *Actualidad Penal*, (18), 397-418.
- Salt, S. (1999). *Los derechos de los animales*. Madrid: Los libros de la catarata.

EL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ESPAÑA: ALGUNAS CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES Y RELATIVAS AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

*César Chaves Pedrón**

Resumen

Las nuevas técnicas publicitarias tienen una mayor capacidad de incidir en el comportamiento del consumidor, lo cual sitúa a este último en clara desventaja respecto de las empresas; si, además, la publicidad es engañosa, el riesgo para los consumidores es elevado y, por ello, se hace necesario incrementar su protección en la misma medida. Tal tutela ha de ser proporcionada por el Estado a través del derecho, pero el análisis de esta necesidad de protección y la determinación de la forma en que ella debe realizarse, supone examinar el papel de las distintas ramas del ordenamiento jurídico a dichos efectos y, en especial, el del derecho penal, cuya intervención debe evaluarse, en primer lugar, desde una perspectiva eminentemente político criminal.

Palabras clave

Consumidores, derecho penal económico, publicidad engañosa, *marketing*, delitos patrimoniales, delitos económicos.

Abstract

The new advertising techniques can influence the consumers' behavior even more than the priors did. Because of that, consumers are in risk, particularly when the information is misleading or false, and this situation justifies improving legal protection. However, the intensity of this protection and the concrete way to do it requires analyzing different branches of law, especially, criminal regulation. In this last case, the exam must start by reviewing the criminal policy that sustains the criminalization of misleading or false advertisement.

Keywords

Consumers, white collar crimes, misleading advertising, marketing, economic crimes.

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Penal Universitat de València.

Introducción

El análisis político criminal del delito de publicidad engañosa requiere partir de unas premisas diferentes a las empleadas en el estudio tradicional de un delito. Por un lado, ha de considerarse la evolución hacia un Estado social que, sin dejar de preocuparse por el erario público, debe atender las necesidades de los ciudadanos y esta situación le obliga a intervenir en la regulación de las relaciones comerciales a través del derecho.

Dentro de esa misma evolución social no puede obviarse el extraordinario desarrollo empresarial y del mercado y el libre acceso al mismo; en este contexto, el recurso a la publicidad es necesario. No obstante, las técnicas publicitarias van perfeccionándose y actúan sobre partes de las personas que pueden condicionar su comportamiento, p. ej., la publicidad emocional incide en la parte emotiva y genera necesidades de adquirir productos y servicios de consumo que las personas realmente no precisan.

Ello produce, por lo tanto, una situación de desventaja para los consumidores frente a las empresas y sus técnicas publicitarias que, en últimas, determinan la conducta de los primeros sin que estos se den cuenta. En tal escenario, si, además, la publicidad es engañosa, el riesgo para los consumidores es alto y, por ende, la necesidad de protección mayor.

El análisis de la situación del consumidor frente a la publicidad engañosa permite tomar posición sobre la necesidad o no de protección penal en estos casos, pero esa decisión también requiere de una valoración del bien jurídico protegido. A ello se dedican las siguientes líneas.

Un nuevo contexto

El punto de partida podemos establecerlo en la transformación del Estado liberal en uno social, debido a la evolución de la sociedad que demanda una mayor intervención del propio Estado (Borja, 2011, p. 187) y en el que la Administración Pública se hace cargo de la gestión de los recursos públicos para garantizar el bienestar de los ciudadanos. Este modelo requiere que el Estado tome las medidas adecuadas para preservar el erario público y asuma las prestaciones necesarias para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (Borja, 2011, p. 188).

El nuevo contexto también impulsa el desarrollo económico según las leyes del libre mercado y la competencia, lo cual permite un mayor acceso a las empresas y, también, libertad a la hora de establecer los precios (Stampa y Bacigalupo, 1980, p. 163). Esta situación puede propiciar un importante desajuste entre las empresas y las otras partes que intervienen en el mercado, en especial, los consumidores.

Los intereses de los ciudadanos con expectativas de adquisición de bienes y servicios de índole económica podrían verse afectados por una actividad empresarial ajena al debido control estatal, es decir, la adecuada injerencia pública en la vida económico-social se requiere para evitar las desigualdades sociales

y el menoscabo de los intereses de la parte que pueda resultar más afectada. En este sentido, la libre competencia no impide que, desde la perspectiva propia del Estado de derecho, se impongan restricciones (Stampa y Bacigalupo, 1980, pp. 163-164) y, de este modo, garantizar a los ciudadanos el respeto por sus derechos fundamentales ante cualquier exceso (Novoa, 1982, p. 48).

Esta conversión intervencionista del Estado se traduce en la tutela de bienes de carácter colectivo, para proteger esa parte de la sociedad que participa en una economía de mercado, pero con un potencial inferior al de las empresas, vale decir, a los consumidores.

El progresivo cambio del modelo hacia uno de mayor intervención no supone, necesariamente, que la nueva configuración tenga un carácter autoritario, sino que tratará de salvaguardar el verdadero desarrollo de los ciudadanos y el equilibrio social; lo cual puede alcanzarse si el Estado social actúa bajo los límites que impone el Estado de derecho (Mir, 1994, p. 33). Además, la Constitución española (CE) actual propugna por una realidad económica y social justa que refleje la voluntad popular y se corresponda con un verdadero Estado de derecho (Ruiz, 1980, p. 9). En este escenario, la libertad de mercado no es, en sí misma, un valor absoluto, sino que se encuentra, más bien, subordinada a la satisfacción de los intereses generales (Tamarit, 1990, p. 322).

Al tenor de lo expuesto, se puede afirmar que esa mayor injerencia estatal puede revestir diversas formas y, una de ellas, es la orientada a lograr el equilibrio social ya mencionado mediante el derecho.

Llegados a este punto, resulta necesario poner de manifiesto que, cuando la intervención sea desde la perspectiva penal, ella debe obedecer, necesariamente, al principio de intervención mínima. El respeto a dicho postulado es perfectamente compatible con el Estado social y su característica intervencionista¹; en particular, cuando tal intervención implica, en esencia, la protección de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad (Martos, 1987, p. 132). No obstante, cualquier tipo de intervención debe limitarse a aquellos supuestos en los que exista un evidente desequilibrio social y un peligro para los cimientos de la sociedad que conforma un Estado de derecho (Martos, 1987, p. 134).

No se aboga, pues, por una economía dirigida, sino por sancionar el mal uso de la libertad que, en materia económica, puedan hacer las empresas en perjuicio de los consumidores u otros competidores (Rodríguez, 1981, p. 711). Al fin y al cabo, se trata de establecer un conjunto de limitaciones a la actividad empresarial con el propósito de tutelar un grupo –los consumidores– que participa en el proceso de producción y distribución de los bienes y servicios que se lanzan al mercado (Aguilera, 1981, p. 581).

¹ Mir (1994, p. 152) pone de manifiesto el peligro que existe por parte del Estado social de comprometer este principio por utilizar el intervencionismo con una finalidad política alejada de los intereses sociales y de confundir la protección debida a intereses colectivos con la intervención penal.

Estas limitaciones serán más eficaces si se instrumentalizan a través del derecho penal, en concreto, del llamado 'derecho penal económico', que se considera decisivo para cambiar el rumbo de la política económica desde la política criminal (Tiedemann, 1995, p. 33). A lo anterior se añade su pleno respaldo en la CE, en tanto que protege el interés general y está al servicio de todos los ciudadanos (Hormazábal, 1995, p. 195), por ende, de aquellos que son destinatarios de los productos (Ruiz, 1999, p. 34).

No se trata, ahora, de examinar las teorías que dieron lugar al derecho penal económico, sino, más bien, de exponer su definición actual: tradicionalmente, se ha distinguido entre un concepto estricto de derecho penal económico y otro amplio; el estricto lo circunscribe a los delitos que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado (Martínez-Buján, 2012, p. 19; Novoa, 1982, p. 48) y, el amplio, lo concibe como aquél que se ocupa de las conductas que afectan bienes jurídicos supradindividuales que no atañen directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal (Martínez-Buján, 2012, p. 20 y Novoa, 1982, p. 45).

La referencia amplia parece la más acertada para responder a las directrices de la Unión Europea (UE) a la hora de elaborar normas de protección en materia económica. Los países pertenecientes a la UE y que, por lo tanto, tienen abiertas las relaciones económicas entre sí, necesitan de una regulación semejante para proteger el tráfico mercantil y evitar el fraude económico en los distintos países (Vervaele, 1991, p. 119). Para ello, se establecen unas líneas que orienten la elaboración de las respectivas normativas de los países miembros (Sieber, 1995, p. 615; Portero, 2004, pp. 486-487).

Tales directrices comunitarias europeas tratan de aproximar las legislaciones de los distintos Estados (Pagliaro, 1995, p. 694) y un claro ejemplo de lo apuntado es la Recomendación 81 del Comité de Ministros, adoptada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1981, en la cual se fijan unos principios comunes de política criminal contra la amenaza de la delincuencia económica y donde se incluye la protección a los consumidores y a los competidores frente a las conductas de publicidad engañosa (Ruiz, 1999, pp. 35-39).

Por lo tanto, antes que una relación cercana entre las disposiciones penales de los países miembros, parece más apropiado afirmar que se ha ido abriendo paso un derecho penal 'europeizado', pues, tras la expedición de las normas comunitarias, los países miembros deben adaptar sus legislaciones internas, porque, en caso de no hacerlo, sus leyes penales o sancionadoras administrativas podrían ser declaradas nulas por contrariar las disposiciones comunitarias (Nieto, 2008, p. 419). A causa de ello, se han creado normas penales nacionales que se consideran legítimas en supuestos de ataques a bienes jurídicos económicos, aunque sean de corte clásico como, por ejemplo, el patrimonio ajeno (Bottke, 1995, p. 640).

La consecuencia del creciente interés de la UE en la armonización de las legislaciones de sus Estados miembros y su ampliación a toda infracción que afecte, de alguna manera, bienes de índole económica, ha llevado a la doctrina a aceptar el

concepto de derecho penal económico en sentido cada vez más amplio hasta considerar, no solo los ataques a bienes económicos supraindividuales, sino, también, aquellos que son individuales, pero orientados a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual (Martínez-Buján, 2012, p. 67 y 2014, p. 103).

Así pues, una vez sentada esta premisa conceptual, puede resultar paradójico que el llamado derecho penal económico sea la vía para preservar la libertad en el mercado, imponiendo restricciones ante los abusos (Bajo, 1995, p. 64); pero, a estos efectos, conviene tener presente que la regulación de la actividad de las empresas desde una perspectiva mercantil y administrativa no supone la ausencia del derecho penal (Ruiz, 1999, p. 258) y que este último, en ciertos casos, parece necesario para una mejor preservación del tráfico económico.

La publicidad como herramienta fundamental

La situación expuesta en el apartado anterior es consecuencia del gran desarrollo mercantilista de las sociedades occidentales (Portero, 2004, p. 484) que generó la proyección social de los productos dentro de un ámbito de gran competencia y donde el receptor de tales ofertas parece encontrarse en una situación de inferioridad. La protección que podía ofrecer el Estado liberal se antojaba escasa en una sociedad cada vez más capitalista que predicaba la plena libertad de industria y comercio, proponía la libre iniciativa empresarial dentro de un marco competitivo y, además, consideraba el lucro como impulsor de esta actividad (Novoa, 1982, p. 51).

Según lo expuesto, el desarrollo del capitalismo transforma el modo de trabajo y de venta: en la época precapitalista, la relación entre el productor y el consumidor era prácticamente personal, mientras que en la capitalista se basa en, de un lado, la ausencia de relación personal y, del otro, una oferta multitudinaria e indiferenciada de los productos por parte del fabricante. Este nuevo modo de trabajo y de mercado trae como consecuencia inevitable la utilización de la publicidad (Feliu, 1984, p. 35; Martínez-Buján, 1983, p. 752) que, también en este marco, se beneficia de los avances en materia de las tecnologías de la información (Lafuente, 2014, p. 86).

La idea con la que se parte respecto de la publicidad es positiva, pues se trata de facilitar información a los consumidores sobre los productos y servicios (Royo, 1998, p. 6) y se entiende que la misma es un medio transversal que estructura a la sociedad desde una perspectiva comunicativa y directa en la vida cotidiana (Benavides, 2012, p. 83). En tal sentido, la publicidad es usada en las sociedades capitalistas como un instrumento para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen las empresas y, en esa medida, se ha convertido en una herramienta necesaria en una economía de libre mercado (Tallón, 1979, p. 17).

Tal actividad requiere, para aumentar las ventas, que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor, al punto que se ha llegado a definir la publicidad como “el arte de convencer consumidores” (Bassat, 2013, p. 33).

Precisamente por ello, este ámbito es cada vez más especializado y recibe una progresiva inversión de recursos para el desarrollo de sus métodos (Santaella, 1981, p. 23).

La publicidad es, entonces, algo consustancial a las economías de mercado (Sierra, 2003, p. 62)² y, para que el mensaje publicitario sea conocido por todos, se apela a la influencia –cada vez mayor– de los medios de comunicación, llamados *mass media*, cuyo poder y capacidad para influir en la sociedad se deriva de su potencial para llegar a una gran parte de sus miembros (Cuerda, 2001, pp. 196 y 197). Esta posibilidad de distribución general y, en algunos casos, masiva, requiere que la publicidad tenga una vertiente eminentemente convincente; esta premisa tiene una consecuencia inevitable: la publicidad ha dejado de ser accesoria y se ha convertido en un elemento principal con gran influencia en el sistema económico y social.

En un determinado momento, el producto era su propia publicidad, hoy, en cambio, esta última se ha convertido en su propio producto (Baudrillard, 1989, pp. 8-9). Además, hay un tránsito de un esquema puramente mecánico y direccional³ a uno sistémico de enorme complejidad que atiende a la interactividad y la interdependencia de los nuevos referentes de la comunicación; se trata de un modelo que persigue representar todo ese conjunto de interrelaciones que existen en los, ahora, más complejos procesos de interacción cultural derivados de las prácticas mediática y publicitaria.

En definitiva, la comunicación y los medios proponen un escenario complejo en el cual se sustituye el modo tradicional de comprender el mundo y en este nuevo panorama intervienen directamente los individuos, las instituciones públicas y las empresas (Benavides, 2014, p. 9).

Las nuevas técnicas publicitarias

Para que la publicidad pueda cumplir con el papel relevante que actualmente tiene precisa de unas técnicas adecuadas. Hoy, la técnica publicitaria no transmite un mensaje que implique el simple binomio producción-venta, apoyado en una idea de propaganda⁴, sino que impone una ideología en la cual el individuo pierde la conciencia de la realidad de sus necesidades y se adapta a una nueva filosofía de consumo que reduzca o anule su capacidad crítica (Pignotti, 1976, p. 30).

² En el mismo sentido apuntaba los avances producidos en la comunicación de masas y la inserción de las campañas publicitarias, Vázquez (1992, p. 926).

³ Este modelo se basaba en los principios de la lingüística estructural y el conductismo estadounidense, es decir, la direccionalidad del emisor –hablante– respecto a la del receptor –oyente– (Benavides, 2014, p. 9).

⁴ Idea relativa a la propagación de ideas con una organización y plan de acción y, con frecuencia, con la puesta en práctica de procedimientos directos. Usada en el ámbito mercantil pero de una forma menos usual que en otros ámbitos como religión, política, filosofía, etc. Así, Haas (1971, p. 14).

Aunque hay quien opina que la publicidad no crea valores sino que los transmite, pues pretende sugestionar para motivar la conducta sin que el consumidor se dé cuenta (Biedma, 1997, p. 62), sí parece que la publicidad contribuye a crear valores –más que a transmitirlos–, porque incide en la capacidad motivacional del ciudadano para que realice múltiples actos de consumo que, en la mayoría de los casos, podrían considerarse innecesarios, empleando mensajes persuasivos para cambiar sus actitudes (De Diego, 2014, p. 66). Por lo tanto, la publicidad ya no consiste en informar al público sobre las características y el precio del producto, sino que tiene una finalidad ulterior: persuadir a los consumidores para que compren los productos anunciados (Fernández, 1989, p. 58).

Según lo expuesto, se puede afirmar que la vida económica del individuo se establece sobre tres momentos: primero, el de las necesidades, donde se crean deseos y pasiones; segundo, el de los esfuerzos, dirigido a alcanzar el objeto del deseo o satisfacer la pasión; tercero, el de la satisfacción, la cual se consigue tras obtener lo pretendido. La publicidad solo actúa sobre los dos primeros: crea o excita las necesidades, los deseos, las pasiones (que una vez nacidos resultan, en general, progresivos) y minimiza los esfuerzos del individuo para satisfacerlas (Haas, 1971, p. 79).

En definitiva, la publicidad deja de ser una herramienta comercial de las empresas y pasa a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida. Ya no se la concibe como la simple actividad de hacer anuncios, sino como una verdadera ‘industria cultural’ que utiliza sus herramientas y recursos para generar discursos sociales que afectan la vida de las personas y, por ende, el consumo que ellas efectúan (Benavides, 2012, p. 82).

El *marketing*.

Una de las primeras técnicas para conseguir los fines apuntados, que, además, ayuda a controlar el mercado, es el *marketing*⁵, el cual fue implantado a mediados del siglo XX y trasladado a Europa desde los Estados Unidos. El *marketing* supone una mayor creatividad de los mensajes publicitarios a partir de una cierta forma de decir las cosas (breve, concisa, ocurrente y, sobre todo, cargada de información apoyada en imágenes). El éxito de este modelo convirtió a la publicidad en una herramienta no solo para ganar dinero y hacer ganar dinero a las empresas, sino, también, para consolidar modelos de convivencia social (Benavides, 2014, p. 14).

Para alcanzar el fin pretendido, la estrategia de *marketing* se basa en cuatro principios fundamentales: en primer lugar, la orientación, es decir, la búsqueda de satisfacción del consumidor como objetivo prioritario de una empresa. En segundo lugar, la segmentación, esto es, la división conceptual del mercado en grupos de

⁵ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo remite a la palabra “mercadotecnia” para definirla como: “El conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin”. Sobre la utilización del marketing en las sociedades industriales, véase Santaella, (1978, p. 413).

consumidores para atenderlos mejor, pues un grupo de consumidores extenso y homogéneo supone una gran dificultad al momento de satisfacer sus intereses.

En tercer lugar, el *marketing* diferenciado que consiste en vender el producto adaptado a las necesidades de los segmentos en los que se ha dividido a los consumidores, en vez de tratar de vender el mismo producto a todos de manera indiferenciada. Y, en cuarto lugar, el posicionamiento, vale decir, proyectar una imagen definida del producto en la mente del consumidor para que este, a la hora de pensar en el mismo, lo haga evocando la marca (Tellis, 2001, pp. 21-31).

El *marketing* ha servido para el análisis completo del mercado, determinando la viabilidad de los productos según su potencial adquisición por parte de los consumidores (Hansen, 1970, p. 18). Gracias a la utilización de esta técnica, la publicidad camina junto al *marketing* de una manera indisoluble, estudiando las posibilidades de un determinado producto o servicio en el mercado y generando su demanda en la sociedad.

Esta nueva fórmula utiliza medios más expansivos como la televisión, el cine, etc., para tener una verdadera eficacia y, si a ello unimos las redes sociales y las nuevas tecnologías, en especial la Internet –una herramienta fundamental en nuestro tiempo– que ha generado una comunicación global y masiva (Romero, 2014, p. 150), queda claro por qué su propagación es mucho mayor; todo esto, sin olvidar el alcance internacional de los mensajes con referencias en diferentes idiomas (Álvarez, 2014, p. 133). En este escenario globalizado en el que todos hablan con todos, gracias a las nuevas tecnologías, los mensajes publicitarios pueden llegar a cualquier rincón del mundo y hacer partícipe a cualquier persona (Jiménez, 2014, p. 96). Desde luego, la utilización de distintos soportes técnicos hace más fácil llamar la atención del consumidor y despertar su interés (Gómez, 2014, p. 164).

La publicidad emocional.

Según la nueva dinámica publicitaria, el consumismo se transmite con una visión basada en una idea de vida, en la mayoría de los casos, absolutamente irreal. Los productos de consumo deben ofrecer a su destinatario la posibilidad de materializar sus expectativas frustradas, identificándolo socialmente, pero, a la vez, diferenciándolo.

Por ello, la moderna expansión publicitaria se caracteriza por la vinculación de psicólogos y sociólogos a las agencias publicitarias, con la finalidad de obtener mayor calado a través de la explotación emocional. Esta vertiente ha dado lugar a los métodos de investigación sicográfica⁶, p. ej., en los Estados Unidos de los años

⁶ Se trata del sistema publicitario utilizado a principio de los años ochenta del siglo XX en Estados Unidos, en el que se analiza la población dividiéndola en segmentos; una vez se han obtenido los segmentos de población se establecen los perfiles de cada uno de ellos y la campaña publicitaria se canaliza en la explotación emocional del consumidor de cada segmento poblacional que se hubiere establecido (Meyers, 1994, pp. 22 y ss).

ochenta del siglo XX surgió el enfoque sicográfico denominado *Values and Life-Styles* (VALS), en castellano, ‘valores y estilos de vida’, el cual establecía categorías de ciudadanos, integrados o no, según que actualizaran su consumo a la nueva idea de vida que se les transmitía a través de la publicidad (Meyers, 1994, p. 25).

La tendencia apuntada se alimenta de la posibilidad actual y de la futura, en otras palabras, no solo se trata de obtener unas importantes ventas de productos en el momento en que los mismos son creados, sino que se persigue una finalidad de consumo sin solución de continuidad; así, se crea una tendencia –empresarial– hacia una productividad virtualmente ilimitada, favorecida por la estructura técnica formada y por la necesidad de dar salida a los productos. La mejor manera de conseguir este objetivo es manipulando al consumidor para adaptar su comportamiento a las necesidades del mercado y generar la falsa necesidad de un producto (Lafuente, 2014, p. 91); esto –que las personas actúen sin control consciente sobre sus comportamientos–, no hace falta decirlo, es una de las principales críticas dirigidas al uso de la publicidad (Royo, 1997, p. 96).

La creación de estereotipos y la explotación emocional animó a los consumidores a participar de la vida publicitaria y a demandar que su voz, sus quejas y descontentos fueran oídos (Benavides, 2012, p. 82); sin embargo, pese a las reacciones del consumidor, la publicidad sigue penetrando de forma directa en él, asegurando de este modo que las ventas continúen (Meyers, 1994, pp. 248 y ss.) y, a tales efectos, utiliza la forma más adecuada para interferir en el momento motivacional y asegurar el consumo innecesario que propicia la riqueza emergente de las empresas. Es decir, la evolucionada técnica publicitaria cotinuará gravitando sobre la creación de la imagen social y de la integración en esta sociedad según los actos de consumo que se realicen.

Para influir en la capacidad de decisión de los consumidores, la publicidad debe nutrirse de aspectos psicológicos y sociológicos, además de recurrir a los tradicionales análisis económicos del mercado. La permeabilidad que las personas muestren al mensaje dependerá, en gran medida, de la materialización psicológica que el producto logre en un determinado sector de la población y el acierto de las técnicas publicitarias empleadas está supeditado a que el estímulo utilizado sea el correcto (Ogilvy, 1990, p. 9); para conseguirlo, primero hay que dar con el ‘concepto’. El mensaje clave es lo que diferencia el producto de un fabricante del de la competencia (Cuesta, 2014, p. 4), aunque no puede olvidarse que, en últimas, la publicidad que más gusta es la que más vende (Bassat, 2013, p. 40).

Con todo, la publicidad no puede entenderse desde una perspectiva aislada, esto es, como un universo cerrado en sí mismo, sino, más bien, a partir de la estructura social que se ha generado. Con otras palabras, la creación de una sociedad de superlativos tiene como consecuencia que la economía sobreviva creando artificialmente la demanda en lugar de satisfacerla (Pignotti, 1976, p. 32).

A todo lo dicho contribuyen las herramientas que permiten comprobar la eficacia que ha tenido la publicidad lanzada sobre el consumidor, *v. gr.*, el estudio de

audiencias a través de los medios de comunicación (Matellanes, 2014, pp. 115-116). Pero esas técnicas de medición de la eficacia publicitaria van más allá de esto y miden las respuestas de los individuos de forma tal que los especialistas puedan analizarlas. Ello se realiza mediante la utilización de las siguientes técnicas:

- Cognoscitivas: miden la capacidad del anuncio para llamar la atención, el conocimiento y la comprensión del individuo. Esta técnica persigue que el individuo sea consciente de la existencia del producto y de los beneficios que posee.
- Afectivas: miden la actitud que un estímulo publicitario es capaz de generar en las personas para producir un cambio de actitud.
- Conativas: miden el comportamiento de respuesta de las personas no solo en términos de compra, sino también a través de la predisposición a actuar en la dirección que se desea, p. ej., pidiendo más información del producto o acudiendo al punto de venta (Martín, 2014, pp. 178-179).

Por lo tanto, la publicidad juega un papel tan importante que su tendencia actual viene marcada por la creación de ideas sobre un producto, incluso antes de probarlo; evidentemente, nadie conocerá de verdad el producto y sus características y condiciones hasta que lo adquiera. La publicidad trata de crear en la mente una idea relativa a un determinado bien de consumo y, por ello, la vida de dicho producto –de una determinada marca– depende de aquella; tanto, que se ha llegado a afirmar, tal y como ya apuntamos, que la publicidad no es solo parte del producto sino que es el producto mismo (Lorente, 1989, p.15).

Esta nueva forma de llevar a cabo la publicidad descubre su nuevo cometido: ya no trata de mostrar a los consumidores los productos que tiene a su disposición en el ámbito del mercado, sino de transmitirles una idea sobre un determinado producto que permanezca en su cerebro y que el hecho de adquirirlo y disfrutarlo suponga una pertinaz búsqueda de aceptación social⁷. Incluso, se advierte que los consumidores quieren que las marcas les faciliten sus elecciones de compra y, por supuesto, las firmas lo hacen con propuestas revestidas de seducción y afectividad (López, 2007, p. 31); una versión moderada de esta interpretación alude a facilitar la elección mediante la información, el entretenimiento y la confianza (Bassat, 2013, p. 37).

En este marco, la atracción emotiva juega un papel importantísimo en la estimulación del deseo y la determinación de la acción de adquirir (Lester, 1968, p. 45), porque, en primer lugar, bajo una óptica neurológica se considera a las emociones como un conjunto complejo de respuestas químicas y neuronales causadas por un estímulo emocionalmente competente captado por el cerebro que está, gracias a la evolución, preparado para responder a esos estímulos con repertorios específicos de acción (Damasio, 2005, p. 55). En segundo lugar, la reacción emocional

⁷ La técnica publicitaria en algún momento se ha amparado más en determinadas ciencias – como fue el psicoanálisis en los años setenta y ochenta – que en la propia imaginación de los publicistas (Meyers, 1994, p. 54).

puede tener lugar sin un conocimiento consciente del estímulo emocionalmente competente (Damasio, 2005, p. 57) y, en tercer lugar, una vez desencadenada la emoción, se activan distintas partes de ejecución de emociones en distintos puntos del cerebro (Damasio, 2005, p. 60). Surge, así, la publicidad emocional que trata de persuadir al consumidor a través de sus sentimientos para cubrir deseos y anhelos profundos de manera real o simbólica (López, 2007, p. 32).

La participación de expertos en ventas, estudiosos de los mercados, psicólogos y sociólogos genera la posibilidad de ‘crear necesidades’⁸ en los consumidores para que adquieran los productos y servicios que se exhiben en el mercado. Como el comportamiento de los consumidores se considera el eje fundamental de la actividad publicitaria, ello explica la utilización de métodos de investigación en psicología centrados en estímulos, respuestas, percepción, atención selectiva, aprendizaje, inteligencia y personalidad y, sobre todo, comportamiento (Guía, 1998, p. 2).

La vida publicitaria comienza, ahora más, a gravitar sobre la idea ya comentada de creación de estereotipos de personas, que adquirirán una mayor integración social con el consumo de determinados productos o servicios o de una cierta marca. La manera de conseguirlo pasa por influenciar emocionalmente a los consumidores que se sienten realizados –en lo que a la integración social se refiere– por el hecho de adquirir y disfrutar de determinado producto o marca. Al fin y al cabo, la motivación no está en el producto sino en el interior de la persona (Bassat, 2013, p. 81).

No podemos dejar de mencionar, a raíz de lo expuesto, la enorme contribución a la publicidad emocional que tienen los medios de comunicación, los cuales ponen a disposición del público un mercado de sensaciones a través de imágenes placenteras asociadas a las marcas. Permiten, además, que los destinatarios tengan experiencias emocionales a través de la publicidad, dentro de un espacio mediático que facilita a la sociedad una evasión y el disfrute mediante la emisión de contenidos de fácil recepción (López, 2007, p. 33).

Hay algunos temas de publicidad ligada a los sentimientos, *v. gr.*, el estatus y la admiración (Audi), la pureza y el sentimiento de libertad (Lanjarón), la independencia femenina (Bourjois), la delicadeza y la sensualidad femenina que seduce al hombre (Agua fresca de rosas), el cuerpo perfecto (Giorgio Armani), la vida perfecta sin obligaciones (Once), la eterna juventud (Antiarrugas) o, en fin, ser los mejores (Repsol). Se trata de motivaciones subconscientes y, en este entendido, la publicidad emocional habla de los sueños y emociones de las personas –contenidos de la psique humana–, sirve como instrumento a la sociedad de consumo y utiliza los mensajes publicitarios para generar nuevas necesidades

⁸ A tal efecto se utiliza la expresión ‘creación de necesidades’ para transmitir la idea de artificialidad en la sensación despertada en los consumidores sobre la necesidad, para su vida cotidiana, de la adquisición de determinados productos.

en los consumidores que solo podrán ser satisfechas por aquellos que forman el tejido productivo (López, 2007, pp. 140 y 141).

El neuromarketing.

La técnica publicitaria capaz de generar deseos y necesidades en las personas no se agota en lo expuesto antes, pues, si hablamos de persuasión, no podemos olvidar la última y más reciente tendencia: el llamado *neuromarketing*.

Se trata de aplicar la neurociencia –el estudio de la localización anatómica de los procesos cerebrales (Muñiz, 2014, p. 193)– al ámbito publicitario. Así, el *neuromarketing* es una disciplina avanzada que investiga y estudia los procesos cerebrales que explican la conducta y la toma de decisiones de las personas en los campos de acción del *marketing* tradicional: inteligencia de mercado, diseño de productos y servicios, comunicaciones, precios, *branding*, posicionamiento, canales y ventas (Braidot, 2000, p. 6). Si esta técnica no está más implantada en publicidad es debido a los elevados costes que supone la participación de personas altamente cualificadas (Muñiz, 2014, p. 190).

A modo de resumen, pueden indicarse las siguientes técnicas:

- *Eye-tracker*: observa el comportamiento ocular ante una determinada configuración estimular. Con ello se conseguiría determinar qué puntos exactos han sido visualmente atendidos y percibidos.
- Electroencefalograma: mide la actividad eléctrica del tejido neuronal, especialmente el de la corteza cerebral. Con esta técnica se puede detectar la activación que se produce en el neurocórtex ante un determinado estímulo.
- Electrocardiograma: registra la actividad eléctrica del corazón. Con ello se puede observar el ritmo cardíaco ante una situación perceptiva a la que se exponga al sujeto.
- Electromiograma: registra la activación nerviosa que está detrás del control de la musculatura. Esta técnica permite observar una contracción muscular ante una situación estimular y establecer el correlato emocional que dicha situación puede estar provocando, p. ej., en los músculos faciales.
- Respuesta galvánica de la piel: mide el potencial eléctrico de la piel a través de una serie de electrodos colocados en las manos. Recoge el cambio de conductividad de la piel, lo cual es una señal inequívoca de un cambio de nivel de activación psicofisiológica ante un estímulo determinado.
- Imagen por resonancia magnética funcional: registra con mayor precisión la actividad en zonas profundas del encéfalo. Mide milimétricamente todo tipo de cambios de la actividad cerebral asociados a todo tipo de estimulaciones, tanto internas al sujeto como contextuales.

A partir de las técnicas expuestas, se puede afirmar que todos los procesos psicológicos básicos implicados en la comunicación publicitaria son observables bajo el estudio neurocientífico, empezando por la atención que pueden conseguir los diferentes elementos del mensaje para ser primeramente percibido (Muñiz, 2014, pp. 198 y 199). Los cerebros, no se olvide, están siempre receptivos a un nuevo estímulo (Ratey, 2003, p. 143).

La satisfacción personal del consumidor a la hora de adquirir concluye el proceso orientado a incidir en el momento motivacional de la persona y la publicidad ha sido la encargada de hacerle percibir el producto o el servicio por los sentidos y generar en su mente una idea que le hará persistir en la intención de adquirirlos. De esta forma, se consigue el propósito de no quedarse en una compra aislada e inmediata, pues, las empresas, como parte de una sociedad de mercado y consumista, necesitan la constante generación de expectativas de adquisición para continuar con su más que lucrativa actividad⁹.

El bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa

En orden a reflexionar sobre el bien jurídico, y una vez expuestos los argumentos anteriores, es preciso reiterar la idea que ha servido de punto de partida: la situación desventajosa en la que se encuentran los consumidores ante el poder que manejan las empresas; esta afirmación se fundamenta, atendidas las técnicas publicitarias expuestas, en la continua y progresiva, porque no decirlo, manipulación de la masa social en el entorno mercantil, propio de una sociedad eminentemente capitalista y consumista. La desventaja para quien es objeto de dicha manipulación se deriva de la anulación o disminución de su poder decisorio.

La publicidad abunda, cada vez más, en estereotipos, modelos preestablecidos y, finalmente, hábitos de consumo; tanto es así, que los textos publicitarios no persiguen la comprensión del consumidor, sino, más bien, que cause efecto debido a una presentación atractiva, sugestiva y alusiva (Feliu, 1984, p. 286). La repercusión económica de esta estrategia impacta al consumidor cada vez más, pues los gastos en actos de consumo son mayores y, por ende, también aumentan los posibles perjuicios económicos que pueden generar las conductas ilícitas de las empresas que ponen a disposición de las personas los productos o servicios.

El volumen de estos potenciales daños hace que los consumidores los perciban con mayor facilidad y, por consiguiente, cuando aquellos tienen lugar y se derivan de un comportamiento defraudatorio, cabe esperar una respuesta social orientada

⁹ Pensemos, para aclarar esta idea, en los avances tecnológicos a nivel informático o de propio entretenimiento. Cuando se adquiere el novedoso ordenador con los nuevos desarrollos técnicos genera la necesidad de adquisición en los consumidores para la realización de su trabajo e incluso comunicación; en poco tiempo se aparece un nuevo progreso técnico que nos hace pensar en lo necesario que es para nuestro trabajo, cuando en realidad no es así, aunque sí es cierto que puede mejorar las prestaciones; pero realmente no es una solución que de verdad sea imprescindible. Aun así, nos han influenciado tanto que se ha generado en nuestra mente la idea de necesidad y de progreso social con la nueva adquisición.

a reclamar una mayor protección, incluso desde la perspectiva penal. Naturalmente, esta demanda de la comunidad presionará al legislador (Arroyo, 1994, p. 15) que, si bien corre el riesgo de utilizar el derecho penal de forma simbólica (Bajo, 2001, p. 408), lo cierto es que, al decidirse por intervenir penalmente, toma una decisión a favor de tutelar a los consumidores.

La necesidad de la intervención penal.

La intervención penal encaminada a proteger a los consumidores –la parte más débil– se antoja necesaria a la vista de la mayor incidencia de la delincuencia económica (debido a la gran cantidad de dinero que la actividad empresarial genera), la dimensión del perjuicio sufrido por las víctimas de las conductas delictivas y, en especial, del poder de las empresas y las limitaciones de los ciudadanos para hacerles frente.

Ahora bien, si circunscribimos el ámbito de la defraudación económica a los supuestos en los que se ha utilizado la publicidad para causar un perjuicio a los consumidores, porque dicha publicidad es ilícita o, más concretamente, engañosa (Ripoll, 1991, p. 996), y tal proceder viene acompañado del correlativo ánimo de enriquecimiento por parte de las empresas, debemos plantearnos si los mecanismos de defensa creados por el Estado son suficientes para proteger a los ciudadanos. Sin embargo, para tomar una postura sobre la cuestión planteada es necesario analizar la incidencia de la defraudación y del consiguiente perjuicio, así como del ámbito individual o supraindividual de la afectación que genera tal actuación.

El recurso al derecho penal es uno de los muchos instrumentos que tiene el Estado para frenar las nuevas formas de delincuencia –o enfrentar su ramificación– y de evitar los grandes perjuicios que se puedan causar (Tiedemann, 1985, p. 30). Frente a las nuevas modalidades de fraudes económicos y los cada vez mayores perjuicios que estos generan, los Estados han optado por la protección penal, pues las sanciones administrativas posiblemente han resultado ser poco eficaces para combatirlas.

Esto, desde luego, habla a favor de la intervención penal, pero, puestos en este punto, es necesario tener en cuenta que los adelantos y las técnicas desarrolladas en las sociedades contemporáneas conllevan la creación de riesgos más o menos directos para los ciudadanos (Silva, 2006, p. 16) que pueden materializarse en consecuencias lesivas, algunas de ellas a largo plazo. Por ello, los delitos –tradicionales– de lesión también se revelan insuficientes para proteger a la sociedad y ello explica el recurso a los tipos de peligro (Silva, 2006, pp. 16-17): si la pena sólo puede imponerse cuando el peligro se materializa en una lesión, es posible que la consecuencia jurídica llegue demasiado tarde para conseguir los mayores efectos preventivos y, por ello, quizás resulta más conveniente situar la intervención penal en un momento anterior a la lesión, es decir, al momento del peligro (Cuerda, 1995, p. 72).

A lo expuesto hay que añadir dos aspectos más: por una parte, la benevolencia con la que el legislador ha tratado, tradicionalmente, a aquellas personas que cometen delitos de carácter económico y que su represión venía siendo insuficiente (Fernández y Martínez-Buján, 1983, p. 37) y, por la otra, que la publicidad, cuando es engañosa, puede coartar la facultad selectiva de los ciudadanos y es, precisamente, la necesidad de controlar su ejercicio, para evitar abusos, lo que justifica su control jurídico (Tiedemann, 1985, p. 52).

Por lo tanto, si incluso los delitos de lesión tradicionales se manifiestan insuficientes ante los riesgos propios de una sociedad tecnificada de consumo, con mayor razón puede calificarse de escasa la protección otorgada por el derecho administrativo. Las nuevas formas de delincuencia surgidas a propósito del ámbito mercantil y de la utilización de la publicidad, que con sus sofisticadas técnicas sumadas a la ingenuidad del consumidor, convierten a este último en la parte más débil –“el eslabón más débil de la cadena” (Iglesias, 2013, p. 645) –, sugieren la necesidad de acudir al recurso penal para amparar eficazmente los legítimos intereses de los consumidores.

El bien jurídico tutelado.

Las teorías socioeconómicas.

Una vez establecida la conveniencia de la protección penal frente a la publicidad engañosa, es preciso referirse al bien jurídico protegido en el artículo 282 del Código Penal español (CP) que, a primera vista, parece ser el derecho de información de los consumidores, pero, por supuesto, a una información veraz sobre los productos y servicios (Carbonell, 1999, p. 524; Martínez-Buján, 1984, p. 69, 1996, p. 1370 y 2015, p. 290; Valle, 1996, p. 637 y Manzanares, 1988, p. 271)¹⁰. No es ocioso considerar que el bien jurídico tutelado, entendido como ese derecho que tienen los consumidores a la información veraz, es el reflejo constitucional de otros, que específicamente hablan de recibirla así.

Esta propuesta merece ciertas reservas, pues, si bien es cierto que la información veraz sobre los productos o servicios ofrecidos a los consumidores puede tener incidencia en su capacidad de decisión (Carbonell, 1999, p. 524), es evidente que el artículo 282 CP incluye la expresión ‘de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores’, según la cual es preciso que de la información inveraz se pueda derivar algún tipo de perjuicio (Gómez, 1997, p. 1232); *contrario sensu*, una información inveraz que no pueda causar un perjuicio grave y manifiesto no encajará en el tipo penal.

La referencia a la potencialidad del perjuicio para los consumidores sugiere que se trata de un delito de peligro y, para el caso, de peligro abstracto, en tanto hay una situación peligrosa determinada por el legislador (Cobo del Rosal, 1999,

¹⁰ Aunque, Carbonell (1999, p. 524) reconoce que se trata de una infracción socioeconómica, pero de la que no se deben excluir otros derechos como la vida, la salud y la integridad física (González, 1998, p. 148 y Bajo y Bacigalupo, 2001, p. 544).

p. 327; Mir, 1994, p. 208; Barbero, 1973, p. 489; Octavio de Toledo y Ubieto, 1979, p. 83 y Rodríguez, 1994, p. 14). La sanción del peligro abstracto no ha estado exenta de críticas por entenderse que los tipos penales solo deben castigar el peligro concreto, pero esa objeción ha sido desechada argumentando que los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento de la barrera de protección de los bienes jurídicos en situaciones de potencialidad de lesión y que, por ello, sí deben tener cabida en el ordenamiento jurídico-penal (Barbero, 1973, p. 489; Mir, 1994, p. 209; García, 1998, p. 32; Martínez-Buján, 1992-1993, pp. 340-341 y Cuerda, 1995, p. 72).

Ahora bien, tratándose del delito que nos ocupa, parte de la doctrina exige que la conducta incriminada cause un peligro grave y manifiesto, constituyendo un tipo, dentro de los delitos de peligro abstracto, de los llamados de peligro hipotético. Es decir, un tipo penal que no requiere la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro al bien jurídico; una especie de tipo entre el peligro abstracto y el peligro concreto, pero, en todo caso, un subtipo del primero (Torío, 1981, p. 828). En este sentido, el delito de publicidad engañosa, al requerir que la acción pueda perjudicar de manera grave y manifiesta a los consumidores, se ha considerado un delito de peligro hipotético, pues depende de que se verifique la probabilidad del mismo (Martínez-Buján, 1995, p. 233).

Empero, no toda la doctrina comparte esta opción, porque, si el argumento esgrimido es que los delitos de peligro hipotético son aquellos que tienen una aptitud para producir un peligro al bien jurídico, parece válido inferir que los que siguen llamando de peligro abstracto no la tienen. Esta opción, como ya hemos dicho, no es compartida por parte de los autores, en tanto no se puede negar esa aptitud en los delitos de peligro abstracto.

En tales delitos se ha considerado que la peligrosidad de la conducta va implícita en la descripción típica; por lo tanto, es el legislador quien hace la valoración de su aptitud lesiva. Dentro de la misma categoría están los tipos que incorporan elementos normativos de aptitud, cuyo cumplimiento deberá constatar el juez (Rodríguez, 1994, p. 20)¹¹, en desarrollo de una actividad probatoria de cargo suficiente (Moreno, 2002, p. 436), para que la conducta sea típica.

Por lo tanto, y como consecuencia de lo expuesto, optaremos por la denominación de delito de peligro abstracto por entender que la única diferencia posible es entre delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, tal y como hace buena parte de la doctrina penal (Borja, 1995, p. 147; Orts y González, 2015, p. 247; Mir, 2015, p. 238 y Cobo del Rosal y Vives, 1999, p. 327).

Esto aclarado, y a propósito del peligro, resulta oportuno recordar el marco en el que nos encontramos: un escenario mercantil donde la publicidad es un mecanismo de gran profusión comercial empleado por los fabricantes y los comerciantes que

¹¹ También cabe destacar quien ha considerado que en los delitos de peligro abstracto hay una peligrosidad estadística que se da con la propia realización de la conducta (Gómez, 2005, pp. 470 y 471).

arman sus estrategias de venta dirigidas a los consumidores, lo cual genera una situación en la que los intereses de estos últimos, particularmente los económicos, tienen una gran probabilidad de resultar afectados; por ello, en este supuesto, sí parece acertado adelantar la barrera de punición.

Casi sin pretenderlo hemos llegado a otro argumento que refuta la idea de considerar el derecho a una información veraz como el único bien jurídico tutelado en el delito de publicidad engañosa; en efecto, si el bien jurídico fuera el indicado, la sola información inveraz supondría su lesión, pero ocurre que, acorde con la redacción del delito, se requiere la potencialidad de un peligro (Carrasco, 2000, p. 88)¹².

El bien jurídico, entonces, debe tener un alcance más amplio (Hernández, 1997, p. 1108), pues, cuando la información desvirtuada y, por ende, inveraz, es determinante en la decisión del consumidor, la trascendencia de aquella va más allá de la correcta y libre formación de la voluntad (Carbonell, 1999, p. 524). Una apreciación más amplia del bien jurídico protegido implica considerar que, mediante la publicidad veraz, se forma correctamente la libre decisión del consumidor y, por ello, cabe afirmar que también se protegen los intereses – colectivos y no individuales¹³– de los mismos (Barona, 1999, p. 644; Muñoz, 2015, p. 458; Tamarit, 1990, p. 333; Gómez, 1997, p. 440; De Vega, 1988, p. 281; De Jesús, 1988, p. 315) y, otro argumento a favor de lo afirmado, es que la información veraz es un instrumento para proteger otros derechos como la salud, los legítimos intereses económicos, etc. (art. 51.1 y 2. CE).

Un sector de la doctrina penal apunta que el artículo 282 CP protege, junto a los intereses de los consumidores, los de los competidores, aunque de forma indirecta, en tanto la publicidad engañosa también encaja como publicidad desleal (González, 1995, p. 180 y 2011, pp. 600-601¹⁴). En este caso debemos mostrar una firme oposición a esa afirmación, pues, aunque para los competidores puede suponer un beneficio dicha referencia a la publicidad engañosa, esa es una consecuencia indirecta (Barona, 1999, p. 643 y Carrasco, 2000, p. 87), pero no buscada por el legislador como propósito de protección y, en tal medida, no puede constituir el objeto de tutela penal; sobre todo, si encontramos otras normas que velan por la competencia leal.

Es el caso, por ejemplo, de las lesiones a la competencia que tienen lugar mediante la publicidad, pero sin que ella sea engañosa, como cuando un fabricante o comerciante, a través de publicidad no engañosa, compara su producto con el de un competidor exaltando los defectos de éste último [Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1997 (RJ 1195/1997)]. En tales supuestos, hay una

¹² En contra, Morales (2011, pp. 886 y 887), para quien el término ‘manifiesto’ implica algo que ha adquirido concreción.

¹³ Entendiendo, algún autor, que los bienes son de carácter individual (patrimonio, vida, salud, etc.) pero de pertenencia y formación colectiva (Mata y Martín, 1997, p. 8)

¹⁴ El citado autor se inclina, más recientemente, por la protección de los intereses económicos de los consumidores.

infracción a la competencia leal que no encajaría en el artículo 282 CP porque no es publicidad engañosa. Otro tanto puede afirmarse en el supuesto de una publicidad engañosa realizada por una empresa que ostenta una posición de monopolio en el mercado, puesto que ello afectaría a los consumidores y no a los competidores, porque no los habría (Cuerda, 1995, p. 75).

Por consiguiente, si se entendiera que lo protegido son los intereses de los competidores no podríamos dejar por fuera estos supuestos que, sin embargo, quedan excluidos del tipo; entenderlo de otra forma, supondría admitir que a veces se protegen los intereses de los competidores y a veces no.

Lo protegido, entonces, son los intereses de los consumidores. Una vez acotado el objeto de tutela penal en los anteriores términos, debemos adentrarnos en el espinoso camino que lleva a determinar, de forma concreta, qué intereses de los mismos se van a proteger; puesto que una alusión tan genérica parece demasiado vaga para satisfacer los requisitos de configuración del bien jurídico.

En este sentido, como hemos dicho, el derecho a recibir una información veraz para que los consumidores formen libremente su voluntad –como elemento puramente adquisitivo en las relaciones de mercado– debe tener una mayor trascendencia. Por consiguiente, si la publicidad engañosa vicia la voluntad de los consumidores en orden a adquirir los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, necesariamente, habrá algún riesgo –conforme lo exige el tipo, un potencial perjuicio grave y manifiesto para los consumidores– que afecte de manera directa algún interés, pero, ¿cuál?

Los autores se encuentran divididos en este aspecto trascendental: en primer lugar, un sector doctrinal se inclina por considerar el interés de los consumidores como puramente económico, apoyado en que la redacción del artículo 282 CP sugiere un vínculo con un bien jurídico de contenido económico, pues los consumidores son una parte de las relaciones comerciales en un modelo socioeconómico de libre mercado (Mapelli, 1999, p. 49; Hernández, 1997a, p. 1109 y y 1997b, p. 258)¹⁵.

Este aspecto se concreta aún más, diciendo que los delitos socioeconómicos contra los consumidores se dirigen a preservar auténticos intereses difusos de estos y vulneran el interés de ese colectivo en el orden del mercado; así, se configura

¹⁵ Hay quienes consideran que la protección económica de los consumidores se instrumenta a través de la protección de la información veraz –entendiendo que existe una libertad de disposición de los consumidores en la contratación de bienes y servicios–, lo cual refleja, realmente, la protección del interés económico y, por ende, reafirma que el bien jurídico tiene un carácter socioeconómico (Mapelli, 1999, p. 49; Muñagorri, 1998, p. 73; Santaella, 1981, p. 99; Terradillos, 1995, p. 186); en tal sentido, el examinado sería un delito contra el orden socioeconómico destinado a la protección de intereses difusos. Ahora bien, si son delitos contra el orden socioeconómico, entonces afectan los intereses económicos de los consumidores, aunque se trate de intereses puramente patrimoniales (Hernández, 1997, p. 1.109; García y López, 1996, p. 142; Moreno y Bravo, 2001, p. 39; Portero, 2004, p. 249); González, 2010, p. 85; Puente, 2002, p. 263; Sierra, 2003, p. 130 y Macías, 2012, p. 211).

como un bien jurídico ‘espiritualizado’ o ‘instrumentalizado’ de índole colectiva con referencia, si bien con matices (Martínez-Buján, 1996, p. 1370), a bienes individualizables (Martínez-Buján, 2015, p. 290).

En el mismo sentido, se añade que se trata de proteger, mediante este bien de carácter colectivo, bienes individuales, singularmente el patrimonio, en orden a garantizar el disfrute de los mismos (Doval, 2012, p. 484). Incluso, en algún momento se cuestionó su pretendida naturaleza supraindividual con base en lo previsto en el CP (art. 87), pero no parece que lo dispuesto allí impida concebirlo en dicha clave (Vidales, 1998, p. 345).

También cabe destacar la opinión que lo considera de carácter económico, gracias a su ubicación sistemática (Sánchez, 1997, p. 565; Demetrio, 2005, pp. 170-171), pues la misma es reveladora del objeto de protección: si el delito se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y, particularmente, en el grupo de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, ello parece una declaración de voluntad expresa del legislador sobre el bien digno de tutela penal. No obstante, la ubicación sistemática define la intención, pero no determina la exclusividad de la protección.

Al hilo de lo expuesto, no puede olvidarse la diferenciación existente entre patrimonio y orden socioeconómico. Sin ánimo agotar el tema, sí conviene hacer una breve referencia al asunto, debido a las dudas generadas por el mismo entre los especialistas: se ha sostenido que los delitos contra el orden socioeconómico afectan al orden económico de la sociedad¹⁶, distinguiéndose así de los patrimoniales que comprometen bienes individuales; lo anterior, empero, sin perjuicio de aceptar la existencia de una protección de bienes individuales orientada a la tutela de bienes mediatos supraindividuales (Martínez-Buján, 2015, p. 207). En el mismo sentido, se ha matizado que la principal tarea de los delitos económicos –que de manera directa o indirecta protegen bienes jurídicos colectivos– es tipificar adecuadamente comportamientos que, de forma individualizada, tienen una lesividad social cualificada que justifica la intervención penal (Feijóo, 2008, p. 151).

Pese a lo dicho, lo cierto es que el CP da lugar a una cierta confusión, pues, la expresión ‘orden socioeconómico’ es difusa y está cargada de indefinición (Borja, 2015, p. 331); además, existen delitos que podrían considerarse de naturaleza socioeconómica que están fuera del Título XIII (p. ej., los de financiación ilegal de partidos o contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social) y hay otros que, estando incluidos en él, plantean serias dudas en cuanto a su naturaleza socioeconómica o patrimonial (Martínez-Buján, 2015, p. 207). La solución que

¹⁶ Se puede definir como la participación estatal en la economía o como el conjunto de normas protectoras de la distribución, producción y consumo de bienes y servicios. Así, Borja (2015), quien considera el orden socioeconómico como “los intereses generales que cimientan la estabilidad de la economía de forma general” (pp. 333-334), aunque realiza una acertada reflexión sobre la posibilidad de afectación al orden socioeconómico a través de un delito patrimonial, según las circunstancias en las que se materialice, *v. gr.*, una estafa a miles de personas o la insolvencia punible de una entidad financiera.

parece ser más adecuada es la de analizar el bien jurídico en cada figura delictiva para poder diferenciarlos con mayor claridad y, de paso, resolver supuestos de concursos de leyes penales o de infracciones (Vidales, 1998, p. 371).

Las teorías eclécticas.

No toda la doctrina penal ha reconocido los intereses económicos como el único objeto de tutela en el delito de publicidad engañosa. La cuestión es, entonces, si lo protegido mediante la incriminación del delito en comento es el interés económico de los consumidores o, también, otros bienes reconocidos en la CE tales como, *v. gr.*, la salud.

Ya hemos señalado las opiniones de algunos que se decantan por el aspecto económico descartando lo atinente a la salud, por cuanto el CP tiene un apartado específico donde se castigan los delitos que suponen un peligro para la misma (Martínez-Buján, 2015, p. 294), aunque referidos a los alimentos o a los medicamentos –arts. 362-1-3º, 363-1 y 363-4 inciso 2º–.

La interpretación anterior conlleva un problema, pues hay supuestos en los que se puede afectar la salud sin que se trate de alimentos ni de medicamentos, p. ej., cuando se publicita un tejido de un determinado componente puro que en realidad no lo es y que puede generar alergias u otro tipo de reacciones dermatológicas importantes; otro tanto puede decirse en punto de los productos adelgazantes –no considerados medicamentos– o estéticos (Nieto, 2010, p. 496). En tanto el peligro para la salud en estos supuestos no proviene de alimentos ni de medicamentos, algunos autores entienden que la publicidad engañosa también tutela la salud (Cugat, 2001, p. 1172; Gómez, 1997, p. 1233 y Carrasco, 2000, p. 89).

Sin embargo, las razones que nos hacen inclinarnos por la consideración de una protección de índole puramente económica y descartar, por lo tanto, la salud, no se afincan tan sólo en la ubicación sistemática del delito, sino en la protección económica más general del precepto, es decir, por cuanto la publicidad engañosa tendrá un componente económico en todos los casos. En sentido contrario, no siempre habrá una trascendencia referida a la salud, pues no todos los productos o servicios van a incidir en ella.

Por eso, parece más correcto considerar el bien protegido como de índole únicamente económica; de entender incluida la protección conjunta de lo económico y de la salud, la aplicación del tipo penal exigiría –en orden a respetar el principio de ofensividad (Cobo del Rosal, 1999, pp. 315 y 316)– la causación de un peligro para ambos y, como viene de explicarse, ello no ocurre en todas las hipótesis; en consecuencia, castigar por el delito de publicidad engañosa en tales eventos en los que no hay, en realidad, un peligro para la salud, sería discutible.

La opción de entenderlos protegidos de manera alternativa no es mejor, pues, de nuevo, el interés económico de los consumidores siempre se ve afectado, pero no ocurre lo mismo con la salud; de ahí que resulte verdaderamente difícil imaginar un supuesto donde lo afectado sea lo segundo y no lo primero –la publicidad

siempre tiene por objeto la venta de productos y ello supone una contraprestación económica—.

No obstante, si consideramos como bien jurídico protegido únicamente el interés económico evitaremos los problemas apuntados, de tal forma que podremos entender acertada la aplicación del tipo penal siempre que se produzca el peligro dicho interés de los consumidores, al margen de que se ponga en peligro o no su salud.

No podemos dejar este apartado relativo al bien jurídico protegido sin referirnos a las decisiones judiciales y al debate sobre el punto en la tramitación parlamentaria del delito en examen.

Por cuanto mira con lo primero, conviene advertir que el objetivo es, simplemente, mostrar cuál ha sido el criterio mantenido por los tribunales españoles, a efectos de lo cual debe advertirse que la jurisprudencia no ha sido uniforme: una línea, considera que el bien jurídico protegido es el derecho de los consumidores a una información veraz (Juzgado Provincial 23 de Madrid, Sentencia 9 de 2001; Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 9ª, sentencia de 30 de noviembre de 2005); otra, se inclina por considerar que se protegen los intereses económicos colectivos de los consumidores, aunque dicho interés se conduce al patrimonio (Audiencia Provincial de Toledo, sentencia 1229 de 2000 y Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia 17 de 2003); y, la última, considera que no solo se protege un interés económico sino, también, la salud (Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 30 de noviembre de 2005).

En cuanto a lo segundo, es importante recordar que el Grupo Popular proponía su supresión, porque dichos comportamientos ya estaban sancionados, suficientemente, por la vía administrativa y porque esas conductas se podían castigar a través de la estafa y los delitos contra la salud pública.

A la suficiencia de la sanción administrativa hemos de replicar diciendo que el de publicitar productos y servicios de forma engañosa es un acto permanente y de gran incidencia en el comportamiento de los consumidores, quienes se ven abocados a situaciones de absoluta manipulación que vician su voluntad (Ripoll, 1991, p. 996). Este argumento, sumado a la descripción típica del artículo 282 CP que establece el posible perjuicio como ‘grave y manifiesto’, habla a favor de la intervención penal.

Por otro lado, la experiencia práctica en punto del resarcimiento del consumidor por los actos de publicidad engañosa son desalentadores: en el ámbito civil, el artículo 29 de la Ley General de Publicidad 34/1988 establece que las controversias sobre publicidad ilícita, dentro de la que se contempla la engañosa, se ventilarán en un procedimiento de menor cuantía¹⁷—ahora ordinario—; es decir, un declarativo

¹⁷ Con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, pues con la actual sería un procedimiento ordinario, pero la referencia es importante pues la aprobación del Código Penal fue bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

que puede durar mucho tiempo (Ripoll, 1991, p. 999 y Corredoira, 1993, pp. 100 y ss.) y contra grandes compañías que hacen de la posición del consumidor individual una situación a todas luces desventajosa. La sanción penal resucita la posición teóricamente igualitaria en un proceso de protección por publicidad engañosa.

Por lo que respecta a la sanción mediante la estafa –y/o los delitos contra la salud pública–, los motivos que nos empujan a manifestarnos en contra de tal objeción son dos: por un lado, el ámbito de los delitos contra la salud pública se circunscribe, como ya se expuso, a la tutela de esta última y, por el otro, la estafa requiere dirigir la conducta de forma más particularizada, incluso en el delito masa, mientras que la publicidad engañosa está orientada a todos los consumidores –o a un grupo de ellos– de forma indiscriminada; además, la estafa requiere un resultado, cual es, un acto de disposición que conlleve un perjuicio patrimonial. Se trata, pues, de comportamientos totalmente distintos que protegen a los consumidores en estadios diferentes; la publicidad engañosa lo hará en la fase de peligro para los bienes jurídicos colectivos y la estafa lo hará en la fase de concreción de un perjuicio, en este caso económico, sobre el patrimonio individual.

Conclusiones

La economía de libre mercado imperante en nuestra sociedad propicia que las empresas tengan la necesidad de comercializar sus bienes y servicios. La técnica más eficaz para llevar a cabo este cometido no es otra que la publicidad, la cual se convierte, por lo tanto, en una herramienta necesaria –y en principio positiva– para dar a conocer a los consumidores los diferentes productos y servicios que existen en el mercado.

La publicidad desarrolla unas técnicas muy especializadas que llevan a sugestionar y, en algunos casos, a conducir la conducta de los consumidores a la hora de adquirir los productos y servicios, pero, cuando, además de las técnicas sugestivas y condicionantes, la publicidad es engañosa, la situación de riesgo para los consumidores es importante.

El tránsito del Estado liberal al Estado social supone su mayor intervención en la regulación de los ámbitos económicos y evitar situaciones de desigualdad; este principio hace que el Estado regule la protección de los consumidores, incluyendo lo atinente a la publicidad engañosa. Como consecuencia de ello, coexisten varias disposiciones pertenecientes a otras tantas ramas del derecho, paradigmáticamente, las civiles y las administrativas, pero ambas se revelan insuficientes: las dificultades para que los consumidores accedan a la vía judicial y hagan valer sus derechos son grandes, los costes económicos de un pleito civil y la necesidad de acreditar el perjuicio producido llevan a que el mayor porcentaje de asuntos tramitados sea por la falta de especificación en las condiciones del producto o servicio.

Por ello, la intervención del derecho penal se revela necesaria para evitar esa situación de desventaja en que se encuentran los consumidores a la hora de defender sus derechos y tal protección se canaliza a través del llamado ‘derecho penal económico’.

En este orden de ideas, el bien jurídico protegido es de carácter supraindividual y viene constituido por el derecho de los consumidores a una información veraz, entendida como un instrumento que protege sus legítimos intereses económicos, atendida su condición de parte en el mercado. Tal protección supondrá mantener el orden económico frente a los ataques más graves para el bien jurídico tutelado.

Referencias

- Aguilera, A. (1981). La protección de los consumidores. *Revista de Derecho Mercantil*, (161-162), 581-610.
- Álvarez, A. (2014). El nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad? En M. Catalá y O. Díaz (Coords.), *Publicidad 360°* (pp. 131-145). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Arroyo, L. (1994). Actualidad político criminal del Derecho Penal económico en España. En *Estudios de Derecho Penal económico* (pp. 15-24). Castilla-La Mancha.
- Bajo, M. (1995). Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (pp. 63-80).
- Bajo, M. (2013). Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho Penal. En F. J. Álvarez (Coord.) *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (pp. 407-416). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Bajo, M. y Bacigalupo, S. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Baudrillard, J. (1989). Publicidad absoluta, publicidad cero. *Revista de Occidente*, (92), 5-16.
- Barbero, M. (1973). Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. En *Anuario de Derecho Penal*, (36), 487-300.
- Barona, S. (1999). *Tutela civil y penal de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bassat, L. (2013). *El libro rojo de la publicidad (ideas que mueven montañas)* (2ª ed.). Barcelona: De Bolsillo.
- Benavides, J. (2012). La investigación en la comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas. *Revista internacional de comunicación y publicidad*, 1(17), 71-93.
- Benavides, J. (2014). La nueva andadura de la publicidad. En M. Catalá y O. Díaz (Coords.) *Publicidad 360°* (pp. 7-16). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Biedma, J. (1997). Valores de la publicidad y publicidad de los valores. *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, (9), 61-68.

- Borja, E. (1995). La terminación del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, I* (T. XLVIII), 89-186.
- Borja, E. (2011). *Curso de política criminal* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Borja, E. (2015). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general. En J.L. González (Coord.) *Derecho Penal. Parte especial* (4ª ed., pp. 329-336). Valencia: Tirant lo Blnach.
- Bottke, W. (1995). Sobre la legitimidad del Derecho Penal económico en sentido estricto y sus disposiciones típicas específicas. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (pp. 637-654). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE
- Braidot, N. (2000). *Neuromarketing*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000.
- Carbonell, J. (1999). El delito publicitario. En J. Carbonell et al. *Derecho Penal. Parte especial* (3ª ed., pp. 524-526). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carrasco, M. (2000). *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*. Valencia: Ediciones Revista General De Derecho.
- Cobo del Rosal, M. y Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General*, (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corredoira, L. (1993). *Comentarios a la Ley de Publicidad. Ley 34/1988 y disposiciones complementarias*. Barcelona: Bosch.
- Cuerda, A. (1995). Contribución a la polémica sobre el delito publicitario. *Estudios sobre consumo*, (35), 67-81.
- Cuerda, A. (2001). Los medios de comunicación y el Derecho penal. En L. A. Arroyo (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Vol. 1, pp. 182-206). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.
- Cuesta, M. (2014). Éxito en publicidad, cuestión de estadísticas. *Revista de estadística y sociedad*, (61), 4-6.
- Cugat, M. (2001). La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario. En G. Quintero (Dir.). *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (pp. 1167-1190). Pamplona: Aranzandi.
- Damasio, A. (2005). *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos* (Trad. Joan Domènec Ros). Barcelona: Crítica.
- De Diego, R. y Díaz, Ó. (2014) Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva. En M. Catalá y O. Díaz. (Coords.) *Publicidad 360º* (pp. 66-81). Zaragoza: Universidad de San Jorge.

- Demetrio, E. (2005). A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”) En N. García (Coord.) *Protección penal del consumidor en la Unión Europea* (pp. 157-1172). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- De Jesús, M. (1988). La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización. *Poder Judicial*, (número especial IX), 313-316.
- De Vega, J. (1988). Protección penal del consumidor. *Poder Judicial*, (número especial IX), 277-297.
- Doval, A. y Anarte, E. (2012). Delito publicitario. En J. Boix (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, (Vol. II) (pp. 483-493). Madrid: Iustel.
- Feliu, E. (1984). *Los lenguajes de la publicidad*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Fernández, A. y Martínez-Buján, C. (1983). *Delincuencia y economía*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Fernández, C. (1989). *Estudios de Derecho de la publicidad*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- García, M. y López, D. (1996). *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid: Dykinson.
- García, N. (1998). *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*. Barcelona: Wolters Kluwer Educación.
- Gómez, M. (2014). Nuevas tendencias en comunicación publicitaria: En M. Catalá y O. Díaz (Coords.), *Publicidad 360º* (pp. 161-175). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Gómez, M. (1997). Hacia una nueva interpretación del delito publicitario. *La Ley*, (4), 1231-1236.
- Gómez, M. (2005). Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro. En J. Carbonell (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (pp. 465-482). Madrid: Dykinson.
- González, J. (1995). Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992. En *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, (pp. 167-186). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE.
- González, J. (1998). Delitos relativos al mercado y a los consumidores. En A. Asúa (Dir.) *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995* (pp. 145-150). Bilbao: Universidad del País Vasco.

- González, J. (2011). Publicidad engañosa. En L. Morillas (Coord.). *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial* (pp. 600-602). Madrid: Dykinson.
- González, M. (2010). Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa. En I. Cubillo (Coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral* (pp. 75-123). Pamplona: Thomson.
- Guía, J. (1998). La publicidad, una teoría difícilmente práctica. *Revista Latina de comunicación social*, (8), 1-6.
- Haas, C. (1971). *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid: Rialp.
- Hansen, H. (1970). *Marketing* (Trad. G. Pascual). Barcelona.
- Hernández, J. (1997). El delito publicitario. *Actualidad Penal*, (2), 1095-1118.
- Hernández, J. (1997). El delito publicitario. En J. Martín *et al.* *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995* (T II, pp. 241-271). Madrid: Centro Superior de Estudios.
- Hormazábal, H. (1995). Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (pp. 187-208). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Iglesias, M. (2013). Imagen del consumidor y delito de publicidad engañosa. Necesidad y merecimiento de protección. Una aproximación a partir de la reciente interpretación alemana. En F. Álvarez (Coord.). *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (pp. 621-654). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez, M. (2014). Investigar la publicidad desde sus contenidos. En M. Pérez y Ó. Díaz. (Coords.). *Publicidad 360°* (pp. 95-114). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Lafuente, P. (2014). Lo social como germen de lo publicitario. En M. Pérez y Ó. Díaz. (Coords.). *Publicidad 360°* (pp. 82-93). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Lester, B. (1968). *Ingeniería de ventas* (Trad. S. González). (2 ed.). Bilbao.
- López, B. (2007). *Publicidad emocional. Estrategias creativas*. Madrid: ESIC.
- Macías, M. (2012). *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*. Granada. Recuperado de <http://hera.ugr.es>.
- Manzanares, J. (1988). La tipificación del delito publicitario en el Derecho español. *Poder Judicial*, (Especial IX), 269-276.
- Mapelli, B. (1999). *El delito de publicidad fraudulenta*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Martínez-Buján, C. (1983). Sección segunda del capítulo primero del título XII de la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal de 1983: “De los delitos publicitarios” (arts. 279 y 280)”. En *Documentación Jurídica* 2(37-40), 749-767.
- Martínez-Buján, C. (1984). Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa. *Cuadernos de Política Criminal* (22), 33-94.
- Martínez-Buján, C. (1992-1993). Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código Penal de 1992. *Estudios Penales y Criminológicos* (16), 327-394.
- Martínez-Buján, C. (1995). El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de 1992. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (pp. 229-241). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE.
- Martínez-Buján, C. (1996). Comentario al artículo 282. En *Comentarios al Código Penal de 1995*, (Vol. II, pp. 1369-1374). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (2012). *Derecho Penal económico*. Madrid: Iustel.
- Martínez-Buján, C. (2015). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín, J. (2014). Medición de la eficacia publicitaria. En M. Pérez y O. Díaz. (Coords.). *Publicidad 360º* (pp. 176-188). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Martos, J. (1987). El principio de intervención mínima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (XL), 99-134.
- Mata y Martín, R. (1997). *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares.
- Matellanes, M. y Tapia, A. (2014). Cómo investigar para la publicidad actual. En M. Catalá y O. Díaz (Coords.) *Publicidad 360º* (pp. 115-130). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Meyers, W. (1994). *Los creadores de imagen* (Trad. Joaquín Adsuar Ortega). Barcelona: Ariel.
- Mir, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Morales, F. (2011). Comentario al art. 282. En G. Quintero (Dir.). *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (9ª ed., pp. 881-887). Pamplona: Aranzandi

- Moreno, M. (2002). *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno y Bravo, E. (2001). *El delito de publicidad falsa*. Barcelona: Bosch.
- Muñagorri, I. (1998). La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Granada: Comares.
- Muñiz, J. (2014). La revolución neurocientífica en publicidad y marketing. En M. Catalá y Ó. Díaz (Coords.) *Publicidad 360°* (pp. 189-204). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal. Parte especial* (20ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2008). Derecho Penal (económico) europeo. En J. Boix (Dir.). *Diccionario de Derecho Penal económico* (pp. 416-425). Madrid: Iustel.
- Novoa, E. (1982). Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, I(XXXV), 43-75.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (1979). Notas para un estudio los fraudes alimentarios en Derecho Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (57), 55-136.
- Ogilvy, D. (1990). *Ogilvy y la publicidad*. (4ª ed., Trad. Diorki Traductores). Barcelona: Folio.
- Orts, E. y González, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pagliari, A. (1995). Límites a la unificación del Derecho Penal europeo. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, (pp. 689-696). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE.
- Pignotti, L. (1976). *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*. Valencia: Fernando Torres, D.L.
- Portero, M. (2004). *El delito publicitario en el Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Puente, L. (2002). *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ratey, J. (2003). *El cerebro: manual de instrucciones*. Barcelona: Debolsillo.
- Reino de España. Sentencia (1997, febrero 24) (RJ 1997 / 1195). Tribunal Supremo.
- Reino de España. Sentencia No. 9 (2001, enero 29) EDJ 97500). Juzgado Provincial 23 de Madrid

- Reino de España. Sentencia No. 6690 (2005, noviembre 30). Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 9ª.
- Reino de España. Sentencia No. 1229 (2000, diciembre 15). Audiencia Provincial de Toledo, Secc. 1ª.
- Reino de España. Sentencia No. 17 (2003, febrero 12) EDJ 48968). Audiencia Provincial de La Rioja.
- Ripoll, R. (1991). Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario, *La Ley*, (3), 996-1.000.
- Rodríguez, T. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia.
- Rodríguez, G. (1981). Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (número extraordinario), 707-719.
- Romero, M. (2014). Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias. En C. Pérez. y Ó. Díaz (Coords.). *Publicidad 360º* (pp. 146-160). Zaragoza: Universidad de San Jorge.
- Royo, M. (1998). Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo. *Quaderns de Treball* (73), 1-28.
- Royo, M. *et al.* (1997). Las críticas a la publicidad. *Esic Market*, (97), 91-105.
- Ruiz, E. (1980). *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*. Madrid: Instituto Nacional de Prospectiva.
- Ruiz, E. (1999). La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. En *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (13), 33-54.
- Ruiz, E. (1999). Derecho Penal económico y proceso penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (número extraordinario 13), 253-264.
- Sánchez, I. (1997). El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal). *Actualidad Penal*, (2), 543-573.
- Santaella, M. (1978). Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios. *Documentación Jurídica*, (18), 411-430.
- Santaella, M. (1981). *El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria*. Madrid: Reus.
- Sieber, U. (1995). Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal económico europeo. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, (pp. 601-620). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE.

- Sierra, M. (2003). *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Silva, J. (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, (2ª ed.). Barcelona: B de F.
- Stampa, J. y Bacigalupo, E. (1980). La reforma del Derecho Penal económico español. *Revista Jurídica de Cataluña*, 79(3), 143-166.
- Tallón, J. (1979). *Curso de Derecho Publicitario*. Valladolid: De Bolsillo.
- Tamarit, J. (1990). La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales. *Cuadernos de Política Criminal*, (41), 321-346.
- Tellis, G. y Redondo, I. (2001). *Estrategias de publicidad y promoción* (Trad. Belló, C. y Villar, I.). Madrid: Addison-Wesley.
- Terradillos, J. (1995). *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta.
- Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel.
- Tiedemann, K. (1995). Presente y futuro del Derecho Penal Económico. En *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (pp. 29-42). Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE.
- Torío, A. (1981). Los delitos del peligro hipotético. *Anuario de Derecho Penal*, (XXXVI), 825-847.
- Valle, J. (1996). Comentario al artículo 282 del Código Penal. En G. Quintero (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del derecho Penal* (pp. 633-638). Pamplona: Aranzandi,
- Vázquez, J. (1992). La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad. *La Ley*, (2), 923-938.
- Vervaele, J. (1991). La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario ¿hacia un espacio “penal europeo”? *Cuadernos de Política Criminal*, (43), 119-137.
- Vidales, C. (1998). Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales. *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXI), 306-378.

EL DELITO DE PLAGIO: UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN PENAL DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR*

Maria Alejandra Echavarría Arcila**

Resumen

El plagio ha sido considerado como una de las infracciones más graves e intolerables a los derechos de autor, razón por la cual ha sido penalizado en diferentes ordenamientos jurídicos. No obstante, la falta de claridad sobre el concepto del plagio y su ilicitud ha generado incertidumbre e inseguridad jurídica en la creación y aplicación de la regulación penal de esta infracción a los derechos de autor. Como posible solución a esta problemática, en el presente escrito se propone un concepto técnico de plagio y una fórmula de tipo penal que lo describe y regula en su integridad, como infracción por antonomasia de las prerrogativas reconocidas al autor sobre su obra.

Palabras clave

Plagio, derecho de autor, propiedad intelectual, infracción de los derechos de autor, derecho penal.

Abstract

Plagiarism has been long considered one of the most serious and intolerable copyright infringements, this explains why it has been penalized under different legal systems. However, the lack of clarity of the concept itself as well as its wrongfulness has created legal uncertainty in its criminal regulation. Therefore, as a possible solution to this problem, this paper proposes a technical concept of plagiarism and a complete definition of the criminal offense.

* El presente artículo sintetiza la propuesta central de la tesis de maestría presentada por la autora para optar al título de Magíster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia, en el mes de enero del año 2014; tesis ésta que se titula "Plagio punible: regulación penal de la conducta constitutiva de plagio en Colombia".

** Candidata a Doctora en Gestión de la Tecnología y la Innovación de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogada del Centro de Propiedad Intelectual de la Universidad Pontificia Bolivariana y docente en pregrado y posgrado en materia de propiedad intelectual. Abogada de la firma Álvaro Vargas Abogados. Correo electrónico de contacto: mariaalejandra.echavarría@upb.edu.co.

Keywords

Plagiarism, copyright, intellectual property, copyright infringement, criminal law.

Introducción

Nuestros antepasados no sólo tomaron la determinación de transmitir a la posteridad sus reflexiones, de modo inteligente y práctico, mediante las propuestas de sus comentarios con el fin de que no se perdieran, sino que además los fueron engrosando en cada momento publicándolos en volúmenes antiguos, y poco a poco llegaron a alcanzar la elegancia y la perfección de la ciencia.

[...]

Sí debemos mostrar nuestra mayor gratitud a todos ellos, pero debemos censurar a quienes apropiándose de sus obras las publican como si fueran suyas, a quienes apoyándose en las investigaciones ajenas se vanaglorian profanando los escritos de otros autores con reprochable envidia: éstos merecen nuestra desaprobación y nuestra condena más severa, por su perversa manera de comportarse. La historia es testigo de que tales actitudes fueron castigadas escrupulosamente por los antiguos (Vitruvio, 1997).

En concordancia con la tendencia internacional relativa a la regulación penal del derecho de autor, diferentes ordenamientos jurídicos han consagrado tipos penales que sancionan las conductas atentatorias contra tales prerrogativas, dada su trascendencia para la salvaguarda y el estímulo de la actividad creativa y para el consecuente desarrollo cultural y económico del conglomerado social.

De antaño se ha considerado que el plagio es una de las infracciones más graves e intolerables contra los derechos de autor (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 31403 de 2010), en la medida en que es un atentado de notoria recurrencia –aún en ámbitos académicos– que, además, vulnera prerrogativas tanto de contenido moral como patrimonial que, de manera originaria, son propias del creador de una obra.

Por esta razón, en diferentes latitudes se han propuesto fórmulas legislativas para penalizar y desincentivar esta conducta, ante los significativos y lesivos efectos que su comisión produce no sólo para el titular, sino, también, para la sociedad. No obstante, ante la ausencia de definiciones legales de esta infracción (particularmente en el ordenamiento jurídico colombiano), la misma se ha tornado en una vulneración polivalente, cuya regulación suele ser inversamente proporcional a su entendimiento.

¿Cómo debe entenderse la conducta constitutiva de plagio para efectos de su punición?, ¿cómo debe regularse penalmente esta infracción a los derechos de autor? En aras de resolver tales cuestionamientos, se propone a continuación una definición del fenómeno del plagio, para luego evaluar –con base en dicha noción– diversos tipos penales que lo sancionan en otros ordenamientos; seguidamente, se presenta una propuesta para regular la referida conducta desde el derecho penal, que atienda a las especificidades del derecho de la propiedad intelectual.

Definición del plagio

A pesar de que la conducta constitutiva del plagio ha sido pacíficamente reprochada, su definición no es igualmente coincidente y, por el contrario, ha supuesto una serie de contradicciones y vacíos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, que devienen en una situación de inseguridad jurídica, con implicaciones que trascienden de lo teórico y se manifiestan en la práctica, dificultan el ejercicio de los derechos de autor y posibilitan la impunidad o, bien, la condena de inocentes.

Por lo anterior, resulta menester concretar el concepto de plagio punible, partiendo de que se trata de una infracción a los derechos de autor y, por ende, es un constructo propio de la disciplina jurídica de la propiedad intelectual, el cual debe atender a sus particularidades. En este sentido, es dable puntualizar que el plagio consiste en un acto complejo, tanto desde su ejecución, como desde sus consecuencias (Echavarría, 2014).

En efecto, en primer lugar, se postula que el plagio es un acto complejo desde su ejecución, en la medida en que –desde la perspectiva de su punición– comporta la realización cumulativa de tres diversas conductas por parte del sujeto activo: la copia, la apropiación y la utilización. Sólo cuando estas tres conductas se realizan de manera completa y concurrente se comete el acto complejo de plagio en el mundo fenomenológico.

Las referidas conductas de copia, apropiación y utilización se traducen, desde la imprescindible óptica de la propiedad intelectual, en el ejercicio indebido de derechos morales y patrimoniales de autor (que son conceptualizados y/o regulados en la normativa sobre propiedad intelectual), de conformidad con los cuales se definen las conductas en comento y se delimita el ámbito conductual típico del plagio.

Así, la copia, en sentido amplio, alude a la incorporación literal o simulada de todos o de algunos de los elementos originales de expresión que sean propios de una obra ajena y preexistente –que puede ser inédita o publicada y de cualquier tipo–, en una obra posterior que es atribuible al agente, quien debe ser una persona diferente del sujeto pasivo (Echavarría, 2014).

Por lo tanto, el objeto de la copia son los elementos que, por sí mismos o en su conjunto, constituyen una forma particular de expresión susceptible de protección por la vía del derecho de autor. Tales elementos pueden incorporarse de manera literal –plagio servil– o simulada –plagio inteligente– y ser todos los de la obra copiada –plagio total– o sólo algunos de ellos –plagio parcial–.

La apropiación, por su parte, se refiere al apoderamiento o usurpación de la autoría de los elementos originales contenidos en la obra ajena y preexistente, mediante alguna o algunas de las siguientes modalidades (Antequera, 2012): la indicación de un autor diferente del verdadero, la mención incidental o genérica del legítimo creador o la omisión de su identificación con usurpación de la paternidad (Echavarría, 2014).

En este orden de ideas, el sujeto activo se apropia de la obra ajena y preexistente cuando la hace pasar por propia y ello tiene lugar, primero, al suplantar al legítimo autor de la misma de manera directa, atribuyéndose su autoría (esto es, indicando que es su creador); segundo, al no vincular de manera clara y concluyente al legítimo autor con su expresión creativa particular y, tercero, al no mencionar expresamente que el autor es otra persona, dando a entender, por las dos últimas vías mencionadas, que él es el creador, sin serlo.

Finalmente, la utilización consiste en cualquier uso o acto de explotación público (para efectos de relevancia y lesividad) de los elementos originales de la obra ajena copiada y apropiada, por cualquier medio o soporte y a través de cualquier procedimiento conocido o por conocer, que permita que una pluralidad de personas tenga acceso a dichos elementos, en las condiciones de copia y apropiación ya mencionadas (Echavarría, 2014).

Los prementados usos o actos de explotación comprenden, entre otros, la publicación, la enajenación, la divulgación o la inscripción en el registro oficial de la obra plagiada, los cuales, por el referido carácter público, deben implicar que dicha obra pueda ser conocida en las aludidas condiciones de copia y apropiación por una pluralidad de personas, por fuera de la órbita privada o doméstica (Rengifo, 1996).

Mientras la normativa en materia de derecho de autor no establezca elementos teleológicos típicos en relación con la infracción objeto de estudio, debe entenderse que la misma se configura con independencia de la finalidad perseguida por el plagiarlo, la cual puede ser de carácter económico, académico, profesional, social o de cualquier otro tipo.

De las definiciones propuestas se desprende que el denominado 'autoplagio' no hace parte de la materia de prohibición, ya que hay identidad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta de copia y, por lo tanto, no hay infracción de derecho alguno, ya que, en rigor, el titular originario de los derechos de autor usa su propia obra en otro contexto e indica que es el autor (y efectivamente lo es), lo cual desestima, por lo menos, el componente conductual de la apropiación.

En el caso del autoplagio, sin embargo, las conductas de copia y utilización pública pueden configurar otro tipo de infracciones a derechos patrimoniales de autor (cuando existe un titular derivado, por ejemplo, y aun así el autor copia y utiliza públicamente la obra, ejerciendo indebidamente derechos de los cuales, en virtud de una transferencia, ya no es el titular) o, inclusive, incumplimientos contractuales (como sucede cuando, a pesar de haberse comprometido convencionalmente a publicar una obra inédita, utiliza otra que ya había dado a conocer), pero ello, técnicamente, no constituye plagio.

Además de la realización concurrente de las tres conductas reseñadas, la comisión del plagio requiere el conocimiento real o potencial de la obra anterior ajena por parte del plagiarlo, para producir su obra posterior, sin el consentimiento previo y expreso del titular de los derechos de autor sobre la primera creación.

En segundo lugar, se tiene que el plagio es un acto complejo desde sus consecuencias, dado que viola derechos tanto morales, como patrimoniales de autor, de ahí su carácter pluriofensivo respecto del contenido de tales derechos. En este sentido, el plagio comporta una vulneración de la naturaleza dual de estas prerrogativas, cuya concreción en un caso específico varía en función del tipo de plagio de que se trate (servil o inteligente) y de la vigencia de tales derechos al momento de la infracción; es decir, difieren según la obra se encuentre en el dominio privado o público.

Ergo, la copia puede traducirse en la violación de los derechos patrimoniales de reproducción y transformación y de los derechos morales de modificación e integridad; la apropiación, en la vulneración del derecho moral de paternidad, y la utilización, en la infracción de los derechos patrimoniales de comunicación pública y distribución y del derecho moral de inédito, de acuerdo con el contexto fáctico particular.

Ahora, si no se realizan de manera concurrente las tres conductas compositivas del plagio, no se configurará este acto complejo, sino, eventualmente, otro tipo de infracción: si el sujeto activo sólo se apropia, incurrirá en una omisión de autoría; si sólo copia, incurrirá en una reproducción no autorizada; y si sólo utiliza públicamente la obra preexistente y ajena, incurrirá en una comunicación pública (y/o distribución) no autorizada, según el caso.

Tipificaciones penales del plagio

Teniendo claro el concepto de plagio punible y sus contornos de ilicitud, se relacionan y analizan a continuación algunos de los tipos penales a través de los cuales se consagra y penaliza esta infracción a los derechos de autor en diversos ordenamientos jurídicos, en los cuales se regula penalmente esta conducta señalando ciertos verbos rectores o delegando su definición a la doctrina y a la jurisprudencia, al prever tautológicamente la acción típica de ‘plagiar’.

En Colombia.

La regulación pertinente está contenida en los artículos 270 y 271 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004:

Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. *Publique*, total o parcialmente, *sin autorización* previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
2. *Inscriba* en el registro de autor *con nombre de persona distinta del autor verdadero*, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una *obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico*.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

[...]

Artículo 271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, *reproduzca* una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, *distribuya*, *importe*, *venda*, *ofrezca*, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. *Represente*, *ejecute* o *exhiba públicamente* obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

3. *Alquile* o, de cualquier otro modo, *comercialice* fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción. (Cursivas ajenas al texto).

Como puede verse, sin perjuicio de la interpretación legislativa extensiva del órgano de cierre en materia penal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 31403 de 2010), los tipos penales que consagran los delitos contra los derechos morales y patrimoniales de autor no prevén de manera concurrente las tres conductas compositivas del plagio, razón por la cual es dable concluir que, en rigor, el plagio no está tipificado en el Código Penal colombiano.

En Perú.

La previsión legal consta en el artículo 219 del Decreto Legislativo 635 de 1991 (Código Penal), modificado por el artículo 1º de la Ley 28.289 de 2004:

Artículo 219. Plagio. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a ciento ochenta días multa, el que con respecto a una obra, la *difunda como propia*, en todo o en parte, *copiándola o reproduciéndola* textualmente, o tratando de disimular la copia mediante ciertas *alteraciones, atribuyéndose o atribuyendo a otro*, la autoría o titularidad ajena. (Cursivas ajenas al texto).

El artículo transcrito comprende las conductas constitutivas del plagio a las cuales se ha hecho referencia, ya que 'difundir' es una forma de utilización pública, 'copiar' y 'reproducir' equivalen a la copia y 'atribuirse' se traduce en la apropiación. Es de anotar que esta norma establece que la infracción de usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero es una forma de plagio, razón por la cual la auto-atribución de la autoría de la obra plagiada no es un elemento constitutivo esencial de este fenómeno en la normativa peruana.

En Ecuador.

Está previsto en el artículo 324 de la Ley de Propiedad Intelectual (Codificación No. 2006-013):

Artículo 324. Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144,50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

[...]

b) *Inscriban, publiquen, distribuyan, comuniquen o reproduzcan*, total o parcialmente, una obra ajena *como si fuera propia* (Cursivas ajenas al texto).

En este supuesto normativo, las acciones típicas concurren con la apropiación, pero no en todos los supuestos se configura el fenómeno del plagio, pues, aunque los actos de utilización consistentes en 'inscribir', 'publicar', 'distribuir' y 'comunicar' (en concurso, se insiste, con la usurpación) presuponen la copia, no ocurre lo mismo con la simple reproducción, evento en el cual falta la última conducta necesaria para que se estructure el plagio punible, de conformidad con la definición propuesta en el acápite precedente.

En Bolivia.

Se remite al artículo 362 del Decreto Ley 10.426 de 1972 (Código Penal), modificado por el artículo 2 de la Ley 1768 de 1997:

Artículo 362. Delitos contra la propiedad intelectual. Quien con ánimo de lucro, en perjuicio ajeno, reproduzca, *plagie*, distribuya, publique en pantalla o en televisión, en todo o en parte, una obra literaria, artística, musical, científica, televisiva o cinematográfica, o su transformación, interpretación, ejecución artística a través de cualquier medio sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad

intelectual o de sus concesionarios o importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras, sin la referida autorización, será sancionado con la pena de reclusión de tres meses a dos años y multa de sesenta días. (Cursivas ajenas al texto).

En el enunciado normativo recién transcrito, se tipifica la conducta de plagio condicionándola al ánimo de lucro del agente y empleando como verbo rector la expresión a través de la cual se identifica este comportamiento, razón por la cual, ante la ausencia de definición legal, le corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia describir y precisar los contornos fácticos de esta infracción.

En Venezuela.

Se prevé en los artículos 119, 120 y 122 de la Ley sobre el Derecho de Autor:

Artículo 119. Siempre que el hecho no constituya un delito más grave previsto en el Código Penal u otras leyes, será castigado con prisión de seis (6) a dieciocho (18) meses, todo aquel que con intención y sin tener derecho a ello, emplee el título de una obra, con infracción del artículo 24; o *comunique*, en violación del artículo 40 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas, equiparadas a la fotografía; o *distribuya*, en violación del primero o segundo apartes del artículo 41, ejemplares de obras del ingenio protegidas por esta Ley, inclusive de ejemplares de fonogramas; o *retransmita*, con infracción del artículo 101, una emisión de radiodifusión sin el consentimiento del titular del respectivo derecho.

Artículo 120. Será penado con prisión de uno a cuatro (4) años, todo aquel que con intención y sin derecho *reproduzca*, con infracción del encabezamiento del artículo 41 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas equiparadas a la fotografía; o quien introduzca en el país, almacene, *distribuya*, *venda* o *ponga de cualquier otra manera en circulación reproducciones ilícitas* de las obras del ingenio o productos protegidos por esta ley.

Artículo 122. Las penas previstas en los artículos precedentes se aumentarán en la mitad cuando los delitos señalados sean cometidos respecto de una obra, producto o producción no destinados a la divulgación, o *con usurpación de paternidad*, o con deformación, mutilación u otra modificación de la obra, producto o producción que ponga en peligro su decoro o la reputación de una de las personas protegidas por la Ley. (Cursivas ajenas al texto).

Los verbos rectores resaltados en la cita precedente se compadecen con los elementos indicados como constitutivos del plagio en el concepto propuesto en el primer apartado de este escrito. Sin embargo, no en todos los supuestos concurren los tres elementos que estructuran el plagio, conforme a dicha noción, como es el caso de la simple 'reproducción' 'con usurpación de paternidad', en el cual se echa de menos la utilización pública.

En Argentina.

El ordenamiento argentino remite al artículo 72 de la Ley 11.723 de 1933 (Régimen legal de la propiedad intelectual):

Artículo 72. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

[...]

c) El que *edite, venda o reproduzca* una obra *suprimiendo o cambiando el nombre del autor*, el título de la misma o alterando dolosamente su texto (Cursivas ajenas al texto).

Al respecto, es pertinente anotar –de conformidad con el concepto propuesto– que la reproducción y la usurpación no configuran, por sí mismas, el fenómeno del plagio, por lo que el tercer supuesto no estructura esta forma especial infracción, sino un concurso de violaciones individuales. Además, es de advertir que la ‘supresión’ y ‘cambio’ del autor bastarán para constituir una apropiación si se circunscriben a las modalidades en que esta puede presentarse.

En México.

La norma pertinente es el artículo 427 del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 427. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, a quien *publique* a sabiendas una obra *substituyendo el nombre del autor* por otro nombre. (Cursivas ajenas al texto).

En la disposición referida se circunscribe la utilización pública a la acción típica de publicación, por lo que las demás formas de uso público quedan por fuera del espectro del tipo penal. Atendiendo los límites conceptuales de la noción propuesta, el nombre por el cual se sustituye el del autor debe ser el del agente, si no es así, no se configurará un plagio, sino una usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero.

En Chile.

Se remite a los artículos 79 y 81 de la Ley 17.336 de 1970 (Ley sobre Propiedad Intelectual):

Artículo 79. Cometén delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales:

[...]

c) Los que falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, o las *editen, reproduzcan* o *vendan* ostentando falsamente el nombre del

editor autorizado, *suprimiendo o cambiando el nombre del autor* o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto

Artículo 81. El que a sabiendas *publicare* o *exhibiere* una obra perteneciente al patrimonio cultural común *bajo un nombre que no sea el del verdadero autor*, será penado con una multa de dos a cuatro sueldos vitales anuales, escala A), del departamento de Santiago. (Cursivas ajenas al texto).

De los anteriores artículos se desprende que el plagio se configura, aunado con la apropiación, en los supuestos de ‘venta’, ‘publicación’ y ‘exhibición’ (que consisten en usos públicos, que presuponen la copia); eventualmente se estructurará en la ‘edición’, de conformidad con la acepción que se atribuya a esta acción típica, y, en relación con la mera ‘reproducción’, ya se ha dicho que esta no comporta un uso público y, por ende, tampoco un plagio, según la definición propuesta.

Es del caso traer a colación el comentario reseñado en punto de la legislación argentina, relativo a las condiciones necesarias para que los eventos de ‘supresión’ y ‘cambio’ configuren una apropiación y, en el mismo sentido, se anota que el nombre bajo el cual se ‘publica’ o ‘exhibe’ la obra –que está en el dominio público– debe ser el del plagiario, pues, de no ser así, se estará ante el supuesto de usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero.

En Uruguay.

Lo atinente a la materia de análisis se encuentra previsto en el artículo 46 de la Ley 9.739 de 1937 (Ley sobre Derechos de Autor), modificado por la Ley 17.616 de 2003:

Artículo 46. A) El que *edite, venda, reproduzca o hiciera reproducir* por cualquier medio o instrumento -total o parcialmente-; *distribuya*; almacene con miras a la distribución al público, o *ponga a disposición* del mismo en cualquier forma o medio, con ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, una obra inédita o publicada, una interpretación, un fonograma o emisión, sin la autorización escrita de sus respectivos titulares o causahabientes a cualquier título, o *se la atribuyere* para sí o a persona distinta del respectivo titular, contraviniendo en cualquier forma lo dispuesto en la presente ley, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”. (Cursivas ajenas al texto).

Entendiendo que los verbos rectores relevantes son los subrayados en la cita que antecede, es de anotar que, tal como se puntualizó en casos anteriores, la ‘edición’ y la ‘reproducción’ suponen ciertas salvedades en relación con el plagio y que la atribución a persona distinta no es una apropiación, sino un evento de usurpación de paternidad por falsa atribución a un tercero.

En España.

Se encuentra prevista en el artículo 270 de la Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal):

Artículo 270. 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, *plagie*, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios". (Cursivas ajenas al texto).

En este enunciado normativo, el legislador español tipifica penalmente la conducta de plagio a través de un verbo rector tautológico, que no describe ni define la acción típica, sino que la nombra, y, además, condiciona la punición de este comportamiento al ánimo de lucro y a la producción de un perjuicio a una tercera persona (en principio, el titular de los derechos vulnerados).

En Francia.

La definición legal se encuentra prevista en los artículos L-335-2 (modificado por el artículo 4 de la Ley 2007-1544) y L335-3 (modificado por el artículo 8 de la Ley 2009-669) del Código de la Propiedad Intelectual, en relación con el delito de falsificación (*contrefaçon*):

Article L.335-2. Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit.

La contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Seront punis des mêmes peines le débit, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaisants.

Article L.335-3. Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi.

Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L.122-6. (Ley número 92-597, 1992)

Como puede verse, en la legislación francesa las infracciones a la propiedad intelectual se agrupan como falsedades y no se regula específicamente la conducta constitutiva de plagio, la cual, por ende, sólo es punible "si se vuelve tan grave que llega a cambiar de nombre y cae entonces en un delito de falsificación ('contrefaçon')" (Renouard, 1838, citado por Nettel, 2013).

En Italia.

Debe consultarse el artículo 171 de la Ley 633 de 1941 (Ley sobre Derecho de Autor), modificado por el Decreto Ley 64 de 2010:

Artículo 171. Salvo quanto disposto dall'art. 171-bis e dall'articolo 171-ter è punito con la multa da euro 51 a euro 2.065 chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma:

a) *riproduce, trascrive, recita in pubblico, diffonde, vende o mette in vendita o pone altrimenti in commercio un'opera altrui o ne rivela il contenuto prima che sia reso pubblico, o introduce e mette in circolazione nello Stato esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana;*

a-bis) *mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa;*

b) *rappresenta, esegue o recita in pubblico o diffonde, con o senza variazioni od aggiunte, un'opera altrui adatta a pubblico spettacolo od una composizione musicale. La rappresentazione o esecuzione comprende la proiezione pubblica dell'opera cinematografica, l'esecuzione in pubblico delle composizioni musicali inserite nelle opere cinematografiche e la radiodiffusione mediante altoparlante azionato in pubblico;*

c) *compie i fatti indicati nelle precedenti lettere mediante una delle forme di elaborazione previste da questa legge;*

[...]

f) *in violazione dell'art. 79 ritrasmette su filo o per radio o registra in dischi fonografici o altri apparecchi analoghi le trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche o smercia i dischi fonografici o altri apparecchi indebitamente registrati.*

[...]

La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a euro 516 se i reati di cui sopra sono commessi sopra una opera altrui non destinata alla pubblicità, ovvero con *usurpazione della paternità dell'opera*, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore. (Cursivas ajenas al texto) (Ley número 633, 1941)

De igual forma, se anota que en los supuestos en que la conducta no comporte una utilización pública, que presuponga la copia, no se configura el fenómeno de plagio, como es el caso de la 'reproducción' y la 'transcripción'. Además, es menester precisar que la usurpación de la paternidad, para que se traduzca en una apropiación, debe consistir en una auto-atribución a través de una cualquiera de las tres modalidades especificadas en la noción sugerida.

Propuesta del supuesto de hecho del tipo penal de plagio

Dado que la mayoría de los legisladores (particularmente, los referidos en el acápite precedente) han estimado que el plagio es una de las infracciones más graves contra uno de los bienes jurídico-penales más importantes (cuales son los derechos de autor), corresponde ahora precisar el supuesto de hecho que permita

tipificar penalmente esta conducta compleja de manera técnica y comprensiva, de conformidad con la noción presentada en el primer acápite de este escrito.

Para el efecto, se describen a continuación los elementos específicos del tipo penal de plagio que se propone, cuales son –en lo que mira con la cara objetiva de la descripción típica– el bien jurídico penal protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta y –en relación con el componente interno del comportamiento objeto de prohibición– el dolo, para finalizar con la formulación del supuesto de hecho del tipo penal, que describa, en rigor, el fenómeno del plagio.

En primer lugar, se tiene que el bien jurídico penalmente tutelado son los derechos de autor, ya que –como bien se anticipó– el plagio consiste, ante todo, en una infracción a las prerrogativas que se le conceden originariamente al autor sobre su obra, las cuales son violadas en su completitud (de ahí la característica de acto complejo propia del plagio), en la medida en que se vulnera la naturaleza dual de su contenido, sin que por ello se desvirtúe la unicidad de la categoría jurídica de los derechos de autor, como bien jurídico afectado, y el carácter monoofensivo del tipo penal.

En consideración al prealudido bien jurídico, se trata de un tipo penal de lesión, ya que a partir de la realización de la acción típica, el bien jurídico penal de los derechos de autor resulta menoscabado. Ahora, es importante diferenciar el aludido bien jurídico del objeto material real de este tipo penal, el cual se concreta en los elementos originales de expresión (copiados, apropiados y usados públicamente) de la obra plagiada por el sujeto activo.

En segundo lugar, se tiene que el sujeto activo o agente es el plagionario, es decir, la persona que copia, se apropia y usa públicamente la obra y, en consecuencia, vulnera los derechos de autor que recaen sobre dicha creación intelectual. Es de anotar que el plagio admite las distintas formas de concurso de personas, cuales son la autoría material, la coautoría, la autoría mediata, la determinación y la complicidad.

Es preciso acotar que el plagionario no debe reunir unas calidades especiales para poder llevar a cabo la conducta típica, sino que la misma puede ser realizada por cualquier persona; en consecuencia, el sujeto activo del plagio es común. Más aún, dado que no es necesaria la intervención de varias personas a título de sujeto activo, el tipo penal de plagio es de los llamados ‘monosubjetivos’.

Ahora, el hecho de que el autor sea coautor de la obra posterior que materializa el plagio (por haber realizado un aporte creativo distinto de los elementos originales plagiados), no hace que el sujeto activo sea calificado por esa condición de creador, ya que, respecto del objeto material de la conducta punible (esto es, la obra ajena y preexistente), este no es –ni puede ser– autor.

En tercer lugar, se tiene que el sujeto pasivo del delito de plagio es el titular de los derechos de autor infringidos, en tanto titular del bien jurídico penalmente

tutelado. Dada la naturaleza dual de los derechos de autor, es posible que el titular de los derechos morales de autor (que siempre es el creador) sea diferente del titular de los derechos patrimoniales de autor (en virtud de una transferencia), por lo que es factible que el bien jurídico penal en este caso tenga titulares diversos.

En cuarto lugar, la acción típica del plagio (como ya se precisó) supone la realización de tres diversos comportamientos de forma concurrente: la copia, la apropiación y la utilización pública. En tal virtud, el tipo penal de plagio es un tipo compuesto, dado que describe tres diversas conductas que constituyen, por sí mismas, una descripción típica autónoma y que deben realizarse de manera cumulativa para que se pueda predicar la tipicidad de un determinado comportamiento.

En relación con las conductas de copia y utilización pública descritas en precedencia, es evidente la procedencia de un elemento modal individualizante, en virtud del cual tales comportamientos deben llevarse a cabo “sin autorización previa y expresa del titular de los derechos de autor correspondientes” (Rincón y Naranjo, 2012), pues, si se cuenta con la aquiescencia del sujeto pasivo para realizar dichas conductas, no se estarán infringiendo las prerrogativas respectivas; específicamente, las de contenido patrimonial, por cuanto las de contenido moral –no puede olvidarse– son inalienables.

Al hilo de lo anterior, es dable concluir, en punto de clasificación, que el tipo penal de plagio es de comisión, en tanto describe la acción prohibida en las hipótesis de copia, uso público, apropiación mediante la auto-atribución de autoría directa y apropiación a través de la mención incidental o genérica. La conducta de apropiación por omisión de paternidad con usurpación de autoría, empero, sugiere, como su nombre lo indica, una omisión.

Adicionalmente, es un tipo penal de conducta instantánea, dado que la realización de los comportamientos se agota en un solo instante y no se renueva de manera permanente en el tiempo, y de resultado, ya que a la conducta compleja arriba descrita le sigue un efecto en el mundo fenomenológico consistente en la copia, la apropiación y la utilización pública de la obra ajena y preexistente. Tales resultados, en los términos referidos con antelación, se deben producir de manera concurrente.

En quinto lugar, el tipo penal de plagio es doloso, lo que implica que el agente tiene la consciencia y la voluntad de realizar los hechos materia de prohibición. Por ende, la acción típica constitutiva del plagio supone un componente cognoscitivo (el conocimiento o saber) y otro volitivo o conativo (la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo), por parte del sujeto activo del delito.

Finalmente, es de anotar que el elemento relativo a la obtención de un provecho de cualquier tipo (económico, académico u otro) por parte del infractor, derivado de la realización de la conducta punible, no parece ser una circunstancia esencial

para la configuración del plagio, pues el bien jurídico protegido no es el patrimonio económico o la integridad moral, sino los derechos de autor.

Con base en lo hasta aquí expuesto, se concreta y explicita ahora una solución de tipicidad para consagrar el fenómeno del plagio, en consonancia con los postulados de la propiedad intelectual y del derecho penal, de conformidad con el concepto de ‘plagio punible’ sugerido y considerando las fórmulas legislativas propuestas en diferentes países para regular penalmente esta infracción –grave y particular– al bien jurídico de los derechos autor.

Al efecto, se estima necesario servirse de términos comprensivos de las diferentes modalidades en las que el plagio puede presentarse, razón por la cual se emplean locuciones amplias como la ‘utilización pública’ (que incluye todo tipo de usos conocidos o por conocer), en lugar de enlistar (taxativamente, en virtud del principio de tipicidad) algunas especies de este género (como ‘publicar’, ‘divulgar’, ‘inscribir’, ‘distribuir’ o ‘comunicar’) y dejar así en la impunidad otras manifestaciones del plagio que no se contemplen de manera expresa, pero que son igualmente lesivas del bien jurídico penalmente tutelado, que quedaría, de esta forma, expósito.

De ahí que, igualmente, se recurra al término ‘copiar’ como verbo rector, para acoger la definición tradicional del fenómeno del plagio y para describir, a su vez, todas las formas en que esta conducta pueda materializarse (a través de una reproducción o una transcripción, por ejemplo). Asimismo, se hace necesario valerse de la noción amplia de la ‘apropiación’ para conglobar las modalidades de indicación del sujeto activo como autor, de la mención incidental o genérica del creador legítimo y de omisión de paternidad con usurpación de autoría, dentro de la descripción típica planteada.

Esta es, entonces, la propuesta: Plagio. El que copie, de manera literal o simulada, uno o más elementos originales de una obra ajena protegida por derecho de autor y se atribuya la autoría de los mismos, incurrirá, si los utiliza públicamente, en... (sanción penal).

De esta forma, con las previsiones anteriores, la propuesta de *lege ferenda* del tipo penal de plagio que se presenta se corresponde con la lesividad y la relevancia atribuida a esta infracción e incorpora las plurales y diversas formas en que el plagio se realiza, partiendo de un concepto de ‘plagio punible’ restrictivo, que filtra los comportamientos atentatorios para punir sólo aquellos que afectan los derechos de autor de la manera más grave e intolerable.

Referencias

Antequera, R. (2012). *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*. Madrid: Editorial REUS S.A.

- Echavarría, M. A. (2014). ¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 121 (44), 699-720.
- Estados Unidos Mexicanos. Código Penal Federal (1931). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, agosto de 1931.
- Estado Plurinacional de Bolivia. Ley 1768 de 1997. De modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial No. 1984. Congreso Nacional, marzo de 1997.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República, julio de 2000.
- Nettel, A. L. (2013). Derecho de autor y plagio. *Alegatos*, (83), 135-152.
- Reino de España. Ley Orgánica 10 de 1995. Código Penal. BOE No. 281. Congreso de los Diputados, noviembre de 1995.
- Rengifo, E. (1996). *El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- República de Argentina Ley 11.723 de 1933. Régimen Legal de Propiedad Intelectual. Boletín Oficial No. 11.793. Congreso argentino, septiembre de 1933.
- República de Chile. Ley 17.336 de 1970. Sobre Propiedad Intelectual. Diario Oficial de Chile, Congreso Nacional, octubre de 1970.
- República del Ecuador. Codificación No. 2006-013. Ley de propiedad intelectual. Registro Oficial No. 426. Congreso Nacional, noviembre de 2006.
- República del Perú. Decreto Legislativo No. 635 de 1991. Por el que se promulga el Código Penal. Congreso de la República, abril de 1991.
- República Francesa. Ley 92-597 de 1992. Sobre el Código de la Propiedad Intelectual. Diario Oficial No. 153. Parlamento francés, julio de 1992.
- República Italiana. Ley 633 de 1941. Sobre la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Parlamento italiano, abril de 1941.
- República Oriental de Uruguay. Ley 17.616 de 2003. Ley de Derecho de autor y Derechos Conexos. Diario Oficial No. 26.179. Parlamento de Uruguay, enero de 2003.
- República de Venezuela. Ley sobre el Derecho de Autor. Gaceta Oficial No. 4.638. Congreso de la República, octubre de 1993.
- Rincón, J. y Naranjo, V. (2012). *Delito informático electrónico de las telecomunicaciones y de los derechos de autor*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sentencia 31403 (2010, mayo 28). Casación. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Vitruvio, M. (1997). *Los diez libros de Arquitectura*. (Trad. J. L. Oliver). Madrid: Alianza Editorial S.A. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/48058991/Vitruvio-Polion-Marco-Los-Diez-Libros-De-Arquitectura>. (Obra originalmente publicada en 1649).

PRINCIPIO ACUSATORIO: ¿PRESUPUESTO CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA?*

*Lizbeth Barrera Rodríguez***

Resumen

Las múltiples reformas legislativas realizadas en varios países de Latinoamérica y Europa han tenido, como principal propósito, incorporar la estructura del sistema penal adversarial de Estados Unidos y con él, algunos de sus principios esenciales. Dentro de tales elementos, el principio acusatorio se erige como el más importante; pero, al mismo tiempo, es aquel que más imprecisiones conceptuales tiene. Determinar el concepto y el alcance preciso del principio acusatorio es una tarea fundamental para analizar si éste es un presupuesto constitucional necesario del procedimiento penal en Colombia o si, por el contrario, es simplemente una elección legislativa.

Palabras clave

Imparcialidad judicial, sistema acusatorio, sistema adversarial norteamericano, sistema inquisitivo, principio acusatorio.

Abstract

Several recent legislative reforms in many Latin American and European countries were aimed to incorporate the United States of America's adversarial criminal justice system and some of its essential principles. The adversarial principle stands as the most important of all, but it has also many conceptual inaccuracies. In order to clarify if the above mentioned principle is a constitutional requisite of the Colombian criminal proceedings or, instead, a merely legislative decision, it is needed to precise its concept and scope.

Keywords

Judicial impartiality, adversarial system, inquisitorial system, adversarial principle, criminal proceedings.

Introducción

Los valores culturales, sociales y políticos de una comunidad determinan, en cierta forma, la elección de un específico sistema procesal penal (Bovino, 2001a). No puede desconocerse, hoy, que

* El presente trabajo se corresponde con la investigación realizada por la autora para optar al título de Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.

** Abogada, Especialista en Derecho Penal y Maestra en Derecho.

la elección de un proceso judicial como aquel instrumento para la aplicación del derecho penal –y la consecuente imposición de una sanción de igual naturaleza– es una decisión política [llamada ‘política procesal’ por Alcalá-Zamora (1992)]; es la convicción de que el proceso es el mejor instrumento para garantizar la legalidad de la condena la que motiva al Estado a decidir, desde una perspectiva política, dicha elección (Montero, 1994).

Como dice Montero Aroca (1994, 2006), la aplicación del derecho penal sólo puede explicarse a través de la existencia de una serie de límites –o, como él mismo los llama, ‘monopolios’– que deben presentarse de manera conjunta y escalonada. El último de tales monopolios [siendo los primeros la prohibición general de autotutela –monopolio estatal–; y la prohibición de que el derecho penal sea aplicado por órganos distintos a los jurisdiccionales –monopolio judicial– (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992)] es aquel que se centra en señalar que el derecho penal debe ser aplicado, de manera exclusiva, por los tribunales a través de un proceso, y no de cualquier otra manera –monopolio procesal– (Montero, 1994, 2006). Los tres monopolios actúan de manera conjunta: sólo el Estado a través de un órgano jurisdiccional, y a través de un proceso penal, puede aplicar el derecho penal como titular del *ius puniendi*.

Casi todos los procedimientos penales en América Latina, y gran parte de Europa, se han visto contagiados por una tendencia reformadora que busca solucionar los graves problemas de aplicación del derecho penal que sufre cada país, a través del análisis y la aplicación del sistema adversarial norteamericano (Carbonell y Ochoa, 2009; Gómez, 2007; Pérez, 2001; Zepeda, 2005) o del proceso acusatorio, que viene a ser interpretado como lo mismo (Montero, 2009); ‘lo acusatorio’¹ se ha cimentado como la bandera que ha de generar cualquier reforma legislativa en materia procesal penal hoy (Bachmaier, 2009; Montero, 2009). Por ello, no es extraño que la introducción de la Ley 906 del 2004 en Colombia (así como la reforma constitucional llevada a cabo en el 2002), tuviera como principal pretensión incorporar figuras procesales propias de dicho sistema procesal (Díaz, 2014; Molina, 2010).

Dentro de tales pretensiones era clara aquella de incluir dentro del procedimiento penal colombiano el principio acusatorio, del que el sistema adversarial se edificaba (Díaz, 2014). Las modificaciones procesales a lo largo de América Latina y Europa se encuentran motivadas por la incorporación del llamado principio acusatorio a los distintos procedimientos penales nacionales (Gómez, 2007; Montero, 2009; Pérez, 2001): el proceso penal norteamericano, se dice, se funda en el principio acusatorio y regula un auténtico juicio oral y público, de donde deducen los países afectados por las reformas de su proceso penal en profundidad que esos estandartes tienen que ser también los suyos (Gómez, 2007, p. 76).

¹ A lo largo del texto, se utilizará la expresión ‘lo acusatorio’ entendido como un concepto difuso, sin límites ni elementos claros, utilizándolo de la misma manera que Montero (2009). También se utilizará la expresión ‘lo inquisitivo’.

A pesar de la pretendida necesidad de incorporar el principio acusatorio en nuestro ordenamiento, es claro que en la doctrina y en la jurisprudencia existe confusión sobre el concepto y el alcance preciso del principio acusatorio (González, 2001; Montero, 2006, 2009). El derecho procesal penal es la reglamentación del derecho constitucional (Bovino, 1998), en el sentido de que el legislador se encuentra sometido a los principios rectores establecidos por la Constitución Política al momento de establecer el procedimiento penal por medio del cual aplicará el derecho penal (Bovino, 1998). Hablar de derecho procesal penal (y de procedimiento penal) es referirse a la aplicación de ciertas garantías procesales que pueden o no tener origen constitucional; si tienen tal origen, su aplicación e incorporación en la ley será obligatoria para el legislador; si no, su reglamentación procedimental dependerá de una decisión político-criminal del legislador.

Frente a este escenario, y contemplando la importancia que tuvo para el legislador el principio acusatorio al momento de la promulgación de la Ley 906 del 2004, es razonable preguntarse si tal principio se encuentra reconocido en nuestra Constitución (y por ende, el legislador no puede desconocerlo) o, si por el contrario, la consagración de tal garantía en el procedimiento penal es una alternativa político-criminal opcional que puede hacer el legislador. De allí que el problema jurídico por resolver en este artículo gire alrededor de la siguiente pregunta: ¿es el principio acusatorio un presupuesto que condiciona la constitucionalidad del proceso penal en Colombia? El problema planteado, como puede verse, parte de establecer si el principio acusatorio es un presupuesto constitucional del proceso penal en Colombia, una garantía procesal obligatoria cuya omisión podría generar una vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento judicial penal.

Para resolver este problema jurídico se debe hacer un análisis escalonado en tres partes: la primera, busca indagar las diferencias establecidas por la doctrina entre los llamados procesos acusatorios e inquisitivos, en la medida en que de dichas diferencias pueden deducirse elementos de análisis que permitan identificar y precisar el concepto del principio acusatorio, su contenido y sus consecuencias o presupuestos procesales, los cuales aparecen en la segunda parte de este trabajo. En la tercera y última parte se verificará si tal principio es un presupuesto o una exigencia constitucional necesaria en el proceso penal colombiano, a cuyo efecto se examinará la jurisprudencia nacional, analizando la Constitución Política de Colombia y el bloque de constitucionalidad. Se intentará, pues, responder si el principio acusatorio es un elemento necesario –desde una perspectiva constitucional– del proceso penal colombiano.

Diferencias entre ‘lo acusatorio’ y ‘lo inquisitivo’

Con ocasión de las recientes modificaciones en los sistemas procesales penales latinoamericanos –atendiendo el contenido del sistema adversarial norteamericano– (Carbonell y Ochoa, 2009; Zepeda, 2005), se ha establecido como prioritario determinar, con algo de precisión, las diferencias entre un proceso acusatorio y uno inquisitivo; se hacen esfuerzos académicos por diferenciar, desde el plano teórico, tales procedimientos procesales (Montero, 2009). Y ello puesto

que se habla, de manera reiterada en Colombia, de la incorporación de un sistema de tendencia acusatoria con la introducción de la Ley 906 del 2004 (Díaz, 2014; Molina, 2010; Montañés, 2001).

¿En qué consisten, pues, estos llamados sistemas acusatorios e inquisitivos? Pese a que la utilización de ambos conceptos no es unívoca (Bachmaier, 2009; Maier, 2001; Montero, 2009), tiende a pensarse que la oposición entre un proceso acusatorio y un proceso inquisitivo responde, de igual manera, a una evolución histórica del proceso penal de un escenario a otro (Carbonell y Ochoa, 2009); se parte de la existencia de principios disímiles entre dichos sistemas procesales a efectos de caracterizarlos y contrastarlos (Anitua, 2009; Carbonell y Ochoa, 2009; Ferrajoli, 1995; Langer, 2001), a manera de principios que estructuran cada sistema pero, a la vez, lo contraponen al otro (González, 2001).

Sin embargo, centrarse sólo en el estudio de tales ‘principios alternativos’ –que caracterizan cada sistema y lo diferencian– puede considerarse un error (Montero, 1994, 2006, 2008, 2009) a pesar de las voces que afirman que tales sistemas procesales se diferencian con claridad (Iñiguez, 2003; Zamora, 2009); se habla, incluso, de viejas prácticas inquisitivas (Anitua, 2009, p. 1) o una actitud inquisitiva (González, 2001, p. 107).

Es notorio cómo la doctrina maneja los conceptos de sistema acusatorio e inquisitivo como dos opuestos valorativos, en el sentido de que todas las connotaciones procesales negativas se aglutinan en el llamado sistema inquisitivo [se le llega incluso a calificar como censurable (Briseño, s.f.), desarrollando características indeseables (Zamora-Pierce, 1993)], mientras todas las figuras procesales valoradas positivamente [proceso ideal, incluso calificado como garantista (Montañez, 2013)] son incorporadas dentro del sistema acusatorio (Armenta, 2004; Bachmaier, 2009; Bovino, 2001a; Ferrajoli, 1995; Langer, 2001; Maier, 1989; Montero, 2009), a modo de opuestos procesales que conviven en un momento histórico (Bachmaier, 2009; Bovino, 1997, 2001a; Langer, 2001):

La constante confusión entre ambos planos tiene su origen en que, tradicionalmente, el término acusatorio ha tenido un signo positivo, relacionado con una concepción del proceso penal respetuosa de las libertades individuales y asociada a un modelo de Estado liberal o democrático. Lo inquisitivo, por su parte, ha tenido el signo opuesto, siendo asociado con un tipo de proceso penal y de Estado de carácter autoritario (Langer, 2001, p. 16). Incluso, se ha querido mostrar una igualdad entre la oposición acusatorio-inquisitorio en relación con el sistema adversarial norteamericano y el sistema continental europeo –y aquellos procedimientos latinoamericanos con origen inmediato en dicho sistema– (Anitua, 2009; Armenta, 2004; Bovino, 1997, 2001a; Carbonell y Ochoa, 2009; Cuéllar, Ferrera, López, Gómez y Fernández (2004); Damaska, 1998; Iñiguez, 2003; Langer, 2001; Montañez, 2013; Zepeda, 2007), sin explicar con claridad en qué consiste dicha asimilación de conceptos entre lo acusatorio y lo adversarial. Se habla de una dicotomía entre lo adversarial-acusatorio y lo continental-inquisitivo, respecto

del procedimiento penal (Langer, 2001), aunque existen esfuerzos teóricos por separar dichos conceptos a efectos de no confundir lo acusatorio con lo adversarial (Rodríguez, 2013).

Lo primero que debe contestarse, en este punto, es la aparente similitud entre el sistema adversarial norteamericano con el sistema acusatorio: ¿son sinónimos o acaso dos conceptos diferentes que expresan, en el fondo, el mismo contenido procesal? Bovino (1997, 2001a) afirma que el procedimiento estadounidense es representante de un sistema acusatorio formal acabado, entendiendo por formal aquel sistema en el cual las funciones de indagación y de juzgamiento se encuentran en cabeza de diferentes órganos (Bovino, 2001a; Maier, 1989)². Por su parte Armenta (2004); Anitua (2009) y Damaska (1998), realizan la misma asimilación práctica, equiparando el sistema adversarial norteamericano con el sistema acusatorio.

Pero, más allá de ello, no se explica por qué sólo el sistema adversarial norteamericano es un sistema acusatorio y por qué el sistema continental no lo es; esa asimilación entre lo acusatorio-adversarial y lo inquisitivo-continental, al parecer, se da por sentada pues no se tiene claro qué es lo que identifica a un proceso acusatorio y a uno inquisitivo (Damaska, 1998). Incluso, se llega a incongruencias lógicas cuando se excluye la posibilidad de que los sistemas procesales continentales sean acusatorios, y luego se le da al principio acusatorio un contenido que también los sistemas continentales poseen de manera general e indiscutible (Bovino, 2001a).

Se intenta calificar lo adversarial como acusatorio, pero se tilda de inquisitivo (o como no acusatorio, lo que termina siendo calificado como inquisitivo) aquellos mecanismos abreviados de justicia negociada que caracterizan al sistema norteamericano –como el *plea bargaining*– (Almeyra, 1997; Bovino, 2001b; Montañez, 2013), con lo cual no se da claridad a la dicotomía mantenida entre lo acusatorio y lo inquisitivo en este punto, sino que se llega a una incoherencia conceptual entre lo que se define como acusatorio y lo que en realidad es (Langer, 2001).

Por supuesto, esta confusión lo único que genera es una valoración incorrecta de los sistemas procesales: el sistema adversarial (por ser acusatorio) es valorado positivamente, mientras que el sistema continental europeo (por ser inquisitivo) es valorado negativamente (Damaska, 1998). Si la tradición de Europa continental jugó papel alguno en este desarrollo constitucional, fue apenas en el sentido de constituir un ejemplo negativo: el proceso continental tradicional fue asociado algunas veces con confesiones producidas por medio de la coerción, una búsqueda de pruebas sin control y los horrores de la Santa Inquisición (Damaska, 1998, p. 15).

No se pregunta, ni siquiera, qué caracteriza a cada sistema procesal con el fin de evaluar si, en efecto, el sistema adversarial es tan acusatorio como se afirma y el sistema continental es tan inquisitivo como se pretende; se cree que son dos

² Todo esto en contraposición a un sistema acusatorio material, donde además de tener ambas funciones separadas (función de investigación y función de juzgamiento), la primera de estas funciones sólo puede adelantarla una persona particular, no un órgano del Estado (Bovino, 2001a; Maier, 1989).

sistemas procesales contemporáneos y en lucha constante (Bovino, 1997, 2001a; Damaska, 1998). Lo claro en este punto es que la dicotomía mantenida entre lo acusatorio-adversarial y lo inquisitivo-continental es un enfoque histórico del problema, que ha tenido contenidos diferentes a partir del entendimiento concreto del concepto 'lo acusatorio' y 'lo inquisitivo' (Langer, 2001).

Ahora bien, si no es del todo clara la asimilación acusatorio-adversarial, mucho menos lo es la diferencia inquisitivo-acusatorio mantenida hoy. Si se parte de un enfoque histórico-ideal, contrastando ciertos principios ineluctables de cada sistema para caracterizarlos a modo de "procesos ideales" (Langer, 2001), pueden deducirse varias diferencias que se han querido encontrar entre un sistema procesal acusatorio y uno de carácter inquisitorio: el ejercicio del poder jurisdiccional en cabeza de tribunales populares o jueces permanentes y profesionales; la naturaleza pública o privada de la acción penal; la posición procesal de las partes dentro del proceso (igualdad y contradicción, o desigualdad, siendo el acusado objeto del proceso y no parte de éste); las facultades –amplias o restringidas– del juez en el proceso; la libertad o la detención del acusado; la introducción y valoración de las pruebas; etc. (Cuéllar *et al*, 2004; Díaz, 2014; Montañez, 2013; Montero, 1994, 2006, 2009). Se habla, incluso, de sistemas procesales que logran, de manera diversa y a través de características y elementos distintos, la consecución de la verdad procesal (Bovino, 2001a).

Se contrasta el proceso inquisitivo con el proceso acusatorio en la medida en que aquel no tiene una distinción clara entre el órgano de juzgamiento y el órgano acusador, mientras el acusatorio se caracteriza por una marcada diferencia entre las partes y un tercero imparcial que debe resolver los hechos que le han puesto en conocimiento (Carbonell y Ochoa, 2009; González, 2001). Incluso, se llega a los extremos de afirmar que en el sistema acusatorio (o adversativo, pues parece ser lo mismo) se da un respeto indiscutible al derecho de igualdad entre las partes, mientras que en el sistema inquisitivo ello no es así (Bovino, 2001a).

Ferrajoli (1995), por su parte, ha establecido que el punto central en la diferencia entre el proceso acusatorio y el inquisitivo son las garantías orgánicas y las garantías procesales que cada uno de tales sistemas reconoce: mientras el primero reconoce la existencia de un juez popular y favorece un juicio contradictorio como medio para conseguir la verdad, el sistema inquisitivo se caracteriza por tener estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos regidos por poderes amplios de instrucción de los jueces. A pesar de las diferencias establecidas, es claro que la doctrina que utiliza este enfoque no coincide al momento de determinar cuál es el contenido asignado a cada uno de estos "procesos ideales" (Langer, 2001). Sin embargo, si algo queda claro es que estas discrepancias no dicen nada sobre la real naturaleza del proceso, pues estas diferencias se dirigen a analizar aspectos tangenciales, no esenciales, de ambos sistemas procesales (Montero, 1994, 2006); pese a ello, hay quienes afirman que este ejercicio debe analizarse en términos de utilidad, respecto del fin específico que se propone cada autor al momento de comparar ambos sistemas (Langer, 2001).

Si el ejercicio de comparar ambos sistemas procesales se evalúa en términos de utilidad –tal como lo afirma Langer (2001)–, aquí se procederá a realizar tal comparación a efectos de intentar otorgar a cada sistema (en especial, al sistema acusatorio) un contenido preciso, del cual puedan deducirse, después, elementos para comprender el principio acusatorio. El proceso inquisitivo se caracteriza, o es caracterizado por la doctrina, como aquel proceso en el que los actos de investigación, acusación y juzgamiento son adelantados por un único órgano (Bachmaier, 2009; Pérez, 2001; Zamora, 1993, 2009) –tal como se aglutinaban todos los poderes del Estado en el soberano único– (Armenta, 2004; González, 2001; Maier, 1989); la investigación y el enjuiciamiento era llevado a cabo por el juez instructor, quien acusaba y resolvía los hechos investigados (Cuéllar *et al*, 2004; Iñiguez, 2003).

El proceso inquisitivo era secreto (Fernández, 1990; Ferrajoli, 1995; González, 2001; Zamora, 1993), calidad que se predicaba de las necesidades propias de la investigación –por la ausencia de debate procesal– (Maier, 1989); se identifica con una política criminal autoritaria, en contraposición a una de carácter democrático en relación con el sistema acusatorio (Anitua, 2009), proceso claramente contrario a una real contradicción procesal entre las partes (Armenta, 2004). Por ello, es producto histórico de la concepción absoluta del poder central estatal, la idea de la autoridad y la centralización de todos los poderes del Estado en el soberano (Bachmaier, 2009; Maier, 1989), sistema procesal que se originó gracias a la universalidad de la Iglesia Católica y a la formación de los estados-nación durante la Edad Media (Bachmaier, 2009; Maier, 1989); la manifestación más pura y característica del proceso inquisitivo surgió como consecuencia de la adopción de un Estado absolutista (González, 2001).

El proceso inquisitivo surge, entonces, del escaso valor que se le dispensa a la persona humana, reduciéndolo a un simple objeto de investigación (Montañez, 2013) –perdiendo, así, su condición de sujeto de derechos– (Maier, 1989; Zamora, 1993). La persecución penal en el proceso inquisitivo era pública y obligatoria (Cuéllar *et al*, 2004; Maier, 1989), por lo que se entiende –no sin razón– que el sistema inquisitivo excluyó a la víctima del proceso (Bovino, 1997). Aunque existe alguna doctrina que niega el carácter público de la persecución en el proceso inquisitivo (Ferrajoli, 1995), con lo cual se ponen de presente las discrepancias que se le han asignado al contenido de ambos sistemas procesales.

La decisión final del proceso está en cabeza de un juez profesional –en contraposición con las calidades del juzgador en el sistema acusatorio– (Bachmaier, 2009; Bovino, 2001a; Ferrajoli, 1995; González, 2001); la incorporación de un juez profesional –conocedor de las ciencias jurídicas– ha sido analizada como algo positivo (González, 2001), pero incluso como algo negativo o reprochable, aseverando que la construcción de la verdad procesal varía de un sistema procesal a otro por el carácter profesional del juzgador (Bovino, 2001a). Sin embargo, se llega a afirmar que es el proceso acusatorio el que se identifica con la profesionalización de sus partes, a través de los papeles de *solicitors* (el procurador encargado de preparar la causa penal), *barristers* (el abogado litigante) y el *prosecutor* (el fiscal) (Guerrero, 2006), con lo cual no queda claro cuál es la aparente dicotomía entre ‘lo acusatorio’ y ‘lo inquisitivo’ en este punto específico.

Frente a los medios de prueba, se afirma que las fuentes de conocimiento procesal son introducidas e incorporadas en el proceso por medio escrito –de manera general– (Bachmaier, 2009; Cuéllar *et al*, 2004; Ferrajoli, 1995; González, 2001), sin contradicción por parte del acusado (Iñiguez, 2003; Maier, 1989), incluyendo una valoración legal o tasada de la misma (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992); la actividad probatoria era de exclusivo resorte del juez (Fernández, 1990; Ferrajoli, 1995), siendo el objetivo de la prueba la averiguación de la verdad, aunque ésta podía lograrse a través de cualquier medio posible (Maier, 1989). De hecho, la obtención coercitiva de la culpabilidad es un elemento a través del cual se caracteriza al sistema inquisitivo (Langer, 2001).

Se llega, incluso, a calificar al proceso inquisitivo como aquel que buscaba por excelencia la prueba de confesión de manera coactiva –mediante tortura– (Anitua, 2009; Bachmaier, 2009; Ferrajoli, 1995; Guerrero, 2006; Maier, 1989; Zamora, 1993), caracterizado por ser un sistema de justicia parcializado (Armenta, 2004), fruto de concepciones autoritarias (Zamora, 2009) y sin garantías de ninguna naturaleza (Guerrero, 2006): “la tortura es, por ello, sinónimo de inquisición” (Maier, 1989, p. 212). Atendiendo a estas valoraciones, no es difícil entender por qué se califica, de manera general, al proceso inquisitivo (y a todo lo que de él se derive) como prácticas abusivas, medievales, asimilando ‘lo inquisitivo’ con la vulneración inmediata de garantías procesales –o, incluso, su ausencia completa– (Bachmaier, 2009), confundiendo así el concepto de proceso inquisitivo como momento histórico en Europa con la concepción actual de ‘lo inquisitivo’ como todo aquello diferente al sistema adversarial norteamericano (Montero, 2009; Schünemann, 2007).

Como elementos históricos del proceso inquisitivo –aunque no obligatorios desde un plano lógico– se mencionan la obligatoriedad de la acción penal (Zamora, 1993), el carácter público de los órganos encargados de la acusación y la obligación del juez de motivar sus decisiones (Ferrajoli, 1995). Aunque, se ha visto la obligatoriedad de la acción penal como una nota característica del proceso inquisitivo (Bachmaier, 2009).

En contraposición con el llamado proceso inquisitivo, el proceso acusatorio es identificado, desde el marco histórico, como el sistema originario –en relación con el sistema inquisitivo– (Armenta, 2004; Cuéllar *et al*, 2004), aunque también se le identifica como una reacción histórica al proceso inquisitivo (Zamora, 1993). Se identifica como un sistema primitivo (surgido en Grecia y en la Antigua Roma (Armenta, 2004; Cuéllar *et al*, 2004; Ferrajoli, 1995; González, 2001; Maier, 1989), donde el derecho penal y el derecho civil no estaban claramente diferenciados caracterizándose por ser relaciones privadas entre particulares (González, 2001); hay quien afirma, además, que es un sistema procesal característico de estados republicanos como los ya mencionados, o como el establecido en Francia después de la revolución de 1789.

Se identifica el sistema acusatorio con la contienda de partes con intereses contrapuestos –a manera del proceso civil (Zamora, 1993)–, con la consecuente

neutralidad del juez en la discusión procesal de tales partes (Armenta, 2004; Bovino, 2001a), aunque se habla indistintamente de sistema, función y principio acusatorio, sin entrar a definir ninguno de estos conceptos (Bovino, 2001a). El elemento identificador del proceso acusatorio, a lo largo de la historia, se encuentra en el establecimiento de un tercero imparcial (juzgador) que resuelve una cuestión jurídica atendiendo lo afirmado y probado por dos partes diferentes (Bachmaier, 2009). Esta última consideración tendrá consecuencias directas al momento de analizar el principio acusatorio.

Se afirma que la característica fundamental del sistema acusatorio es la división de los poderes que se ejercen en el proceso: el acusador, el acusado y el tribunal, quien decide (Ferrajoli, 1995; González, 2001; Maier, 1989). La acusación –reclamo o acción– y su contenido condicionan de manera directa la actuación del órgano juzgador y el sentido de su decisión final, característica esencial del sistema acusatorio (Maier, 1989; Pérez, 2001). El sistema acusatorio se edifica en torno a la idea de una contienda o debate de dos partes (juicio público) con un tercero imparcial (juez) que resolverá la contienda entre ellas (Pérez, 2001).

El sistema acusatorio se caracteriza por ciertos elementos: en primer lugar, se estructura con dos partes, claramente separadas y con intereses contradictorios, que deben resolver el conflicto a través de un juzgador neutral e inactivo (Bovino, 2001a; Pérez, 2001), generalmente conformado por jurados populares o colectivos (Maier, 1989). Existe una separación clara y rigurosa entre el juez y la acusación (Ferrajoli, 1995), condición calificada como ‘necesaria’ dentro de un sistema acusatorio (Carbonell y Ochoa, 2009).

Frente a esta conclusión, Montero Aroca critica con gran energía que el sistema adversarial norteamericano pueda ser calificado como acusatorio cuando el juez neutral –que debe caracterizar este sistema– no toma parte en la decisión final, sino que son los jurados quienes decidirán el conflicto penal (2008). Otra parte de la doctrina no encuentra reparo alguno en aceptar esta característica del sistema adversarial como propia del sistema acusatorio (Bovino, 2001a).

Baumann (1986) afirma por ello que no es posible hablar de que existan partes procesales en este caso, pues ello conllevaría a aseverar que tanto el acusador como el acusado tienen los mismos deberes, facultades y medios procesales, situación que se aleja de la realidad (el acusado, por ejemplo, no tiene ninguna obligación probatoria, mientras que el acusador sí).

Así mismo, en segundo lugar, la lucha de un interés particular (el correspondiente a cada parte procesal) juega un papel esencial en el sistema acusatorio (Maier, 1989). En tercer lugar, el acusador era, en algunos momentos históricos, privado; en otros momentos, era popular (Armenta, 2004; Bovino, 2005; Maier, 1989). Sin embargo, se afirma que, dentro de un sistema acusatorio, no es posible que el acusador sea parte de algún órgano público o que dependa del Estado (Bovino, 2005).

También, en cuarto lugar, la construcción de la verdad se da a través de la lucha o confrontación probatoria de las dos partes en el proceso (Bovino, 2001a).

Ello significaba que el procedimiento era considerado un debate público entre las partes y el juzgador donde se practicaban los medios probatorios escogidos para cada una de las partes, teniendo el juzgador la obligación de decidir conforme tales pruebas (Maier, 1989).

En quinto lugar, debe decirse que para la construcción probatoria de la verdad procesal, las partes debían ser iguales; existía una igualdad entre el acusador y la defensa (Ferrajoli, 1995; Pérez, 2001); sin embargo, la carga de la prueba respecto de la culpabilidad del acusado recaía en la parte acusadora (Ferrajoli, 1995; Montañez, 2013). Además, en sexto lugar, se ha visto, también, que la oralidad y la publicidad son características del proceso acusatorio (Ferrajoli, 1995; González, 2001; Pérez, 2001). Y, para concluir, en séptimo y último lugar, respecto de la valoración de la prueba ésta se daba a través del sistema de íntima convicción (Maier, 1989).

Ferrajoli (1995), por su parte, hace una clara diferenciación entre lo que él considera elementos históricos que, de manera lógica, caracterizan el sistema acusatorio con aquellos otros elementos que no son esenciales al modelo acusatorio. Dentro del primer grupo incluye la separación entre el acusador y el juez, la igualdad entre las partes y la publicidad y la oralidad del proceso. Dentro del segundo grupo –elementos históricos, pero no esenciales–, incluye la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez y la exclusión de la obligación de motivar las decisiones por parte de los jurados.

Si estas son las diferencias que mantienen ambos sistemas procesales, ¿tendrán alguna similitud? Bovino (2001a) afirma que el objetivo de todo procedimiento penal (sea en un sistema acusatorio o en uno inquisitivo) es la averiguación de la verdad a efectos de la realización del derecho penal y de la consecuente respuesta del Estado frente a tal hecho. Así pues, “la única diferencia entre ambos modelos es instrumental, esto es, que sólo existe en la medida en que a través de distintos métodos se persigue un objetivo común” (Bovino, 2001a, p. 6). Pese a esta similitud, la averiguación de la verdad se consideraba desde distintos enfoques, pues mientras el proceso inquisitivo buscaba la verdad material, el proceso acusatorio intentaba conseguir una verdad formal, la verdad demostrada por las partes a través de las pruebas incorporadas (Montañez, 2013).

Vistas las características precedentes, no es extraño encontrar que el sistema acusatorio sea calificado como un ‘verdadero proceso’, en cuanto existe un juez imparcial e independiente y dos partes enfrentadas entre sí (González, 2001; Montero, 1994, 2008, 2009). Se afirma, además, que este sistema procesal protege el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción y el derecho de defensa (Armenta, 2004).

Visto todo lo anterior, no queda clara la diferencia entre ambos sistemas procesales; y más allá de tales diferencias, debe resolverse si, en efecto, deben contraponerse ambos sistemas (Langer, 2001). Son varias las explicaciones dadas a tales dificultades teóricas. Por una parte, se afirma que la difícil tarea de diferenciar aquellos rasgos o elementos lógicamente necesarios de cada sistema procesal de

aquellos otros que no lo son genera las dificultades para diferenciar ambos sistemas procesales (Ferrajoli, 1995):

Esta asimetría ha sido fuente de muchas confusiones, habiendo dado lugar a que a menudo fueran considerados como esenciales de uno u otro modelo teórico elementos pertenecientes de hecho a sus respectivas tradiciones históricas, pero lógicamente no necesarios en ninguno de los dos o compatibles con ambos. Como es obvio, la construcción teórica de los dos modelos y la decisión sobre lo que en ellos es esencial y lo que es, por el contrario, contingente, son ampliamente convencionales, apareciendo vinculadas tan sólo a la tendencia¹, es decir a la presencia de los elementos asumidos como constitutivos en las respectivas tradiciones históricas y, sobre todo, a su compatibilidad lógica [...] (Ferrajoli, 1995, p. 563).

Por otra parte, la confusión puede tener origen en la pretensión de la doctrina norteamericana (luego reiterada por la doctrina continental) de monopolizar el concepto de ‘proceso acusatorio’ para referirse al sistema adversarial establecido en Estados Unidos (Montero, 2008, 2009), todo ello ante la creencia equivocada de que tal sistema no sólo es el mejor, sino incluso que es el único posible dentro de un Estado de derecho, rechazando cualquier procedimiento penal diferente (Montero, 2009).

Se afirma, además, que el llamado proceso inquisitorio ni siquiera es un verdadero proceso (González, 2001; Montero, 1994, 2008, 2009; Pérez, 2001) –o por lo menos no puede calificársele así desde una perspectiva actual (Gómez, 2004; Pérez, 2001)–³; más que un proceso judicial, es una forma autodefensiva del Estado (Zamora, 1993). Y todo ello es así por cuanto no puede haber proceso judicial si no se respetan las garantías mínimas requeridas para su existencia (Pérez, 2001), si el acusador es al mismo tiempo el órgano de juzgamiento (Montero, 2008), reduciendo así toda la dificultad teórica para diferenciar el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo en tal confusión. Hay un verdadero proceso cuando existe, así mismo, un juez imparcial que resolverá la controversia desarrollada por dos partes enfrentadas (González, 2001).

Montero Aroca (2006), por su parte, concluye que la pretendida diferencia entre lo acusatorio y lo inquisitivo no es respecto de dos sistemas procesales diferentes; son en realidad “dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es extraprocesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro es procesal” (p. 922). Lo acusatorio y lo inquisitivo serían entonces formas para designar dos sistemas de actuación del derecho penal (Montero, 2008, 2009), dos modelos de organización judicial (Ferrajoli, 1995), o dos medios de evitar la comisión de delitos (Maier, 2001; Pérez, 2001), pero no dos sistemas pro-

³ Sin embargo, Maier (2001) califica el proceso penal judicial como inquisitivo, para señalar el monopolio que ejerce el Estado en la persecución, investigación y castigo frente al delito, todo ello para contrastar este modelo de actuación del derecho penal frente al sistema compositivo, donde son la víctima y el victimario quienes llegan a la solución del conflicto. Como puede verse, en este caso, ‘proceso inquisitivo’ es sinónimo de proceso judicial, contrariando la interpretación que aquí se señala.

cesales penales. No es lo mismo –ni puede confundirse teóricamente– enjuiciamiento penal a un proceso judicial penal, pues para la emisión de una sentencia no es necesaria la concurrencia de las partes en el primero, el segundo no será posible sin la participación de éstas y la necesaria independencia de quien tiene la función de juzgar (Briseño, 1970). El llamado proceso inquisitivo no es más que un sistema de actuación histórico del derecho penal que no tiene el carácter de proceso judicial (Montero, 2009). Por ello, se afirma que:

El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél los solucione actuando el derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicados como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso [...] (Montero, 1994, p. 530; 2006, p. 922).

Esta concepción del proceso inquisitivo como una forma de aplicación del derecho penal –pero no de un proceso judicial conforme al entendimiento actual de dicho concepto– ha sido explicado históricamente (Bachmaier, 2009), pues en el proceso inquisitivo lo importante era obtener los elementos de prueba –tarea asignada al juez–, dado que su valoración se daba a través de una tarifa legal que no podía desconocerse; así, cualquier debate que se hiciera después de recaudas las pruebas por el juez era inservible o inútil (Bachmaier, 2009). Por lo anterior, era innecesario, vista la lógica que se daba en tal sistema, un debate entre dos partes pues lo único relevante era la obtención de elementos de prueba.

Para esta parte de la doctrina (González, 2001; Montero, 1994, 2006), los así denominados ‘sistemas procesales’ son sólo formas de explicar –sin el rigor y la precisión necesarias (Guerrero, 2006)– cómo en la evolución histórica del derecho penal existieron épocas en las que la aplicación de este derecho no era del resorte único del Estado, en otras se aplicaba por órganos diferentes a los jurisdiccionales e incluso por medios diferentes al proceso judicial. La supuesta diferencia entre proceso inquisitivo y proceso acusatorio es resultado de un evidente error conceptual (Montero, 2006, 2009), pues en la actualidad es evidente que el proceso inquisitivo (como concepto que engloba una realidad histórica ya superada) no es una opción ni válida (Bachmaier, 2009) ni constitucional (Gómez, 2007).

Bovino (1998), implícitamente, reconoce esta última interpretación respecto del proceso acusatorio, pues afirma que sólo un modelo de enjuiciamiento penal que reconozca y respete los principios básicos y garantías establecidas en el proceso acusatorio puede ser aceptado en un Estado de derecho, debido a las bases ideológicas establecidas en las constituciones políticas: para él, proceso acusatorio parece ser un sinónimo de proceso judicial con plenas garantías procesales y constitucionales, tal como lo reconoce Montero Aroca (1994, 2006, 2008, 2009).

Puede concluirse, en relación con la supuesta diferencia existente entre el proceso acusatorio y el inquisitivo, que tal diferencia no es más que:

[...] una falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde la misma ha podido concluirse que a un sistema de aplicación del Derecho penal tal y como antes hemos descrito puede llamársele procesal. Proceso inquisitivo es una *contradictio in terminis*, mientras que proceso acusatorio es un pleonismo; el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso (Montero, 2006, p. 623).

Del análisis emprendido se deduce con toda claridad que lo importante no son realmente las diferencias entre un sistema procesal y el otro, pues ello son cuestiones de interés histórico (Bachmaier, 2009); más allá de estas divergencias, son los principios y las reglas procesales concretas las que determinan cómo se configura un proceso penal (Montero, 1994). E incluso, como cuestión histórica, la dicotomía entre 'lo acusatorio' y 'lo inquisitivo' debe replantearse, pues los análisis mantenidos hoy generan errores conceptuales (Bachmaier, 2009), aportando rasgos incompletos en la estructura general de ambos sistemas procesales; no es posible deducir conclusiones claras y coherentes sobre la estructura y los presupuestos filosóficos y procesales de cada sistema (Guerrero, 2006).

¿Qué caracteriza al proceso acusatorio y, por ende, al principio acusatorio?

La definición de principio acusatorio lleva en sí misma la necesidad de acudir al sistema adversarial, o eso es lo que se ha entendido desde la perspectiva de Europa y América Latina a través de las reformas procesales mantenidas los últimos años (Carbonell y Ochoa, 2009; Gómez, 2007; Montañés, 2001). Sin embargo, ya se ha visto la confusión existente para definir el concepto de 'proceso acusatorio' y diferenciarlo de su contraparte, el 'proceso inquisitivo'. Se suma, además de estas dificultades, el hecho de que la doctrina norteamericana no hable propiamente del principio acusatorio (Cuéllar *et al*, 2004; Gómez, 2007). ¿Qué es, entonces, el principio acusatorio?

Gómez (2007) afirma que la doctrina norteamericana entiende por sistema adversarial el único "sistema procesal para la actuación del Derecho Penal sustantivo, que para el mundo civilizado debería ser el único en realidad posible en una democracia" (p. 83). Se trataría de un proceso penal que tiene incorporadas todas las garantías necesarias para la protección de las partes, garantizando así el llamado *due process of law* (Gómez, 2007 y Gómez, Esparza, Planchadell, Pérez, Beltrán y Gánem, 2013). Pero, inexplicablemente, tal doctrina no habla del principio acusatorio dentro de tales garantías, y no lo hace, pues no es necesario: dentro del proceso adversarial, y a través del *due process of law* y el *fairness* se establece todo el conjunto necesario de garantías procesales (Gómez, 2007; Gómez *et al*, 2013).

Así pues, el principio acusatorio parece estar ya incorporado dentro de las demás garantías procesales que se reconocen en el sistema adversarial y, con igual contenido, en el sistema continental (Fernández, 1990; Gómez, 2007). Si ello es así, el contenido del principio acusatorio ya estaría incorporado en otras garantías

procesales ya reconocidas por los sistemas procesales continentales y el problema sobre la definición de este concepto sería un asunto de designación o rotulo: “‘Adversarial system’ en los Estados Unidos de América es para mí también lo mismo que debe entenderse por ‘sistema acusatorio’ en España” (Gómez *et al*, 2013, p. 88).

Sin embargo, se ha pretendido afirmar que el principio acusatorio sólo puede deducirse o derivarse de un proceso acusatorio (Zamora-Pierce, 1993), con lo cual se evidencia la confusión ya señalada entre proceso acusatorio-adversarial y proceso inquisitivo-continental; si el concepto ‘proceso acusatorio’ equivale a un real proceso judicial –como lo entiende Montero (1994, 2006, 2008)–, es claro que sólo de un proceso judicial puede derivarse el principio acusatorio, no así de otros sistemas de actuación del derecho penal (Bachmaier, 2009; Pérez, 2001).

A pesar de que la tarea de precisar el alcance del principio acusatorio no es fácil, pues sus límites y su contenido específico se confunden con otros principios o garantías procesales (Montañés, 2001; Pérez, 2001), el principio acusatorio responde, o por lo menos debe hacerlo, a la forma como debe iniciarse un proceso judicial en materia penal y quién debe hacerlo, ello a través de la conformación de un órgano –necesariamente jurisdiccional– que sea un tercero imparcial (Montero, 2006). Si el debate es presupuesto lógico de un proceso judicial, este sólo puede existir a través de la participación de dos o más partes procesales enfrentadas a un órgano encargado de dirimir la discusión, esquema básico del cual surge el principio acusatorio (Briseño; Cuéllar *et al*, 2004).

De lo anterior queda claro que no puede confundirse, entonces, el llamado proceso acusatorio con el principio acusatorio, pese a las dificultades que puedan existir en precisar el contenido de este segundo concepto (Iñiguez, 2003; Pérez, 2001; Rodríguez, 2013), pues las palabras ‘sistema acusatorio’, ‘proceso acusatorio’ y ‘principio acusatorio’ “se están utilizando, primero, con muy distintos significados y, después, con falta de rigor técnico” (Montero, 2006, p. 917).

Siendo ambos conceptos diferentes (proceso acusatorio y principio acusatorio), uno debe ser más amplio que el otro (González, 2001; Pérez, 2001). Y ello es así por cuanto el sistema acusatorio contiene algunas características lógicamente necesarias [tal como lo afirmó Ferrajoli (1995)], dentro de las cuales se encuentran algunas exigencias derivadas del principio acusatorio; en el proceso acusatorio se da el principio acusatorio, pero éste no puede poseer todo el contenido asignado al primero (González, 2001; Pérez, 2001): “hay características que se predicen como propias del sistema acusatorio que no tienen nada que ver con el principio acusatorio entendido éste en sus justos términos” (González, 2001, p. 112).

Se afirma que la existencia del principio acusatorio está directamente relacionada con el reconocimiento en un sistema procesal, de la necesidad de imparcialidad judicial⁴ (Montero, 1994; Montero, Gómez y Barona, 2014; Pérez, 2001), entendida

⁴ La doctrina, en términos generales, utiliza los conceptos “imparcialidad judicial” e “independencia judicial” como sinónimos al momento de definir qué se entiende por

como aquella necesaria independencia de la función judicial de aquella otra función acusatoria en cabeza, también, del Estado (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992; Pérez, 2001; Rodríguez, 2013), siendo una de las manifestaciones más importantes del proceso debido (Esparza, 1994; Fernández, 1990; Guerrero, 2000).

El principio acusatorio presupone, con necesidad, que el ejercicio de las funciones de investigación, de procedimiento preliminar y de enjuiciamiento sea realizado por diferentes órganos (Armenta, 2004; Carbonell y Ochoa, 2009; Guerrero, 2000; Montero, 1994; Montero, Gómez y Barona, 2014); por ello, Montero (1994, p. 544) asevera que “el fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador, en cuanto requisito determinante de la misma existencia del proceso”. Del principio acusatorio surge, entonces, el debate entre dos partes dentro del proceso frente a un órgano de juzgamiento, a modo de un esquema trilateral (Bovino, 2005; Pérez, 2001).

Desde luego, existe una incompatibilidad entre la actividad de instruir (investigar los hechos presuntamente cometidos) y la actividad de juzgar (verificar tales hechos investigados, a efectos de tomar una decisión) (Bovino, 2005; Montero, 2006, 2008). El principio acusatorio se concretaría, entonces, en el ejercicio de las funciones de investigación y acusación por un sujeto diferente a aquel que realiza el juzgamiento (Armenta, 2004; Baumann, 1986; González, 2001; Guerrero, 2000; Moreno, Cortés y Gimeno, 2003; Rodríguez, 2013), aun cuando ambas funciones sean realizadas por órganos estatales (Bovino, 2005); el que juzga y el que acusa no deben ser, entonces, la misma persona (Bovino, 2005; Gómez, Planchadell, Pérez, Montoliu y Montesinos, 2010).

Y es que “la existencia de la acusación y el contenido de la misma no pueden provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador” (Montero, 1994, p. 538); por ello, es la parte acusadora la que determina el objeto del proceso sin injerencia alguna por parte del órgano juzgador (Cuéllar *et al*, 2004). Aquel órgano encargado de la función de acusar no puede ser quien, durante el proceso judicial, sea quien juzgue tal acusación (Armenta, 2004; Díaz, 2014; Molina, 2010); las funciones de acusación y de juzgamiento deben separarse, lo cual “no es algo propio de una clase de proceso (el llamado proceso acusatorio), sino que atiende a la esencia del proceso” (Montero, 2006, p. 932).

Con el principio acusatorio se evita, entonces, el peligro de que el juez sea parcial (Baumann, 1986). En últimas, se trataría de un principio judicial o de “conformidad orgánica” (principio instrumental (Bovino, 2005), más que de un principio procedimental (Montero, 1994); aunque se acepta su carácter procedimental en cuanto garantiza la imparcialidad del órgano juzgador en el caso concreto, atendidas las condiciones específicas del proceso y del acusado (Bovino, 2005; Montero, Gómez y Barona, 2014). A efectos de garantizar esta imparcialidad procesal entre el órgano de acusación y el órgano de juzgamiento, se debe respetar durante todo el

principio acusatorio (Bovino, 1998). Por ello, a lo largo de este artículo se utilizarán indistintamente tales expresiones.

procedimiento el esquema *actus trium personarum*, exigencia que separa al juez de las dos partes enfrentadas en el proceso (González, 2001; Pérez, 2001; Rodríguez, 2013); la imparcialidad del juez es consecuencia de su independencia de las partes y del objeto del proceso (Aguiló, 1997; Montero, Gómez y Barona, 2014). Pero, tal esquema (que parte de la existencia de tres extremos procesales) puede estar excluyendo al sistema adversarial norteamericano, al incluir al jurado dentro de la relación juez-acusador-acusado (Gómez, 2007).

Al evitar que el órgano juzgador asuma funciones de acusación dentro del proceso penal se garantiza que este no prejuzgue su sentencia así como la decisión final sobre la responsabilidad penal del acusado, con lo cual no asume una posición de parte procesal y garantiza la correcta apreciación de los elementos probatorios dentro del desarrollo del juicio oral (Pérez, 2001). Ferrajoli afirma, por ello, que la separación entre el juez y el órgano de acusador es el elemento constitutivo más importante del sistema acusatorio, elemento estructural y lógico (1995). Tal separación implica; por una parte, una condición especial de imparcialidad referida al juez en relación con las partes, garantía orgánica que lo caracteriza; por otra parte, establece la carga probatoria en cabeza de la acusación, garantía procesal del juicio (Ferrajoli, 1995).

La garantía orgánica a la que se refiere Ferrajoli parece exigir la existencia de un Estado de derecho cuyo sistema constitucional establezca la división de poderes y el reconocimiento de los derechos humanos del acusado, pues no de otra forma puede el Estado ser acusador y juzgador en un proceso judicial y considerar imparcial su participación realizando ambas funciones (Zamora-Pierce, 1993), ello entendiendo el principio acusatorio como un principio de conformidad orgánica (Montero, 1994).

La doctrina es casi unánime en afirmar que la imparcialidad del órgano juzgador se garantiza separando dicha función de la acusación, ello entendiendo la imparcialidad desde un sentido objetivo, como característica abstracta (Gómez, 2007; Montero, 1994; Montero, Gómez y Barona, 2014). Pero, la imparcialidad también puede entenderse desde una perspectiva subjetiva, en tanto que esta se vea afectada cuando la persona que debe decidir una controversia procesal conoce de manera previa el contenido de tal proceso; el juez debe ser ajeno al conflicto y a los hechos que conocerá a través del proceso penal (Gómez *et al* 2010), exigiendo, de quien juzgará al acusado la ausencia de prejuicios, parcialidades o prejuzgamientos en su contra (Bovino, 1998; Montero, Gómez y Barona, 2014).

A pesar de las anteriores consideraciones, Díaz (2014) afirma que el principio acusatorio no se caracteriza por la llamada imparcialidad judicial; por el contrario, asevera que tal imparcialidad se ha confundido con la neutralidad procesal, elemento que sí puede derivarse del principio acusatorio. El concepto del principio acusatorio se reduce, de esta forma, a contenidos estrictamente probatorios. Sin embargo, esta interpretación del asunto no sólo es incorrecta –como se verá a continuación– sino incluso aislada, pues la doctrina es unánime al reconocer que la imparcialidad judicial es un elemento derivado necesariamente de este principio.

Ahora bien, queda claro que el principio acusatorio es consecuencia de la necesaria imparcialidad del juzgador, siendo el primero fundamento-fin del segundo (Rodríguez, 2013). Pero, ¿cuál es el contenido de este principio acusatorio? Existen varios enfoques que responden, con diferentes rangos de amplitud, al contenido de este principio. Mientras alguna parte de la doctrina limita su alcance a cómo se determinan los hechos y las personas investigadas (Montero, 1994) a través de una distribución de roles y de las condiciones en las que se adelantará el enjuiciamiento penal, otra parte (Moreno, Cortés y Gimeno, 2003), amplía de manera considerable este enfoque.

Quienes amplían el alcance del principio acusatorio lo hacen a través de diferentes contenidos. Por una parte, se afirma que dentro del principio de acusación deben incluirse, además, el derecho de defensa del acusado, el derecho de contradicción (Carazo, 2014; Molina, 2010; Zamora-Pierce, 2009), e incluso la presunción de inocencia, el principio de doble instancia así como los principios de inmediatez, publicidad y la prohibición de *reformatio in peius* (Armenta, 2004; Montañés, 2001; Moreno, Cortés y Gimeno, 2003). La obligación de que la decisión final que resuelve el proceso penal sea consecuencia directa de las pruebas practicadas dentro del mismo proceso es una consecuencia adicional que se ha querido deducir del principio acusatorio (Bovino, 1998).

Frente a esta expansión del alcance del principio acusatorio, debe analizarse si en efecto tales elementos hacen parte de este concepto. Por una parte, se plantea que el principio acusatorio incorpora el principio de contradicción pues este último busca el equilibrio entre las partes procesales en igualdad de condiciones, con lo cual se estaría desarrollando la imparcialidad e independencia buscada por el principio acusatorio (Zamora-Pierce, 2009). Sin embargo, debe decirse que los derechos de defensa, de contradicción y de igualdad entre las partes son derechos que se derivan de las relaciones procesales surgidas entre las partes, no de la imparcialidad necesaria del ente juzgador (Gómez, 2007; González, 2001; Montero, 2006): “correctamente entendidos el principio acusatorio y el principio de contradicción es manifiesto que se refieren a aspectos muy distintos de la actuación del Derecho penal en el caso concreto; el primero atiende al juzgador, el segundo a las partes” (Montero, 2006, p. 933).

El principio acusatorio regula la relación acusador-juzgador; los principios y los derechos que surgen de las relaciones procesales entre las partes –como el derecho de contradicción, el derecho de defensa, el derecho de igualdad procesal– (Cuéllar *et al*, 2004) no se derivan ni directa ni indirectamente del principio acusatorio (Montero, 2006, 2008). Puede sentirse como un contrasentido, pero la expansión del concepto ‘principio acusatorio’ puede estar generando, en realidad, que este se vacíe de todo contenido (Montero, 2008, 2009). Se ha extendido de tal manera el alcance del principio acusatorio que, hoy, se ha convertido en un presupuesto básico del proceso penal (Montañés, 2001). Se trata, sin dudar, de una imprecisión conceptual (Montero, 2009).

A pesar de ello, se encuentran posiciones contrarias que afirman que tales presupuestos procesales tienen consecuencia directa en el principio acusatorio (Armenta, 2004; Bovino, 2001a), con lo cual, surge una gran disparidad de conceptos sobre el alcance preciso del principio acusatorio (Gómez, 2007). La jurisprudencia nacional (como se verá) e incluso la jurisprudencia constitucional española (Montañés, 2001; Pérez, 2001) toman partido por esta posición, incluyendo dentro del principio acusatorio toda este conjunto de garantías procesales.

Así pues, debe decirse que la incorporación de ciertos derechos o principios que surgen de las relaciones procesales entre las partes no pueden tener origen en el principio acusatorio, pues tales presupuestos no pueden surgir atendiendo el contenido mismo de este principio (Gómez, 2007; Pérez, 2001). Así lo expresa con claridad Montero (2006), quien afirma lo siguiente:

En los últimos tiempos hemos asistido a una gran confusión conceptual, con base en la cual todo el proceso penal se ha hecho depender de un llamado principio acusatorio, cuyos contornos no han quedado bien delimitados; se ha llegado así a decir, y por altas instancias jurisdiccionales, que es este principio el que provoca en el proceso la contradicción, o que es una amalgama en la que se mezclan todas las garantías del acusado en el proceso [...] (p. 939).

La incorporación del principio de contradicción, del principio de igualdad entre las partes y del principio de prohibición de *reformatio in peius* dentro del principio acusatorio puede ser una consecuencia de una confusión entre principio acusatorio y sistema acusatorio (Rodríguez, 2013). Debido proceso es un término más preciso para referirse a ese conjunto de garantías procesales diferentes a aquella reconocida por el principio acusatorio: la imparcialidad del órgano juzgador (Fernández, 1990; González, 2001; Pérez, 2001). Es un error atribuirle al principio acusatorio contenido del derecho de defensa o de contradicción (Bovino, 2005; Pérez, 2001), pues aún sin independencia entre las funciones de acusar y juzgar (sin imparcialidad judicial) puede respetársele al acusado, en un menor grado, un mínimo de defensa procesal (Bovino, 2005).

La misma crítica debe realizarse a aquellos intentos por incluir, como contenido del principio acusatorio, las garantías de publicidad que deben garantizársele al acusado –como el derecho de ser informado de la acusación– (Fernández, 1990), demostrando una confusión entre lo que es realmente acusatorio y lo que hace parte del núcleo de lo contradictorio (como principios diferentes); una cosa es la imparcialidad necesaria del órgano juzgador, y, otra muy diferente es la relación entre las partes procesales que debe respetar ciertos parámetros de lealtad e igualdad.

Incluso, se afirma que el principio acusatorio posee dentro del procedimiento penal una influencia considerable en la configuración de la prueba, de manera más precisa en la carga probatoria en cabeza del acusador (Ferrajoli, 1995)⁵. Esto

⁵ Ferrajoli (1995) asigna, como consecuencia de la separación entre juez y acusador, el establecimiento de una carga probatoria en cabeza de este último, garantía procesal del juicio.

último no deja de ser criticado por quienes entienden que todo el sistema de pruebas (legalidad, pertinencia, modos de incorporación, valoración, etc.) es un elemento propio del proceso que nada tienen que ver con la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento (Montero, 2008). Igual crítica puede hacerse a quienes consideran que el principio acusatorio incluye la obligación del juez de decidir atendiendo sólo las pruebas practicadas e incorporadas dentro del proceso (Bovino, 1998).

Pero, y si el órgano que juzga puede decretar pruebas de oficio, ¿tal situación no pone en entredicho la separación esperada entre acusación y juzgamiento y la consecuente imparcialidad? Escenarios como este son altamente discutibles, pues no es claro si realmente el principio acusatorio tiene incidencia directa o al menos indirecta (Gómez, 2007). Pareciera que tal situación no afecta la imparcialidad del ente juzgador –y con ella, el principio acusatorio– pues son muchos los procedimientos penales europeos que aceptan dicha situación sin que se entienda afectada la garantía constitucional de imparcialidad judicial (Gómez, 2004; González, 2001; Montero, 2008). Entender que la incorporación de pruebas de oficio por parte del órgano juzgador afecta el principio acusatorio es confundir este con el principio dispositivo dentro del proceso civil, pues una es la imparcialidad que se deriva del principio acusatorio y otra es la existencia de intereses privados y particulares, derivados del principio dispositivo en materia procesal civil (Pérez, 2001).

Sin embargo, no todos comparten dicha opinión pues se afirma, por una parte, que la asignación de facultades probatorias adicionales al órgano juzgador ampliaría el papel decisorio que, de manera estricta, tendrían en un sistema acusatorio (Bovino, 2001a; Díaz, 2014); por otra parte, surge de la separación entre la función de acusar y la función de juzgar la necesidad de que sea el acusador quien pruebe la responsabilidad penal de la persona investigada (Ferrajoli, 1995), con lo cual podría argumentarse que, en efecto, del principio acusatorio podrían derivarse consecuencias respecto de la carga probatoria dentro del proceso penal.

Sin embargo, puede afirmarse que la aportación o introducción de pruebas de manera oficiosa no afecta de manera directa la imparcialidad del juzgador (él continuará siendo imparcial frente a las pretensiones de ambas partes aún con la introducción de pruebas de oficio), razón por la cual dicha circunstancia no afectaría al principio acusatorio (Bovino, 2005; Gómez, 2004; Pérez, 2001), aunque se ha reconocido que tal principio si debe disminuir, en cierta forma, las facultades procesales del juez encargado de juzgar al acusado (Montero, Gómez y Barona, 2014)

Además, se habla de que el sistema de justicia negociada –conformidad con la pena y con la culpabilidad por parte del acusado– afectan de manera directa el principio acusatorio (Almeyra, 1997; Anitua, 2009; Bovino, 2001b); entender que la justicia negociada afecta dicho principio es la consecuencia de una confusión entre un sistema acusatorio formal y uno material, pues sólo en el segundo –el acusador es un particular con pleno poder respecto de la acción penal– es posible considerar que la conformidad de la pena entre el acusador y el acusado es algo coherente con tal sistema procesal (Bovino, 2001b).

Sin embargo, la fundamentación en este punto es superficial y no se logra precisar por qué figuras como el *plea bargaining* del sistema adversarial norteamericano afectan este principio, cuando al parecer tal sistema procesal puede caracterizarse como acusatorio. Incluso existe una doctrina que afirma todo lo contrario, estableciendo que el principio acusatorio en nada afecta la selección que haga el legislador respecto de la obligatoriedad de la persecución penal o el establecimiento de mecanismos de justicia negociada (Armenta, 2004); se llega, incluso, a afirmar que del modelo teórico acusatorio debe deducirse todo lo contrario, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal (Ferrajoli, 1995).

Baumann (1986), por su parte, afirma que del principio acusatorio se deriva la calidad de parte procesal del acusado, imposibilitando que sea considerado objeto del proceso: al existir una imparcialidad entre el órgano acusador y el órgano de juzgamiento, el acusado se erige en parte procesal junto al acusador. Sin embargo, la calidad de parte procesal del acusado surge –como lo dice Montero (2002, 2006)– de la existencia misma de un proceso judicial, no de la existencia del principio acusatorio. Este último punto es especialmente interesante, pues Gómez (2007 y 2013) asevera que el principio acusatorio pareciera derivarse –en el sistema adversarial– del *due process of law* y del *fairness*, con lo cual se concluye sin esfuerzos que el principio acusatorio se encuentra también en el proceso penal continental pues tales garantías también se encuentran allí reguladas (Fernández, 1990).

El principio acusatorio tendría, entonces, dos significados –según Gómez Colomer–: la exigencia de que todo proceso penal requiere la existencia de una acusación formulada por una persona diferente a quien asumirá funciones de juzgamiento, y la imposibilidad de alterar el objeto del proceso que se encuentra delimitado por la acusación hecha, en relación con los hechos y con las personas acusadas (2004).

Visto todo lo anterior, y tomando como punto de partida el hecho de que el principio acusatorio sólo presupone el requisito de imparcialidad del órgano juzgador (Bovino, 2005), es claro que la consagración de este principio en un proceso penal establece algunas garantías dentro del proceso que sólo pueden tener por objeto la protección de la imparcialidad del órgano juzgador (González, 2001); para el caso las siguientes:

En primer lugar, “no hay proceso sin acusación” (Pérez, 2001, p. 68). La existencia de un proceso penal presupone la existencia previa de una acusación (Baumann, 1986; Cuéllar *et al.*, 2004; Esparza, 1994; Gómez, 2004; Montañés, 2001; Montero, 2008; Moreno, Cortés y Gimeno, 2003; Pérez, 2001). Se menciona también, como presupuesto del principio acusatorio, la existencia previa de una acción (Armenta, 2004).

Además, en segundo lugar, “la acusación debe ejercitarse por un órgano distinto del que ha de juzgar” (Montañés, 2001, p. 1), en el entendido de que “el que instruye no debe juzgar” (Bovino, 1998, p. 54). La acusación (como requisito previo de existencia del proceso penal) debe surgir de un órgano diferente a aquel que debe juzgar el comportamiento (Carbonell y Ochoa, 2009; Díaz, 2014; Esparza, 1994;

Montañés, 2001; Moreno, Cortés y Gimeno, 2003; Pérez, 2001; Rodríguez, 2013). Frente a este punto, Montero (2008) aclara que es intrascendente si la función de acusar (o instruir) y aquella de juzgar correspondan, en ambos casos, a jueces pues en tal caso ambas funciones estarán asignadas a órganos diferentes, cumpliendo así con la separación de funciones pretendida por el principio acusatorio; la actividad de juzgamiento o de acusación puede ser desarrollada por jueces y cumplir, así mismo, con el principio acusatorio (Bachmaier, 2009).

En este punto surge una confusión, pues se afirma que si el órgano que instruye es el juez, se trata, con necesidad, de un proceso inquisitivo (Armenta, 2004), como lo entiende la doctrina norteamericana al momento de calificar los procedimientos penales europeos (Gómez *et al*, 2013). Con ello, se olvida que el principio acusatorio exige la separación de funciones dentro del proceso penal, no la imposibilidad de que el juez pueda instruir (Gómez, 2004; González, 2001; Montero, 2008): “Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio, en sentido europeo continental, son perfectamente compatibles” (Gómez, 2004, p. 3429).

En tercer lugar, la acusación es requisito de existencia del proceso penal, pero también límite estricto de la sentencia que lo resuelve, por cuanto la condena no puede superar los límites de la acusación formulada, ni respecto de los hechos ni de las personas acusadas (Armenta, 2004; Baumann, 1986; Esparza, 1994; Gómez, 2004; Montero, 2006; Ortells, 1993), ello pese a opinión en contrario (Pérez, 2001). Este límite entre la acusación y la sentencia que resuelve el proceso se ha denominado principio de congruencia (Moreno, Cortés y Gimeno, 2003). El acusador, entonces, fija el objeto preciso del proceso penal (Cuéllar *et al*, 2004; Montero, 2008).

Este principio de correlación entre la acusación y la sentencia (Montañés, 2001) debe analizarse desde su prohibición de exceso (el juez no puede excederse, en su decisión, respecto de lo solicitado por la parte acusadora), en el entendido que actuando de otra manera pondría en entredicho su imparcialidad (Carazo, 2014; Ortells, 1993), produciendo así una decisión sin acusación previa respecto de tales hechos o pretensiones (Montañés, 2001).

También, en cuarto lugar, el órgano que se encarga de juzgar dentro del proceso penal no puede tener poderes de dirección material que afecten su imparcialidad (Montero, 1994, 2006). De esta forma, el juez –como órgano juzgador– sólo puede tener facultades decisorias, generalmente pasivas dentro del debate procesal entre las partes (Bovino, 2005). Así mismo, en quinto lugar, el órgano que se encarga de acusar, dentro del proceso penal, debe tener la carga de la prueba respecto de la responsabilidad penal de la persona investigada (Ferrajoli, 1995).

Por el contrario, el principio acusatorio no incluye las siguientes consecuencias que han sido señaladas por la doctrina:

Primero, el principio acusatorio no puede incluir ni el derecho de contradicción, ni el derecho de defensa, ni mucho menos el derecho de igualdad entre las partes

(Bachmaier, 2009; Bovino, 2005; Gómez, 2007; Montero, 1994; Pérez, 2001), pues tales principios procesales se derivan de las relaciones procesales entre las partes, no de los nexos entre el acusado y el órgano de juzgamiento (Montero, 2006, 2008). Todo esto, a pesar de lo que puede afirmar parte de la doctrina (Armenta, 2004; Carazo, 2014).

Segunda: a pesar de que no es un punto claro, el principio acusatorio tampoco excluiría la posibilidad de que el juez (órgano de juzgamiento) pueda decretar pruebas de oficio (Gómez, 2007). Es un punto altamente controvertido por la doctrina (Bovino, 2001a; Díaz, 2014), pero se reconoce que tal facultad procesal no afecta la imparcialidad del juez (Bovino, 2005; Gómez, 2004; Montero, 2008; Pérez, 2001).

Tercera: el principio acusatorio tampoco incluye –o excluye– la posibilidad de una justicia negociada a través de figuras procesales de conformidad con la pena y la responsabilidad penal (Rodríguez, 2013); las figuras procesales de justicia negociada no afectan la imparcialidad del órgano de juzgamiento, son un asunto de obligatoriedad, o no, de la acción penal, elemento que no afecta las relaciones del órgano juzgador con las partes.

Cuarta: la obligación de que la decisión final que resuelve el proceso penal sea consecuencia directa de las pruebas practicadas dentro del mismo proceso no puede ser una consecuencia deducida del principio acusatorio, a pesar de las opiniones diversas (Bovino, 1998). Es claro que todo el sistema de pruebas (legalidad, pertinencia, modos de incorporación, valoración, etc.) es un elemento propio del proceso, que nada tiene que ver con la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento (Montero, 2008). De nuevo, existe una confusión y una expansión del alcance del principio acusatorio en este punto.

Así las cosas, para terminar este apartado puede decirse que el principio acusatorio puede ser calificado como ‘el principio de principios’ dentro del procedimiento penal, identificable con la esencia misma de un juez dentro de un Estado de derecho (Bovino, 2005). Ahora bien, establecido el alcance preciso del principio acusatorio, debe ahora analizarse si éste ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y bajo qué extensión.

El principio acusatorio en nuestro ordenamiento jurídico

Para poder hablar del principio acusatorio en nuestro ordenamiento jurídico, lo primero que debe definirse es su concepto, ¿qué se entiende en Colombia por principio acusatorio? El principio acusatorio ha sido calificado de diversas formas: se le ha definido como un principio fundamental del Estado de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia A-188A de 2005); se le ha otorgado el calificativo de ser la columna del “nuevo sistema de procesamiento [*sic*] penal” (Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 33.254 de 2013 y No. 29.053 de 2008); e incluso se ha llegado a mantener que es la piedra angular del juicio (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 34.370 de 2010).

La Corte Constitucional ha señalado que el principio acusatorio hace parte de los principios rectores de la administración de justicia (Sentencia C-540 de 2011). Pero, como puede verse, no se ha logrado concretar el concepto de este principio; no se sabe si es un elemento de un Estado de derecho, o un elemento del proceso, o una garantía procesal reconocida por el procedimiento penal. Incluso, se menciona y caracteriza el principio acusatorio sin siquiera definirlo (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2011), lo cual demuestra las dificultades teóricas existentes para identificar, con precisión, en qué consiste el principio acusatorio en nuestro país.

Las dificultades teóricas no se limitan a la definición del principio acusatorio, sino que estas también se ven al momento de especificar el alcance de este concepto. La jurisprudencia colombiana, cuando habla del principio acusatorio, ha afirmado que la existencia de un tercero imparcial, que dirima los conflictos, es una parte indisoluble de un orden justo y de un Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2008; Sentencia T-657 de 1998). Así, es claro que la primera consecuencia que deriva de la jurisprudencia del principio acusatorio es la necesaria imparcialidad judicial; del principio acusatorio se deriva la necesidad de separar el órgano que investiga y acusa de aquel otro que falla (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005; Sentencia C-762 de 2009; Sentencia C-025 de 2010; Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 26.087 de 2007 y No. 39.886 de 2013).

El principio acusatorio exige, entonces, una separación estricta entre los actos de investigación y acusación (todos ellos en cabeza de la Fiscalía General de la Nación) y el acto de juzgamiento (en cabeza del juez de conocimiento) (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 24.468 de 2006), llamando a dicha separación “la equidistancia del juez respecto de ambas partes” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 39.886 de 2013).

La separación de las funciones de investigación y acusación, en relación con aquellas otras de juzgamiento exige, además, no sólo la atribución de dichas actividades procesales a órganos diferentes (con lo cual se reconocería la imparcialidad objetiva), sino que también se excluiría la posibilidad de que el juez de conocimiento –quien conoce el proceso– tenga conocimiento previo de la acusación y de sus hechos (Corte Constitucional, sentencias C-545 de 2008 y C-540 de 2011), con lo cual se ha establecido una imposibilidad de que el juez de control de garantías que conoce el caso en la fase de investigación (a través del control constitucional de las actuaciones de investigación de la fiscalía) pueda ser a su vez el juez de conocimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009).

Es claro, entonces, para la jurisprudencia nacional que el órgano que instruye no juzga (Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2010), con lo cual el juez ya no se encarga de adelantar la investigación penal (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007), ello acorde con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. La jurisprudencia reconoce, sin duda, la necesidad de que las funciones de instrucción y de juzgamiento se hagan por separado, a través de órganos diferentes (Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008). Hasta este punto, puede

decirse que la interpretación realizada por la jurisprudencia nacional es correcta atendiendo el contenido asignado al principio acusatorio según la doctrina. Se ha afirmado que el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia reconoce, de manera directa, la independencia que debe existir entre la función de juzgamiento y la función de acusación, asignando esta última función a la Fiscalía General de la Nación, con lo cual se respeta –hasta este punto– el principio acusatorio (Guerrero, 2000).

Sin embargo, la jurisprudencia le ha dado un alcance más amplio al principio acusatorio en Colombia, asignándole algunas consecuencias procesales. Como ya vimos, algunas de esas consecuencias sí tienen una vinculación directa con este principio, otras no. Se ha afirmado, de un lado, que del principio acusatorio se deriva la existencia necesaria de una acusación para la existencia de un proceso (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 26.087 de 2007). Por ello, el juez no puede actuar si no existe una acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación (Corte Constitucional, Sentencia C-1149 de 2001; Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 26.309 de 2007; No. 34.370 de 2010; No. 36.907 de 2012 y No. 39.886 de 2013).

De otro lado, se ha derivado del principio acusatorio la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia (principio de congruencia) la cual surge de la vinculación judicial del juez al objeto del proceso (la acusación) (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005; Sentencia C-025 de 2010; Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 34.370 de 2010 y No. 36.907 de 2012). Además, la jurisprudencia señala que del principio acusatorio surge la carga de la prueba de la responsabilidad penal, recayendo esta en el acusador (Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007; Sentencia C-144 de 2010; Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 26.087 de 2007 y No. 39.886 de 2013).

Pese a la interpretación mantenida hasta el momento (congruente con lo sostenido en este texto), la jurisprudencia incurre en el mismo yerro que alguna parte de la doctrina: expande el concepto del principio acusatorio, con lo cual una serie de garantías procesales, que nada tienen que ver con este, terminan derivando de su contenido. En este sentido, la Corte Constitucional ha incluido, dentro de las consecuencias procesales que se derivan del principio acusatorio, el principio de contradicción: “el principio acusatorio marca la pauta en la distribuciones de roles en el proceso penal” (Sentencia T-533 de 2001). En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Sentencias No. 24.468 de 2006 y No. 39.886 de 2013), ha afirmado que la igualdad de armas, como elemento del derecho de contradicción surge del principio acusatorio.

Se ha afirmado, de igual forma, que el derecho de defensa es una consecuencia del principio acusatorio (Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 24.468 de 2006 y No. 34.370 de 2010). La prohibición de actividad probatoria respecto de juez de conocimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005) y, en general, la pérdida de toda iniciativa probatoria (Corte Constitucional, sentencias C-144 de 2010 y C-396 de 2007) y todo impulso probatorio oficioso por parte del órgano

juzgador (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 29.415 de 2009) es una consecuencia probatoria y procesal derivada del principio acusatorio. Incluso, la jurisprudencia incluye dentro de los contenidos probatorios del principio acusatorio tanto el principio de intermediación procesal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 39.886 2013) como el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010; Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 26.087 de 2007; No. 26.309 de 2007 y No. 34.370 de 2010).

Dentro de esta interpretación incorrecta del principio acusatorio se pueden incluir las decisiones que derivan de este principio: la prohibición de la *reformatio in pejus* (Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 2001; Sentencia C-591 de 2005; Sentencia C-025 de 2010; Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 26.087 de 2007). Incluso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Sentencia No. 29.053 de 2008), ha incluido dentro del principio acusatorio la posibilidad de establecer mecanismos de justicia negociada –específicamente, las figuras de allanamiento a cargos y la celebración de acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía–, demostrando así una confusión entre el principio acusatorio y el sistema adversarial norteamericano.

Las confusiones no se limitan a la jurisprudencia, pues la doctrina nacional también incluye dentro del principio acusatorio la prohibición por parte del juez de decretar pruebas de oficio y la prohibición de la *reformatio in pejus* (Díaz, 2014). Guerrero (2000) ha aseverado, por ejemplo, que en el proceso contemplado por la Ley 600 del 2000 se reconoce de manera directa el principio acusatorio en sus artículos 440, 441 y 442 cuando establece las formas de notificación, los requisitos sustanciales y las solemnidades de la resolución de acusación, marco general en el que deberá tramitarse el juicio, con lo cual parece incluir como consecuencias procesales, derivadas de este principio, la notificación de la acusación y los requisitos formales y materiales de esta, elementos que no hacen parte del principio acusatorio, tal como ya se analizó.

Parece que la jurisprudencia nacional incurre en la misma confusión demostrada en el punto en cuestión, respecto del real alcance del principio acusatorio; se le da, pues, un contenido y un desarrollo que no correspondería, en principio, con su real sentido, consecuencia de una confusión respecto del concepto acusatorio (Guerrero, 2000; Montero, 2006). En la misma confusión incurre no sólo la jurisprudencia nacional sino incluso la española (González, 2001; Montañés, 2001; Pérez, 2001), demostrando el estado caótico de la discusión y la incertidumbre respecto del concepto y el alcance específico del principio acusatorio.

¿La existencia de un principio acusatorio es una necesidad procesal para la constitucionalidad del proceso penal en Colombia?

Ahora bien, visto el contenido y el alcance dado al principio acusatorio, se debe responder el problema jurídico planteado al inicio de este texto: ¿la existencia de un principio acusatorio es una necesidad procesal para la constitucionalidad del proceso penal en Colombia? A tales efectos, el análisis de constitucionalidad se hará atendiendo lo contemplado por la Constitución Política de Colombia de 1991,

así como por todos los tratados e instrumentos internacionales que puedan hacer parte del bloque de constitucionalidad (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948, 1976; Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969), pues sólo así podrá concluirse si, en efecto, el principio acusatorio es un presupuesto constitucional necesario dentro del proceso penal colombiano. De igual forma, el análisis emprendido se limitará a aquellas consecuencias procesales que sí se derivan del principio acusatorio; aquellas otras que no lo hacen, y que han sido interpretadas incorrectamente por la jurisprudencia nacional y por la doctrina –nacional y extranjera– no serán objeto de análisis.

La consagración de la imparcialidad judicial como un presupuesto necesario del proceso penal en la Constitución Política no es expresa, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional (Sentencia C-396 de 2007). Lo que sí ha determinado el Tribunal Constitucional (Sentencia T-319A de 2012) son las disposiciones constitucionales de las cuales se deriva la imparcialidad judicial como un ‘principio iusfundamental’; en efecto:

En primer lugar, el debido proceso, derecho fundamental contemplado por el artículo 29 de la Constitución Política (Corte Constitucional, sentencias T-176 de 2008; C-545 de 2008; C-540 de 2011 y T-319A de 2012 y Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 34.370 de 2010). En segundo lugar, la independencia de las decisiones de la administración de justicia, conforme el artículo 228 del texto superior. (Corte Constitucional, sentencias A-039 de 2010 y T-319A de 2012).

En segundo lugar, en el artículo 230 de la Constitución Política, cuando se establece que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley (Corte Constitucional, Sentencia T-319A de 2012). También, en tercer lugar, se ha reconocido la constitucionalidad de la imparcialidad judicial a través de la protección de la igualdad material ante la ley, principio reconocido por el artículo 13 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996; Sentencia C-540 de 2011).

La consagración constitucional de la imparcialidad judicial (como elemento que se deriva del principio acusatorio) no es directa, pero diversas disposiciones del texto constitucional reconocen su importancia. Pero, si hablamos de principio acusatorio como reconocimiento de la imparcialidad que debe tener el órgano de juzgamiento, todos los instrumentos internacionales reconocen, de manera clara y directa, dicha imparcialidad como componente del derecho a un justo proceso. El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969), con lo cual es claro que el principio acusatorio es reconocido por este instrumento internacional (Bovino, 1998).

De igual forma, el artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que toda persona humana tiene derecho a ser oída por un tribunal independiente e imparcial (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948); en igual sentido, el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y

Políticos establece que toda persona tiene el derecho de ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1976). La Corte Constitucional ha afirmado que la imparcialidad judicial se reconoce directamente a través del bloque de constitucionalidad por medio de las disposiciones mencionadas (Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2008; Sentencia C-545 de 2008; Sentencia A-039 de 2010; Sentencia C-540 de 2011).

La incorporación de la imparcialidad judicial como componente del debido proceso y, por lo tanto, su carácter de presupuesto constitucional ha sido reconocida no sólo por la Corte Constitucional sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, la Corte ha afirmado que la imparcialidad judicial es un elemento o garantía fundamental del derecho al debido proceso (Castillo Petruzzi *vs.* Perú, 1999; Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, 2004), elemento que debe asegurar la objetividad del órgano juzgador, generando confianza entre las partes (Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, 2004). De tal forma, el juez (como órgano juzgador) no puede tener ningún interés o posición previa a la presentación de la controversia judicial (Iribarne *vs.* Chile, 2005; Barreto Leiva *vs.* Venezuela, 2009).

Así las cosas, nos encontramos frente a un escenario claro. No sólo la Constitución Política reconoce la existencia necesaria de un juez imparcial, sino también los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, con lo cual puede afirmarse que el principio acusatorio es una garantía esencial de todo Estado de derecho (Bovino, 1998).

Conclusión

No puede discutirse, visto todo lo anterior, la existencia de una confusión teórica respecto de los conceptos acusatorio e inquisitivo; y con ello, del concepto de principio acusatorio (Bachmaier, 2009). Pese a que es reiterada la doctrina que afirma la validez y la conveniencia de tal dicotomía (Anitua, 2009; Armenta, 2004; Bovino, 1997, 2001a; Carbonell y Ochoa, 2009; Damaska, 1998; Iñiguez, 2003; Langer, 2001), en realidad se trata de una discusión estéril, inútil e incluso ampliamente contradictoria (Schünemann, 2007); parece que cada autor tiene un concepto diferente de aquello que entiende por acusatorio, por lo cual concluye de manera diferente a los demás.

Además, la dicotomía planteada entre lo acusatorio y lo inquisitivo incurre en incoherencias lógicas que afectan la comprensión de dichos conceptos que obedecen a los diversos sentidos en lo que se manejan estos conceptos (Langer, 2001), pues ellos son analizados desde perspectivas históricas (lo que fue el sistema acusatorio o inquisitivo en el pasado), valorativas (lo que debería ser el sistema acusatorio o inquisitivo como sistema procesal), ideales (el modelo ideal de sistema acusatorio o inquisitivo según una valoración personal), e incluso normativas (si alguna figura procesal se adecua –acusativa– o no –inquisitiva– con el marco constitucional de un Estado) (Langer, 2001).

La comprensión de ‘lo acusatorio’, desde una perspectiva histórica, tiene aún hoy día un significado teórico en la medida en que describe el desarrollo evolutivo del proceso penal (o más específicamente, de las formas de actuación del derecho penal), dentro de la historia de la cultura jurídica occidental. Pero, actualmente no es conveniente analizar el concepto acusatorio desde una perspectiva normativa o valorativa (Langer, 2001).

En fin, si se entiende que el principio acusatorio exige –o, mejor, garantiza– que el órgano acusador sea diferente al órgano juzgador, y sólo eso, puede afirmarse que en efecto todo proceso penal debe ser acusatorio (Montero, 2008). Y tal vez a la misma conclusión llega la doctrina norteamericana respecto del sistema adversarial, pues ellos entienden que sólo su sistema puede ser aceptado en una democracia y en un Estado de derecho (Gómez, 2007; Gómez *et al*, 2013), procedimiento penal que se identifica –entre otros elementos– por la separación de las funciones de acusación y de juzgamiento, desarrolladas por órganos diferentes, todo ello a través del *due process of law* (Gómez, 2007; Gómez *et al*, 2013). Este mismo conjunto de garantías procesales incluye, también, el proceso penal continental a través de las figuras del debido proceso legal (Gómez *et al*, 2013), con lo cual cambian los nombres de los conceptos, pero parece que la conclusión es la misma: ambos procedimientos penales son procesos judiciales en la medida en que tienen separadas esas funciones (acusar y juzgar); si no fuera así, ni siquiera podríamos hablar de procedimiento judicial.

El llamado principio acusatorio pareciera ser, entonces, un mero “eslogan político” (Montero, 2008, p. 27), “comodín” (González, 2001, p. 113) o “bandera” (Bachmaier, 2009, p. 173), con lo cual ‘lo acusatorio’ (como elemento valorativo) incorpora todo aquello que garantice las mayores garantías procesales (Bachmaier, 2009), siendo así el medio que puede lograr todos los fines buscados por el legislador con las reformas legislativas incorporadas a los procedimientos judiciales nacionales (Carbonell y Ochoa, 2009; González, 2001); se entiende que sólo es posible un proceso acusatorio en un Estado de derecho, rechazando cualquier figura que pueda ser calificable como inquisitivo (Carbonell y Ochoa, 2009; Molina, 2010). Por ello:

Se ha hablado y se sigue hablando del “debido proceso”, del “proceso justo”, de “proceso acusatorio” e incluso de “sistema acusatorio”, expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: el Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: El Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso [...] (Montero, 2006, p. 296).

Si es verdad que el concepto ‘proceso acusatorio’ es una confusión con la cual sólo se quiere señalar la necesidad de que el Derecho penal sea aplicado mediante un proceso judicial (González, 2001; Montero, 1994, 2006, 2008, 2009), es claro que esta es una exigencia de cualquier Estado de derecho (Bovino, 2005; Molina, 2010); el derecho penal sólo puede aplicarse mediante un proceso judicial

que cumpla con las garantías procesales establecidas por la Constitución y la ley (Gómez, 2003), con lo cual proceso judicial y principio acusatorio parecen ser y exigir lo mismo (González, 2001).

Así, si el principio acusatorio exige la separación entre la función de acusación y de juzgamiento, tal requisito de imparcialidad es deducido de la Constitución Política (de manera indirecta) a través de los artículos 13, 29, 230 y 228 acorde con lo establecido por la propia Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2008; Sentencia C-540 de 2011). Además, su consagración constitucional es directa a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93 del texto superior), a través del artículo 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969), del artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948), y del artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1976).

Es claro, por lo tanto, que el principio acusatorio sí es un presupuesto constitucional necesario del procedimiento penal en Colombia, acorde con el contenido asignado al principio en este texto, y de la interpretación realizada por parte de la Corte Constitucional. Se deben, pues, repetir las palabras de Bachmaier (2009, p. 175) frente a la dicotomía entre ‘lo acusatorio’ y ‘lo inquisitivo’:

El debate actual no puede definirse ya en términos de “acusatorio” frente a “inquisitivo”, ni tampoco puede anclarse en la defensa del acusatorio, pues ello no contribuye a identificar con precisión cada uno de los problemas que afectan a la justicia penal. Toda reflexión sobre el proceso penal ha de realizarse primordialmente desde el enfoque de los derechos fundamentales y del contrapeso de poderes, sin olvidar el elemento de la eficacia [...].

Referencias

- Acto Legislativo 03 del 2002. Por el cual se reforma la Constitución Política Nacional. Diario Oficial N° 45.040. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.
- Aguiló, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, (6), 71-79.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1992). Preocupaciones y directivas fundamentales del derecho procesal contemporáneo. En N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (Tomo II, pp. 113-137). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Almeyra, M. Á. (1997). ¿Juicio abreviado o la vuelta al inquisitivo? Revista suplemento de jurisprudencia penal. *La Ley*, 357-380.

- Anitua, G. I. (2009). *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*. Cátedra Hendler, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- Armenta, T. (2004). Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos. *Criminalia: revista de las ciencias penales*, (1), 253-269.
- Barreto Leiva vs. Venezuela (2009). Serie C No. 206. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Bachmaier, L. (2009). Sistemas procesales: La hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (24), 172-198. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968008>
- Baumann, J. (1986). *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (Trad. C. Finzi). Buenos Aires: Depalma.
- Bovino, A. (1997). La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Revista Pena y Estado*, (2), 13-84.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Argentina: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (2001a). Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, (19), 4-15.
- Bovino, A. (2001b). Procedimiento abreviado y juicio por jurados. En J. Maier, & A. Bovino, *El procedimiento abreviado* (pp. 51-96). Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Bovino, A. (2005). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Briseño, H. (1970). El Principio Acusatorio en el Proceso Penal. *Jurídica-Anuario*, (2), 47-108. Recuperado de <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=2>
- Carazo, M. J. (2014). Apuntes jurisprudenciales sobre el principio acusatorio y su aplicación por el tribunal constitucional y el tribunal europeo de derechos humanos. *Revista de Estudios Jurídicos*, (14), 1-12.
- Carbonell, M., y Ochoa, E. (2009). El derecho comparado frente a las reformas legislativas. El caso de Chile. *Revista de Derecho*, (32), 271-305.
- Castillo Petruzzi vs. Perú (1999). Serie C No. 59. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.

- Cuéllar, R., Ferrera, D., López, E., Gómez, J-L., y Fernández, J. (2004). *Derecho procesal penal de Honduras: manual teórico-práctico*. Tegucigalpa, Honduras: Corte Suprema de Justicia.
- Damaska, M. (1998). *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*. En Reformas a la justicia penal en las Américas (pp. 12-21). Memorias de la primera conferencia organizada por DPLF. Washington, D.C.: DPLF.
- Díaz, A. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Cuadernos de Derecho Penal*, (11), 35-87.
- Esparza, I. (1994). *El principio del debido proceso* (Tesis doctoral). Universidad Jaume I de Castellón. Castellón de la Plana, España.
- Fernández, R. (1990). Garantías constitucionales del proceso penal. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (6), 57-108.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gómez, J-L. (2003). La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional. *Revista Penal*, (12), 72-97.
- Gómez, J-L. (2004). Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad. *Estudios Jurídicos*, 3416-3442.
- Gómez, J-L. (2007). Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo. *Revista Penal*, (20), 74-88.
- Gómez, J-L., Esparza, I., Planchadell, A., Pérez, M. Á., Beltrán, A., y Gánem, E. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J-L., Planchadell, A., Pérez, M. Á., Montoliu, B., y Montesinos, A. (2010). *Introducción al Derecho Procesal. Parte General del Derecho Jurisdiccional*. España: Universidad Jaume I de Castellón.
- González, A. (2001). *Correlación entre acusación y sentencia penal*. Tenerife: Universidad de La Laguna.
- Guerrero, Ó. (2000). Colombia. En J. Maier, K. Ambos, & J. Woischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina* (pp. 197-267). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Guerrero, Ó. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (Tomo II, pp. 1047-1069). Uruguay.

- Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004). Serie C No. 107. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Iñiguez, P. (2003). *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. En J. Maier, & A. Bovino, *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la República de Colombia, Agosto de 2004.
- Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal argentino* (Tomo I. Vol. b). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Maier, J. (2001). Entre la inquisición y la composición. En L. A. Arroyo Zapatero, & I. B. Gómez de la Torre, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memoriam"* (Vol. 2, pp. 801-814). España: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.
- Molina, R. (2010). *La conformidad en el proceso penal*. España: Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal y Procesal. Universidad de Sevilla.
- Montañés, M. (2001). Las garantías constitucionales del proceso penal: El principio acusatorio. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (1), 1965-2002.
- Montañez, J. (2013). Las negociaciones en el proceso penal: del procedimiento inquisitivo a la prisionización masiva. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 34, (97), 65-83.
- Montero, J. (1994). La garantía procesal penal y el principio acusatorio. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (1), 973-984.
- Montero, J. (2006). El significado actual del llamado principio acusatorio. En J. L. Gómez *et al*, *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio* (pp. 311 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (2008). Principio acusatorio y prueba. En J. L. Gómez *et al*, *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (2009). *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thompson Civitas.
- Montero, J., Gómez, J. L., y Barona, S. (2014). *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (22 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno, V., Cortés, V., y Gimeno, V. (2003). *Introducción al derecho procesal* (4ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Paris. Recuperado de <https://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm/>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Pacto de San José de Costa Rica*. Costa Rica. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Ortells, M. (1993). Revisión crítica de las nuevas tendencias sobre correlación entre acusación y sentencia en derecho español, con un breve epílogo sobre el derecho mexicano y el código procesal penal modelo para iberoamérica. *Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, (87), 435-473.
- Parabana Iribarne vs. Chile (2005). Serie C No. 135. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Pérez, M. (2001). Problemas que plantea el acusatorio en el actual proceso penal. *Colegio de Abogados de la Región de Murcia*, (30), 49-90.
- Rodríguez, M. (2013). Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 643-686.
- Schünemann, B. (2007). Sistema penal acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista Iusta*, (27), 111-125.
- Sentencia C-037 (1996, febrero 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1149 (2001, octubre 31). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional.
- Sentencia A-188A (2005, septiembre 8). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-396 (2007, mayo 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia C-545 (2008, mayo 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.

- Sentencia C-762 (2009, octubre 29). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sentencia A-039 (2010, febrero 22). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia C-025 (2010, enero 27). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sentencia C-371 (2011, mayo 11). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia C-540 (2011, julio 6). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Sentencia 24.468 (2006, marzo 30). Casación. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 26.087 (2007, febrero 28). Casación. M.P. Marina Pulido de Barón. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 26.309 (2007, abril 25). Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29.053 (2008, noviembre 5). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29.415 (2009, febrero 4). Casación. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 34.370 (2010, diciembre 13). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36.907 (2012, febrero 1). Casación. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 39.886 (2013, octubre 13). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33.254 (2013, febrero 27). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia T-176 (2008, febrero 21). Acción de tutela. M.P. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional.
- Sentencia T-319A (2012, mayo 3). Acción de tutela. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.

Sentencia T-533 (2001, mayo 21). Acción de tutela. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional.

Sentencia T-657 (1998, noviembre 11). Acción de tutela. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Zamora, J. (1993). El principio acusatorio. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (14-15), 75-84.

Zamora, J. (2009). Justicia alternativa en materia penal. *Themis*, 117-157.

Zepeda, G. (2005). Algunas modalidades del principio de oportunidad en las reformas penales de América Latina: Lecciones prácticas para México. En S. García Ramírez, *Derecho Penal, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 251-283). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

III

Jurisprudencia

JUEZ Y PARTE: SOBRE EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ Y SU USO PARA FUNDAMENTAR LA DECISIÓN JUDICIAL.

‘La justicia es una cosa muy seria; pero precisamente por ello no es necesario, señor juez, que usted, desde su asiento, me frunza con fiereza el entrecejo’.

(Piero Calamandrei)

Juan Sebastián Calderón B.

Felipe Gonzalo Jiménez M.

Apartes de la sentencia

República de Colombia

Rama Judicial

Tribunal Superior

Distrito Judicial de Bogotá

Sala penal

Magistrado ponente: Orlando Muñoz Neira

Radicación: 110016000049200708857 01

Procedencia: Juzgado 23° Penal Municipal de Conocimiento.

Acusados: JPVB

JGLF

HRM

Delito: Lesiones personales culposas

Motivo: Apelación sentencia condenatoria.

Decisión: Confirma

Aprobado: Acta No. 071 del 7 de julio de 2015

Fecha de lectura: 9 de julio de 2015. Hora: 11:00 a.m

Asunto

El propósito de esta providencia es decidir el recurso de apelación interpuesto por los abogados defensores contra la sentencia del 6 de mayo de 2015, por medio de la cual el Juzgado 23 Penal Municipal con función de conocimiento de esta ciudad capital, condenó a los médicos JPVB, JGLF y HRM, a la pena principal de diecinueve (19) meses y seis (6) días de prisión y multa de seis punto seiscientos sesenta y seis (6.666) salarios mínimos mensuales, al hallarlos penalmente responsables del delito de lesiones personales culposas.

El proyecto inicial, presentado por el magistrado Hermens Darío Lara, fue derrotado y por tanto la decisión aquí contenida corresponde al criterio de la sala mayoritaria.

1. Hechos

Hace ocho años, en el 2007, el niño DSMR, para entonces de tres años, sufrió dos accidentes en los cuales su testículo izquierdo resultó golpeado. Uno fue el 19 de julio. La madre del menor, NYRB, lo llevó a diversos centros médicos, hasta que el 23 de julio fue atendido en el Hospital San José por la pediatra NV, quien, de inmediato, ordenó una ecografía escrotal, y una revisión de esta por el urólogo AN, quien descartó que existiera una torsión testicular, y dispuso una nueva cita, al día siguiente en horas de la mañana.

El jueves 11 de octubre, de nuevo el infante DSMR se golpeó el mismo testículo izquierdo. Doña NY solicitó una cita prioritaria y la obtuvo en la Cruz Roja de la Avenida 68. El niño tenía inflamado el testículo. Allí la atendió la médica general JPVB, quien ordenó una ecografía y tras mirar los testículos del niño, le dio de alta, no sin antes recetarle Ibuprofeno, y sugerir una cita con pediatría. Doña NY llamó a Compensar, su EPS, y pidió la cita pediátrica que la doctora VB le había recomendado. Sin embargo, en Compensar no le dieron cita alguna, pues la doctora VB no había emitido orden escrita.

Ese jueves, el niño siguió empeorando y no paraba de quejarse. Entonces, la señora NY se acordó de que en el incidente de julio había recibido una muy buena atención en el Hospital San José, y partió allí con el padre del niño. Sin embargo, la médica que los había atendido en julio no estaba trabajando esa noche; en cambio, fueron recibidos por el pediatra de turno, JGFL. Este revisó al niño y observó la ecografía tomada en la mañana, pero fuera de hacer un examen físico, no ordenó ningún otro examen. Como la madre había escuchado, en el accidente de julio, el riesgo de la torsión testicular, le preguntó por ello al doctor FL, pero este le respondió: "Si usted es médico, ¿para qué me lo trae?". Dispuso entonces que el niño continuara con Ibuprofeno y le dio una cita para consulta externa de urología pediátrica, pero sin carácter prioritario.

La salud del niño no paraba de desmejorar. Entonces, la señora RB obtuvo, para la tarde del viernes 12 de octubre, una cita en una IPS de Compensar, ubicada en el barrio Villa Luz de esta ciudad capital. Para entonces, el testículo del niño, de lo inflamado que estaba, parecía una ciruela. La cita era a las dos de la tarde, y una hora después fue atendida por el pediatra HRM. Este lo revisó, pero igual no le ordenó examen alguno, sino que le cambió de medicamento: de Ibuprofeno a Naxopreno. Esto último, al parecer, es más fuerte contra el dolor. El médico RM, sin embargo, notó una afectación en el pecho del párvulo, y ordenó unas terapias respiratorias.

Al día siguiente, sábado 13 de octubre, doña NY llevó al niño a la terapia respiratoria a la Clínica San Rafael. En medio de la terapia, la madre rompió en llanto por el dolor testicular de su hijo; entonces, al ver el drama, la terapeuta contactó a la pediatra AXD,

quien tras observar al menor dispuso intervenirlos quirúrgicamente de inmediato pues sospechaba una torsión testicular. La exploración quirúrgica confirmó sus sospechas: el testículo izquierdo se había torcido, mas para entonces ya era demasiado tarde: el testículo había muerto por falta de irrigación sanguínea.

2. Sentencia apelada

3.1. Mediante fallo proferido el 6 de mayo de 2015, el juzgado de conocimiento condenó a los tres acusados a la pena principal de diecinueve (19) meses y seis (6) días de prisión, multa equivalente a 6.666 salarios mínimos mensuales, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y para el ejercicio de la profesión médica por seis (6) meses, al hallarlos penalmente responsables del delito de lesiones personales culposas.

En la misma, se concedió la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos (2) años.

3.2. Luego de hacer un recuento respecto de la actividad de práctica médica riesgosa y el riesgo permitido en ella, aseguró que el deber objetivo en esta profesión se circunscribe a la “observancia de los protocolos médicos que orientan la atención de un paciente de acuerdo a su estado de salud, que constituye la guía de una práctica médica adecuada y aconsejable, para el tratamiento de un enfermedad determinada”¹.

Con fundamento en lo anterior, entró a valorar el peritaje rendido por la doctora LTP, para señalar que, si bien en este se asegura que existieron deficiencias en la atención médica recibida por el menor DSMR., lo cierto es que no cuenta con la fuerza probatoria suficiente para considerar demostrada la tipicidad de la conducta, por tres motivos principales: i) la falta de idoneidad de la perito al no ser uróloga o cirujano pediatra; ii) la referencia que hizo a una junta institucional sin dar mayores detalles al respecto; y iii) haberse sustentado en una consulta vía telefónica con un especialista, sin que le fuesen remitidos los soportes mínimos para emitir un concepto científico confiable.

3.3. Dicho esto, y luego de precisar que en Colombia no existe un protocolo oficial sobre atención de pacientes con diagnóstico de escroto agudo, informó que el despacho, tras realizar una ardua tarea académica, encontró un protocolo de abordaje diagnóstico del escroto agudo en niños y adolescentes, emitido por el Gobierno Federal de México y conocido con el código IMSS 229-10, documento en el cual se precisa que el tratamiento a este tipo de pacientes debe realizarse mediante atención quirúrgica inmediata.

Así las cosas, agregó, lo mínimo que se podía exigir a los procesados en su calidad de médicos tratantes, es que, una vez determinado el trauma testicular, se remitiese de inmediato a un especialista en urología o cirugía pediatra, quien a su vez debía adelantar la atención quirúrgica necesaria para establecer la condición real del menor, y así detectar la existencia de torsión testicular en lugar de la epididimitis inflamatoria que le fue finalmente diagnosticada.

Concluyó, entonces, que “existió por parte de los procesados una infracción al deber objetivo de cuidado, al desconocer que el diagnóstico de escroto agudo en un niño de tres años, constituye frente a la buena práctica médica una urgencia quirúrgica, lo que motivaba por sí solo la remisión inmediata al menor al cirujano pediatra o al urólogo”².

¹ Fl. 61 ibídem.

² Fl. 58 ibídem.

3.4. En cuanto a los testigos de la defensa, quienes aseguran que la atención de los médicos aquí investigados fue correcta y acorde con los síntomas que presentaba el menor al momento de la consulta, consideró que los mismos no desvirtúan la responsabilidad penal de los implicados habida cuenta de que, tal y como se establece en el protocolo traído a colación por el juzgado, la atención de un diagnóstico de escroto agudo en niños, sin importar los síntomas que presente, siempre es de urgencia quirúrgica.

Inconforme con la decisión, los abogados de cada uno de los tres acusados, por separado, interpusieron recursos de apelación.

[...]

5. Consideraciones

5.1. Culpa médica en el ámbito penal

5.1.1. La responsabilidad médica, en nuestro derecho, es de diferentes clases: la hay de tipo ético, que es definida por pares de los galenos a través del Tribunal de Ética Médica³; también puede darse una responsabilidad civil por daños, y la responsabilidad penal, sin perder de vista que, en el caso de entidades oficiales prestadoras de servicios de salud, también puede existir una responsabilidad de tipo contencioso-administrativo. A ello hay que sumar controles ejercidos por órganos territoriales de salud en materia de habilitación⁴, y posibilidades de vigilancia y control que sobre determinadas entidades de seguridad social en salud ejerce la Superintendencia Nacional de Salud⁵.

En otras palabras, ante un mal servicio de salud, no es la llamada jurisdicción penal la única llamada a regular el caso, y tal vez no sea la más eficiente a la hora de que la satisfacción de los derechos del paciente tenga plena vigencia. Así, para citar un solo ejemplo, en materia civil, los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales permiten hoy la estructuración de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad “objetiva” (*Responsabilità Oggetiva*, *Responsabilité objective*, *Strict liability*, *Objektive Haftung*, *Gefährdungshaftung*), por oposición a la “subjetiva” describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, *verbi gratia*, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo⁶.

5.1.2. Pero quien escoge el sendero penal como vía procesal para lograr la reparación de un daño médico, no puede aspirar, ni a un régimen de responsabilidad objetiva como en civil, ni mucho menos a uno donde probatoriamente la carga favorezca a la víctima. Todo lo contrario: el proceso comienza y avanza con una presunción de inocencia, que no significa otra cosa que, desde el punto de vista probatorio, el camino procesal inicia a favor de los acusados. Esto no significa que, de acreditarse la responsabilidad penal, la víctima quede

³ Ley 23 de 1981.

⁴ Ley 715 de 2001, art. 56 y decreto 1011 de 2006, entre otros.

⁵ Ley 15 de 1989, y ley 1122 de 2007, entre otras.

⁶ CSJ. Sala Civil. Ago. 24/09 MP Namén Vargas, e-1054.

desprotegida, pero si aquella no se acredita con la suficiencia probatoria exigida (que es bien alta), el proceso penal, en términos reparativos, no ha prestado servicio alguno.

Esto hace que una responsabilidad médica de tipo penal no sea frecuente. La ley exige, a nivel de tipo subjetivo, para que la conducta sea culposa, que el daño que el paciente ha sufrido sea el resultado de un riesgo puesto por la acción u omisión del médico, cuando ese riesgo, en concreto, signifique una infracción al deber objetivo de cuidado de tal profesional, bien porque el resultado fue previsto pero con confianza en que se podía evitar, o bien porque no fue previsto muy a pesar de ser previsible.

Hablar de infracción al deber profesional del médico hace que, en materia penal, el juzgador deba evaluar el comportamiento del galeno en comparación con los estándares de la ciencia médica. Por eso, algunos utilizan la expresión latina “*lex artis*” “para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.”⁷ Los estudiosos del tema señalan que la *lex artis* es “la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme a cuidado objetivamente debido.”⁸

5.1.3. Y como lo usual es que los abogados (defensores, fiscales y jueces) no tengamos conocimientos médicos distintos a las nociones muy básicas de medicina legal vistas en algún semestre del pregrado o en un par de clases de una “especialización”, lo que es de esperar es que en los procesos penales se presenten peritos o expertos, cuyas posturas científicas le han de servir al tercero imparcial para tomar una decisión. Siendo esta una característica obvia del proceso penal, no debe asustar la presencia de dictámenes y pareceres profesionales enfrentados, de modo que esta laya de procesos es bien distinta de aquella otra donde la prueba corre en contra del acusado de principio a fin.

5.1.4. Con todo, el juez penal debe tener en cuenta que, en este tipo de procesos, no es que se deba asistir a una especie de guerra de dictámenes periciales. En otras palabras, no se trata de que, entre los diferentes pareceres de peritos médicos, unos a favor y otros en contra de los médicos acusados, el juez tenga que ser algo así como un súper médico que determine el diagnóstico correcto. No. Lo que el juez debe determinar es, si con base en las pruebas practicadas, la acción u omisión del médico constituyó un riesgo, pero no cualquiera, sino un riesgo indebido, contrario a los deberes profesionales, el cual se concreta en un resultado por falta de previsión o por previsión unida a una infundada confianza de evitación.

Ahora bien; en la búsqueda de ese cometido hay que ser claros: el único conocimiento valedero no es el de los expertos. También el conocimiento del paciente, su vivencia, las peripecias por las que ha atravesado, sus dolencias, su camino hacia la recuperación, sus recaídas, etc. son un conocimiento, no experto, pero en ningún momento digno de ser omitido. El lenguaje de uno y otro conocimiento, de seguro será distinto, pero no por el hecho de ser muy técnico el uno, o muy vernáculo el otro, puede aquel prevalecer sobre este, o al revés.

5.2. Las hipótesis enfrentadas en el caso concreto

5.2.1. Con el anterior preámbulo, veamos las hipótesis que están enfrentadas en este asunto. La hipótesis de la fiscalía es simple pero contundente: según el ente acusador, el

⁷ Valencia Pinzón, Giovanni. La *lex artis*. Aspectos de Responsabilidad. Revista Médico-Legal, 2001, Vol. 7.

⁸ *Ibídem*.

menor DSMR pasó, en menos de dos días, por manos de tres médicos (los acusados), y ninguno de ellos le ordenó exámenes que permitieran descubrir que lo que aquejaba al niño era una torsión testicular. Por ese desatino en el diagnóstico, el niño terminó perdiendo el testículo izquierdo.

La hipótesis de la defensa es más elaborada y está fincada en explicaciones técnicas que afirman que el diagnóstico que, en su momento, dieron cada uno de los tres médicos fue el correcto, al igual que el tratamiento ordenado. El juez de primera instancia, ante las críticas hechas al dictamen de medicina legal que le achaca la culpa a los acusados, optó por hallar un protocolo mexicano de tratamiento médico para casos de dolores testiculares, y con base en él presagió que los encausados profesionales no ordenaron la cirugía que corresponde en tales casos.

Los defensores, casi que al unísono, sostienen que con ello el juez aplicó un conocimiento particular. No lo cree así el tribunal. El juez decidió hacer una averiguación, que la ley no le prohíbe: explorar un conocimiento que no es secreto, que no está metido en catacumbas, que no es prohibido averiguar, sobre la manera correcta de abordar la enfermedad que aquejaba al niño. Distinto hubiera sido que el juez se hubiera ido, el mismo, con los dictámenes e historia clínica del caso, a consultar con profesionales que no concurrieron al juicio, para ver, cómo, en una condición superior, podía determinar cuál diagnóstico era el acertado.

Pero que alguien (un juez) que no es médico, que no es analfabeto, que tiene un honorable nivel de educación, quiera hacer las veces de autodidacta, y consulte literatura médica, no se convierte, por ese solo hecho, en algo así como un anatema. Y es que además, para ser honestos, los tribunales lo hacen con alguna frecuencia. Basta ver, por ejemplo, en delitos sexuales que involucran menores, fallos de la Corte Suprema, o de este mismo tribunal, que citan libros de expertos en sicología infantil o sicología forense para soportar la fiabilidad o no del testimonio de un niño supuestamente abusado. Ninguno de los jueces que suscriben tales providencias son sicólogos, ni han tenido entrenamiento clínico en atención de menores abusados, y tal vez ni hayan visto, siquiera como auxiliar, una materia de sicología en el pregrado, pero eso no es obstáculo para que él, que va a decidir, quiera tantear lo que los expertos de la sicología deponen antes que engullir entero las conclusiones de un perito como si lo que este dijera fuera infalible palabra divina.

5.2.2. También se puede hacer en la otra vía: un médico envuelto en un proceso penal puede hacer, por qué no, una sesuda averiguación, de las exigencias del tipo objetivo y subjetivo, de la estructuración antijurídica, del juicio de reproche, de los antecedentes jurisprudenciales que hoy están a la mano en múltiples sitios de la internet, etc., y presentar una alegación incluso más profunda, desde el punto de vista jurídico, que su propio defensor. No es una herejía que el profesional de una ciencia explore otra. Tener uno o varios títulos no da, a quien los detenta, el don del eterno acierto en todo lo que profese. Ejemplos de expertos, con largos años de estudio e investigación, que yerran en sus evaluaciones y predicciones los hay por doquier, y un juez sensato debe tener presente tal realidad.

5.2.3. Se insiste. El conocimiento privado no se equipara con el conocimiento general y especializado. El conocimiento privado es el que el juez tendría, por ejemplo, como testigo, él mismo de los hechos, como perito, él solo, de las condiciones de salud de una víctima y de su atención por un médico. No es eso lo que ocurre aquí por más de que, con cierta sorna, se resalte que el juez, en una candorosa declaración, haya dicho que encontró un

documento sobre el adecuado tratamiento de la dolencia de la víctima, luego de una “ardua labor” de búsqueda, que algún defensor infiere no fue más que una búsqueda en *Google*. Entre otras cosas, el internet es un mundo sumamente amplio, y contrario a lo que se cree, además de basura, hay contenidos científicos de enorme valor que esa red ha permitido difundir casi que con el precio único de saber navegar por dónde se debe.

5.2.4. Sin embargo, para dejar las cosas en claro, el tribunal analizará la responsabilidad de los acusados no con base en ese protocolo, no porque estime que ese documento, cosechado en una república de condiciones sociales y políticas harto similares a las nuestras, no pueda brindar algunas luces para clarificar el caso, sino porque el caso mismo es tan rico en aportes probatorios, que inmiscuirse en una averiguación científico-médica de cómo se trata esta dolencia en México resulta francamente inútil.

5.2.5. Cuando se buscan fundamentos extraños a eso que llamamos el “acervo probatorio”, se puede caer en el despiste del juez de primera instancia al querer buscar la “verdad” del caso en un protocolo extranjero y no en la prueba practicada. Lo que sí hay que dejar claro es que, si en nuestro país, tal protocolo no existe, no significa, para nada, que los aquí residentes deban someterse a un peor nivel de atención en salud cuando de dolencias testiculares se trate. De lo contrario, habría que decir que quien sufra un dolor testicular mientras está en México “tiene derecho” a un mejor tratamiento que si está en Colombia, simplemente porque en el país azteca se ha promulgado un protocolo sobre una patología y aquí no. En otras palabras, la adecuada atención en salud no debe depender de que el médico tenga un protocolo, así como el abogado tiene un código, sin el cual el tratamiento del paciente deba ser de menor categoría. Un protocolo es una guía que sirve de ayuda y de futura evaluación, pero la *lex artis*, en materia médica, no resulta inexistente, si tales protocolos no han sido formalmente promulgados.

De cualquier manera, el papel del juez en esta clase de asuntos no es hacer las veces de erudito supremo para dictar *ex cathedra*, sobre la opinión de los peritos que han participado en el caso, el “diagnóstico correcto”. No. El juez no es, en este tipo de gestas, un imponderable maestro médico que dicte el diagnóstico correcto, sino que su papel es determinar, con base en todas las pruebas aportadas (que no son solo los peritajes), si la acción u omisión de los acusados violó o no un deber de cuidado, y, si con ello, un riesgo ilegítimo, no querido (pero sí previsible o previsto), se concretó en un resultado dañoso típicamente relevante.

5.3. El dictamen de medicina legal

5.3.1. Central a la postura de la fiscalía es el dictamen emitido por la doctora LMTP⁹, quien es Médica Forense con especialización en Bioética, y quien hace parte del Grupo de Responsabilidad Profesional del Instituto de Medicina Legal. Además de haber sido incorporado, fue leído, íntegro, en el juicio¹⁰. Aparte del léxico médico que, como es obvio, utiliza, cualquiera que lo lea no tardará mucho en entender lo que esta profesional nos dice: que los tres médicos acusados no actuaron de acuerdo a su *lex artis*.

Este entendimiento viene de frases que ella soporta en su evaluación particular y en literatura médica. Así, nos dice cosas de las que difícilmente se puede disentir. Por ejemplo, que “[d]ada la importancia de preservar la fertilidad, las lesiones traumáticas de los testículos merecen atención cuidadosa.” Es una conclusión más que razonable,

⁹ CD 4, feb. 23, pista única, récord 19:21 y ss, y fls. 188-199 carpeta uno.

¹⁰ Teniéndose una copia escrita, no era necesario leerlo todo, pero la fiscalía insistió en ello.

motivo por el cual, en materia de urgencias, exige una atención prioritaria. La misma profesional agrega:

El diagnóstico adecuado de estas lesiones se hace mediante el relato y el examen físico. La ecografía escrotal con evaluación del flujo con Doppler ayuda particularmente con el diagnóstico para determinar la naturaleza y las repercusiones de una ruptura testicular inadvertida. La sensibilidad y especificidad del ultrasonido en esta situación ha sido reportada en 93.5 y 100% respectivamente...

...

Hacer doppler testicular durante el ultrasonido puede proveer información sobre el estado de los vasos de los testículos...

...

Otras imágenes radiológicas como gammagrafía o resonancia magnética pueden usarse para obtener información adicional. La ultrasonografía escrotal con el solo hallazgo radiológico de un patrón ecográfico heterogéneo del parénquima testicular con pérdida de la definición del contorno, es altamente sensible y específico para el diagnóstico de ruptura testicular a diferencia del dudoso examen escrotal. Sin embargo, el diagnóstico definitivo de ruptura testicular se hace en el quirófano y el tiempo es un factor para la preservación testicular¹¹.

En otras palabras, si un varón llega con una afección testicular como la que aquí padeció el niño DSMR, de escasos tres años, lo que la profesional de medicina legal nos está diciendo es que la ciencia médica tiene a su disposición una serie de posibilidades para tener el diagnóstico correcto, y entre tales posibilidades, además del reconocimiento físico, estima ella, son recomendables una serie de exámenes, siendo la exploración escrotal la más segura de todas. Si leemos bien, este dictamen no está diciendo que, forzosamente deban ordenarse todos esos exámenes, pero sí que la ciencia médica ahora (y con más veras en una ciudad como Bogotá, que tiene importantísimos centros médicos), tiene un ramillete de opciones para hacer un buen diagnóstico. Por eso es por lo que, la misma profesional advierte:

Si no se tiene la suficiente suspicacia, el cuadro se va a mal interpretar como un evento traumático, con resultados catastróficos.

5.3.2. Ahora bien; aunque las anteriores notas pueden sonar un poco técnicas para los no familiarizados con las ciencias de la salud, la misma perito nos recuerda que se trata de un asunto no nuevo para los médicos:

Las torsiones relacionadas con trauma fueron descritas desde el siglo 19 por Mikulicz y Gervais y datos recientes sugieren que el trauma puede generar el 5 a 6% de los casos de torsión testicular.

Asimismo, nos dice esta perito que la presencia e incluso la ausencia de dolor son indicativos de posibles complicaciones:

¹¹ Fls. 195-196 carpeta 1.

El dolor que suele ser de inacción súbita, adquiere su máxima intensidad en las primeras horas de la torsión testicular, para luego (sic) estabilizarse o aun a disminuir con el tiempo.

Y más adelante indica:

Por lo tanto, siempre se debe considerar como primera opción diagnóstica (se refiere a la torsión testicular) y se deben agotar todos los recursos que se tengan a mano para definir y descartar este diagnóstico.

De nuevo, no está afirmando esta profesional, como pareciera inferirlo algún sector de la defensa, que ineludiblemente ante un dolor testicular es una torsión lo que se ha presentado, sino que nos está explicando algo totalmente razonable para un profesional de la salud: este debe agotar todos los recursos que tiene a la mano para que su diagnóstico sea certero. En otras palabras, cuando existe un dolor de esta categoría, la función del médico no es desprenderse del paciente enviándolo a casa con una fórmula de analgésicos.

5.3.3. Y es que la experiencia de cualquiera de nosotros, con nuestra propia salud muestra que, en múltiples ocasiones, tras regresar por una dolencia no apaciguada con una primera fórmula y examen, el galeno de turno, con la sana idea del descarte, dispone repetir un análisis. No estamos diciendo que esta sea una regla de la experiencia que el tribunal quiera traspasar a la ciencia médica, sino que lo que ha advertido la doctora LMTP, médica forense del Instituto de Medicina Legal, no es nada irreflexivo ni traído de los cabellos, sino por el contrario, una conclusión sensata.

5.4. Conclusiones expertas que armonizan con el dictamen de medicina legal

5.4.1. Aunque en nuestro derecho probatorio no tiene cabida el principio *testis unus, testis nullus*, lo usual es que sobre una conclusión (más si es de orden científico) el juez perciba mayor tranquilidad si ella es corroborada por varias personas, o expertos. Pues bien, la conclusión de que, en eventos como el trauma que padeció el niño víctima en este caso, se debe proceder con sumas cautela y perspicacia, no está huérfana de compañía probatoria en este caso. La fiscalía, en ejercicio de una meritoria táctica, trajo al juicio a la doctora AXDS¹², nada menos que la pediatra que finalmente descubrió la torsión en el testículo izquierdo de DSMR en la Clínica San Rafael de Bogotá. Ella, una especialista en cirugía pediátrica, explicó¹³:

Cuando tenemos un paciente como el paciente que estamos en este caso y consulta por un cuadro de dolor testicular asociado a cambios inflamatorios eso tiene una definición en medicina, una definición general... en este caso lo denominamos síndrome ínguino escrotal agudo. Es un nombre general porque, en verdad, es muy pocas las veces que podemos tener absoluta certeza antes de entrar al procedimiento quirúrgico, específicamente qué entidad es... una de las causas, que no es la más frecuente, de síndrome ínguino escrotal agudo es la torsión testicular. Y cuando uno piensa, está pensando entre las posibilidades, que hay una torsión testicular, estamos hablando de una emergencia quirúrgica.

Y sobre la importancia de proceder a tiempo, la misma doctora D dijo¹⁴:

¹² CD 2 y 3, Feb. 23/15, pista 1ª, récord 31:33 y ss.

¹³ Ibídem, récord 46:28 y ss.

¹⁴ Ibídem, récord 48:20 y ss.

Más o menos en promedio lo que está reportado en la literatura es que si un paciente llega con un síndrome ínguino escrotal y lleva más de 6 horas de evolución es, la mayor probabilidad, que haya una necrosis al hallazgo quirúrgico. Entonces, un síndrome ínguino escrotal se comporta como una urgencia y es entonces necesario llevarlo a exploración escrotal.

Y en torno a lo que semejante dolor significa, la misma profesional anotó:

Pregunta: ¿un dolor escrotal puede ser signo de torsión? Respuesta: claro, es lo que estaba refiriendo anteriormente. Como les decía el síndrome ínguino escrotal tiene muchas causas. Entre esas está la torsión testicular, pero no es la causa más frecuente.

Como en el caso particular analizado, el del niño DSMR, había un antecedente, pues el niño ya había sufrido un golpe similar en julio, la médica opinó¹⁵:

Pero el antecedente, que el niño haya venido presentando dolores testiculares a repetición lo que nos debe hacer pensar es que estamos ante un síndrome de torsión testicular.

Y más adelante precisó¹⁶:

Aunque no es la causa más frecuente, es una causa probable porque puede ponerse en riesgo el testículo y por eso lo llevé a una exploración escrotal que hace parte de nuestras herramientas de diagnóstico.

5.4.2. Ahora bien; no todo lo informado por la doctora D armoniza con las conclusiones de la forense de Medicina Legal. Así, por ejemplo, respecto de los exámenes recomendados en un caso como este, la doctora D declaró¹⁷:

Realmente hay muchos cuestionamientos en la literatura (médica) y es cuando estamos hablando de niños prepúberes, antes de la pubertad. Por ejemplo, una de las herramientas que tenemos es realizar la ecografía Doppler testicular en el caso específico en que estemos pensando en una torsión testicular. Lamentablemente, la ecografía Doppler no nos sirve en niños menores porque el tamaño del testículo si es de menos de un centímetro cúbico, de menos de dos centímetros cúbicos de volumen, realmente es muy difícil percibir si esa irrigación es normal o está disminuida, y entonces no puede concluirse, con ese examen, si hay o no hay una torsión testicular.

Una lectura ligera del dictamen de Medicina Legal, contrastado con la anterior afirmación, haría pensar que el primero está equivocado. Sin embargo, sin ser lo apropiado examinar un testimonio solo a pedazos, bueno es escuchar, de cara a un niño de tres años, como lo es la víctima en este caso, lo que la misma doctora D expuso¹⁸:

Cuando tenemos un niño que vemos, por ejemplo en el caso en que me llega, y está con esa sintomatología y yo, como en el caso, yo consideré que era un síndrome ínguino escrotal, la herramienta que tengo es la exploración escrotal. Es la única herramienta que tengo para visualizar, directamente, si hay torsión, si hay epididimitis, si hay trauma por estallido testicular, o si hay otra cosa.

¹⁵ *Ibíd*em, récord 52:41 y ss.

¹⁶ *Ibíd*em, récord 57:33 y ss.

¹⁷ CD 2 y 3, Feb. 23/15, pista 1ª, récord 55:37 y ss.

¹⁸ *Ibíd*em, récord 56:35 y ss.

Es decir, si vemos bien, la opinión de la doctora D nos está hablando de un examen mucho más profundo que la mera ecografía Doppler, y es, nada menos que, la exploración escrotal que fue justamente lo que ella hizo al intervenir quirúrgicamente al niño DSMR. Bien escuchado, lo que depuso la doctora Duarte va mucho más allá de la conclusión asumida por Medicina Legal.

5.4.3. De cualquier manera, no estamos afirmando, ni por asomo, que el testimonio de la doctora D haya sido una ratificación del concepto de Medicina Legal. Los ojos del tribunal no son discriminatoriamente selectivos sobre este particular. Por el contrario, su declaración, bastante prudente y profesional, mostró que, ante una dolencia testicular, alternativas de diagnóstico distintas de la torsión, como la epididimitis, no se podían descartar¹⁹:

El examen físico es lo más importante. Tenemos, aquí hay varias cosas importantes y es que es un niño de tres años. Entonces, como les decía, la torsión testicular no es lo más frecuente. A esta edad, lo más frecuente son los procesos inflamatorios como la epididimitis. Obviamente en medicina nada es absoluto.

El tribunal quiere hacer énfasis en la última parte de esta transcripción: “Obviamente, en medicina, nada es absoluto”, lo cual corrobora la mente abierta que ha de tenerse a la hora de fabricar un atinado diagnóstico. Esta conclusión, la ratificó la doctora D, en el contrainterrogatorio formulado por el abogado defensor del doctor FL; veamos²⁰:

Pregunta: ... un síndrome de estos puede tener muchas causas. Respuesta: sí señor... Pregunta: una de las causas poco frecuentes en niños de esta edad es la torsión testicular. ¿Correcto? Respuesta: correcto. Pregunta: que cuando se tiene un trauma de estos se debe pensar en otras posibilidades, ¿correcto? Respuesta: Sí señor. Pregunta: si se considera una epididimitis por trauma, la pregunta sería, ¿cuál debería ser el tratamiento? Respuesta: ¿Cuándo tienes una epididimitis? Pregunta: cuando se considera una epididimitis post trauma, ¿cuál debería ser el tratamiento? Respuesta: manejo antiinflamatorio oral con hielo local, antiinflamatorio local y reposo. Pregunta: una pregunta, la torsión testicular se puede dar sin trauma. Respuesta: claro, es más, la mayoría, mejor dicho por no decir todas, pero la gran mayoría de las veces, una torsión testicular se da sin trauma.

Sin embargo, para no crear falsas ilusiones respecto de la alternatividad en el análisis de hipótesis que hizo la doctora D, no hay que olvidar la siguiente parte del mismo contrainterrogatorio cuando esta profesional expresa:

Lo que quería decirle a la fiscal era: como los hombres es frecuente que tengan traumas. Entonces, si tú tienes una torsión testicular, y te acuerdas que tuviste un trauma, es frecuente que uno haga la asociación. Pero no necesariamente hay una causa-efecto. Pero si tú tienes la condición anatómica, o sea que no está bien fijo el testículo, ¿sí? Esa alteración anatómica que favorece una torsión puede un trauma favorecer una torsión testicular.

¹⁹ *Ibíd*em, récord 54:51 y ss.

²⁰ CD 2 y 3, Feb. 23/15, pista 2ª, récord 13:27 y ss.

5.5. Los embates al dictamen de medicina legal

5.5.1. Un sector de la defensa, en un ejercicio sano y juicioso de su derecho de contradicción, ha traído otros expertos para demeritar las conclusiones del dictamen de medicina legal. Se trata, por supuesto, de una estrategia previsible, respetable y hasta deseable en el marco del proceso penal. En este asunto, estos embates son de tres tipos: (i) unos apuntan a las formalidades del dictamen, (ii) otros al método de adquisición del conocimiento hecho explícito en el experticio y (iii) finalmente, otros tienen que ver con la conclusión propia de responsabilidad de los médicos acusados que la perito de Medicina Legal afirma. En esta parte de la providencia, nos referiremos a los primeros dos, en tanto el último tercio de arremetida lo abordaremos más adelante.

En efecto, en el juicio se contó con la declaración de la doctora GMJR²¹, médica, especialista en anatomía patológica y con experiencia como patóloga quirúrgica. Ella evaluó el dictamen pericial de Medicina Legal, esto es, hizo una especie de peritaje al peritaje en el que se basó la acusación. De lo expuesto por la doctora J, y de otras críticas, se extrae que, un sector de la defensa, estima que el peritaje base de la acusación tiene, cuando menos, tres tipos de falencias:

- No seguimiento de requisitos formales dispuestos en una circular interna del Instituto de Medicina Legal, por ejemplo la no documentación de interconsulta en particular con los urólogos GM y LW.
- El que la forense no sea ni pediatra, ni uróloga.
- Ausencia de referencia, en las historias clínicas consultadas, a un cuadro clínico de torsión testicular.

Ninguna de estas tres máculas pasa de ser observaciones que podrían servir al Instituto de Medicina Legal para hacer experticios con mayor técnica y soporte, pero nada en ellas le resta, en la visión del tribunal, la credibilidad que el particular análisis forense comporta. Veamos:

Que la experta de Medicina Legal no haya dejado constancia escrita, en un documento distinto del propio peritaje allegado a este proceso, de las conversaciones que tuvo con otros profesionales, como por ejemplo, con el doctor GM, no le quita fuerza a las conclusiones del experticio. El tribunal no entiende el aspaviento que genera el que un médico forense, para tener mayor seguridad sobre una opinión científica, consulte a un colega o a un especialista. Es cierto que lo ideal sería, como la misma perito reconoció²², que existiera un procedimiento más formal en Medicina Legal, pero que un profesional busque una respuesta a un problema concreto propio de su ciencia, confirmando sus hipótesis con otros profesionales, no tiene nada de irregular ni de extraño, ni en la medicina ni en cualquier otra ciencia.

¿Acaso no lo hacemos los mismos abogados, incluidos nosotros los jueces, cuando tenemos un caso difícil? ¿Cuál es el juez que jamás ha consultado con un compañero algún asunto intrincado? Lo hace un ingeniero cuando quiere corroborar un cálculo y le pregunta a un compañero que conoce del tópico, o un contador que para estimar un porcentaje de tributación ratifica con otro contador sus operaciones matemáticas. Es algo propio del “colegaje” profesional.

²¹ CD 19-20. Abr. 13/15, pista 1ª.

²² CD 6-7, feb. 23, pista única, récord 43:34.

¿Dónde está la regla probatoria según la cual un profesional, incluido un perito de Medicina Legal, tiene que saberlo todo y no puede utilizar un instrumento de la tecnología del siglo pasado, como lo es el teléfono, para aclarar con un condiscípulo una posición científica que queda así robustecida? En nuestro mundo abogadil, tan propenso al papeleo, si esas conversaciones no aparecen escritas y suscritas en un papel, ¿entonces no es válida la evaluación posterior que el forense hace con esa información? ¿Deben ser los peritos de Medicina Legal algo así como sabios sublimes y acabados que, en caso de consultar con otros profesionales de la salud, deban dejar una huella documental de todas y cada una de sus peripecias de averiguación? Por supuesto que la respuesta del tribunal es negativa a estas preguntas.

No podemos exigir que cuando un experto de Medicina Legal consulta a otro para desvanecer sus dudas o afianzar sus conclusiones, tenga que dejar un tipo de “cadena de custodia” de todas las consultas o interconsultas como aquí se le han llamado. Menos que tengamos que poner a los expertos de Medicina Legal a traer los diplomas (con sellos y apostillas) de los colegas con los que hayan conferenciado. Lo dijo la misma perito de Medicina Legal en el concontrainterrogatorio cuando se le preguntó si tenía los títulos de los médicos que había consultado:

Al parecer la pregunta va diciendo que la documentación que debería como si el señor defensor tuviera un reglamento diferente al que yo manejo porque en ningún momento para los informes periciales se me exige adjuntar una documentación en relación a los créditos de los médicos ni siquiera del mío propio²³.

Por el mero hecho de que no tengamos un papel firmado por los doctores M y W no podemos colegir, sin más, que la afirmación de haberlos consultado incluida en el dictamen de Medicina Legal sea contraria a la verdad. Si alguien hubiera tenido acá siquiera un barrunte de que la doctora TP mintió al escribir que, para fortalecer mejor su científica conclusión, dialogó sobre el asunto con un par de urólogos, bien hubiera podido denunciarlo, pero nadie lo ha hecho sencillamente porque esa interconsulta sí se realizó, y los resultados de esa conversación quedaron escritos, y ratificados con el juramento de la perito en el juicio.

5.5.2. De otro lado, los jueces penales en Colombia no son auditores de la observancia irrestricta de las formalidades y capítulos que deben tener los dictámenes que suscriben funcionarios de Medicina Legal. Si la doctora TP no siguió los formulismos establecidos por una circular del Instituto de Medicina Legal, con todo respeto debemos decir que quien esté contrariado con ello puede buscar un llamado de atención de los superiores de la funcionaria, pero para que esos supuestos errores minen la credibilidad del dictamen no basta simplemente con decir que este “no siguió las directrices de tal o cual circular”. Si vamos a aplicar un rasero formalista a los dictámenes de Medicina Legal, difícilmente quedarían algunos en pie.

5.5.3. Finalmente, el que la doctora TP no sea uróloga, no le resta valor a sus conclusiones. Primero que todo, está ella (por lo menos al momento del dictamen) en el giro ordinario de la evaluación propia de la responsabilidad profesional; trabaja, justamente, en el grupo de responsabilidad profesional y hacer este tipo de tareas no es algo que ella haga de vez en cuando, sino que es su oficio diario. Segundo, fue tan cuidadosa que para ratificar sus inferencias científicas, habló con un par de urólogos, y no ocultó tal consulta, ni los nombres de los consultados. Y tercero, muchas de las recomendaciones que en general ella encontró

²³ CD 5, Feb. 23/15, récord 4:56 y ss.

razonables para un caso de dolor testicular como el que afrontó el niño DSMR, tienen más valía tratándose de una experta en bioética: si alguien que no es urólogo pediatra, con una mediana averiguación, sabe de varios cuidados aconsejables ante una complicación como la que ese infante padeció, con más veras un especialista en pediatría.

5.6. Responsabilidad particular

En un caso como este, donde la intervención de tres médicos acusados no ha sido simultánea, más aún donde cada uno atendió al niño lesionado en una institución diferente y en tiempos sucesivos pero distintos, no es digno de patrocinio un fallo donde la responsabilidad de los tres galenos no se analice por separado. En este caso, la responsabilidad penal, siendo individual, exige un análisis particularizado de la actuación de cada uno. No hay una responsabilidad “en masa” de ellos.

Y ese análisis no puede basarse, desde ya hay que decirlo, exclusivamente en la prueba científica. El proceso penal por responsabilidad médica no puede convertirse en una especie de guerra de peritos, para ver, cuál es el que más enjundia tiene en sus experticios, sino que tiende a determinar si hubo culpa o no, y esa determinación le corresponde al juez, que es abogado, mas, para nada, el médico con el mejor de los diagnósticos. Por ende, descartar, sin más, las declaraciones de los testigos no expertos que han vivenciado el hecho es un error de cálculo y de valoración.

Una lesión y su adecuado o inapropiado tratamiento médico es un asunto especializado, pero a la vez es un asunto humano, ordinario si se quiere, que quien lo ha padecido en carne propia también “conoce”. Así, un niño que apenas comienza a vivir, que tal vez para esa época no sepa leer sino un par de palabras, es quien verdaderamente ha sentido y padecido el dolor. Su conocimiento y el de su madre que lo ha acompañado no es de menos valía que el conocimiento especializado de los peritos. Ambos conocimientos (el del perito y el de las víctimas) tiene su propio espacio, pero el conocimiento del paciente, referido a su dolor, a lo que siente, a lo que vive, no es de menos entidad simplemente por no ser especializado. La adecuada concatenación entre ambos conocimientos, basada en el respeto mutuo, es clave para la preservación de la salud.

5.6.1. JPVB

La doctora JPVB fue la primera profesional que atendió al niño DSMR. Doña NYRB, la mamá del niño, resume la atención de esta profesional con las siguientes palabras:

Ella lo atendió²⁴. Se me hizo curioso pues porque cuando uno como paciente va a un médico, al médico, pues el médico siempre lo debe revisar a uno. Ese día, la doctora ni cerró el consultorio, la puerta del consultorio. Yo entré con mi hijo. Me hizo subirlo en una escalera, en la escalerita que hay para subir a la camilla. En ningún momento ni siquiera lo tocó. Solamente me hizo bajarle el pantaloncito y con un esfero señalaba y me decía “yo lo veo bien, pero le voy a ordenar una ecografía... ecografía escrotal”.

La señora RB cuenta que la doctora VB, en forma verbal, remitió al niño a pediatría, pero sin ninguna remisión por escrito:

Que lo valore un pediatra, yo soy médico general²⁵... para que el pediatra lo revisara nuevamente, eso fue todo lo que ella me dijo.

²⁴ CD 23-1, feb. 23/15, pista 2ª, récord 35:26 y ss.

²⁵ Ibídem. Récord 38:10 y ss.

Así, un hecho no desvirtuado es que la doctora RB consideró que el niño debía ser revisado por un pediatra porque ella era médico general. Sin embargo, no dio ni remisión por escrito, ni mucho menos algún canal para que la evaluación fuera inmediata. Tanto que cuando la madre, un poco inocentemente, llamó a su EPS (Compensar) para obtener la cita, se encontró con que tal orden, siendo verbal y no escrita, no activaba la posibilidad de tal consulta especializada.

La defensa de la doctora VB encaminó su estrategia sobre el hecho de que en la Cruz Roja, donde ella trabajaba, no existía la posibilidad ni de una atención a un nivel superior, ni una remisión, dentro de la misma institución, a servicios de urología pediátrica. Así, por ejemplo, tenemos el testimonio de la abogada LMPA²⁶, Directora Ejecutiva de la Cruz Roja de Bogotá y Cundinamarca, quien fue clara en decir que su institución, para el momento de los hechos, no tenía servicio de urología ni de cirugía pediátrica²⁷, ni tampoco el examen Doppler.

También tuvimos a la doctora LPRG²⁸, directora departamental de salud de la Cruz Roja, seccional Bogotá y Cundinamarca, la que ratificó los limitados alcances del médico general, y que para el año 2007, la Cruz Roja solo tenía servicio de imágenes diagnósticas de baja complejidad. Anotó que no es del resorte del médico general, ordenar un “ecodoppler”, pues este corresponde disponerlo al médico especialista en detectar varices en el testículo.

Asimismo, la defensa de la doctora VB trajo el testimonio de la psicóloga FEGC, quien es Coordinadora de Gestión Humana de la Cruz Roja seccional Bogotá y Cundinamarca²⁹; ella leyó una certificación de la vinculación que la doctora JPVB tuvo con La Cruz Roja para la época de los hechos (un contrato de prestación de servicios desde el 30 de junio de 2007 hasta el 10 de marzo de 2008).

¿Significa lo anterior que un médico general que, en el año 2007, estuviera trabajando en la Cruz Roja de Bogotá, en las instalaciones de esta entidad sobre la Avenida 68, estaba material o normativamente imposibilitado para remitir a un paciente a otra institución, en caso de que una emergente situación así lo ameritara? La respuesta es negativa, y para ello, los mismos testimonios traídos en favor de la doctora VB permiten colegir lo contrario. Así, LMPA³⁰, Directora Ejecutiva de la Cruz Roja - Seccional Bogotá y Cundinamarca, en el contrainterrogatorio practicado por la fiscalía, dijo que sí existían “unos protocolos” cuando el paciente debía ser atendido por una instancia de nivel superior:

Se hace un proceso de remisión vía referencia³¹, donde se consulta a la aseguradora, a qué institución de nivel superior se debe trasladar. Pregunta: ¿Es decir que en un caso que lo requiera sí se puede hacer el traslado de urgencia a urólogo o pediatra? Respuesta: Cuando se requiere, se hace, sí señora.

Lo mismo hay que decir de LPRG³², directora departamental de salud de la Cruz Roja, quien informó que si un paciente requiere un tratamiento hospitalario de mayor nivel, el paciente se envía a urgencias, y desde allí se hace la remisión a la otra institución.

²⁶ CD 17-18, mar 9/15, pista 1ª.

²⁷ Ibídem. Récord 9:52 y ss.

²⁸ CD 17-18, mar 9/15, pista 2ª

²⁹ CD 19-20. Abr. 13/15, pista 1ª, récord 47:30 y ss.

³⁰ CD 17-18, mar 9/15, pista 1ª.

³¹ Ibídem. Récord 11:01 y ss.

³² CD 17-18, mar 9/15, pista 2ª

Entonces, con el respeto que nos merece el señor abogado defensor de la doctora VB, no es cierto que ella estuviera profesional o institucionalmente impedida para dar una orden por escrito para que el niño DSMR fuera atendido, ese mismo día, por un . Si estuviéramos en una población de limitado alcance, enclaustrada en algún sector provinciano del país, tal vez una remisión inmediata sea más complicada de ordenar. Pero en Bogotá, donde se supone tenemos, a varias de las mejores instituciones de salud del país, y hasta de Latinoamérica, considerar que una médica general no puede hacer una remisión escrita a un especialista, simplemente porque en la misma IPS no se presta tal especialidad, es, en opinión del tribunal, inexcusable.

También es injustificable que la delicada revisión que del estropeado testículo de un niño la hubiera hecho la profesional, como lo ha relatado la madre del niño, sin palparlo, sin tocarlo, y apenas señalándolo con un lapicero, sin respetar, siquiera, la privacidad del infante, con la puerta del consultorio abierta, como si no tuvieran los niños, tan personas como nosotros, el derecho a la intimidad en una revisión médica.

5.6.2 JGFL

5.6.2.1. La prueba traída para defender al doctor JGFL apunta a considerar que el diagnóstico que este realizó, consistente en una inflamación del epidídimo del niño, fue un diagnóstico correcto. En la apelación, el abogado defensor hace una distinción entre epididimitis y torsión testicular. El sufijo “itis”, como se sabe, es una partícula de raíz griega que significa inflamación. Así, por ejemplo, hablamos de “apendicitis” para referirnos a la inflamación de la apéndice, o de hepatitis que es la inflamación del hígado o de otitis que es la inflamación del oído. El epidídimo es un órgano en forma de tubo que está encima del testículo. Lo que vio el médico FL, según su defensor, fue una inflamación del epidídimo, es decir, una epididimitis.

En soporte de esta tesis, había declarado la pediatra OLB³³, luego de rendir concepto por escrito, el cual emitió, no sin antes revisar la documentación del caso, incluida la historia clínica firmada por el médico FL. Ella concluyó que no se podía asegurar que el menor aquí víctima hubiera sufrido una torsión testicular para el momento en que fue atendido por el doctor JG. Frente al punto de si el menor requería otro examen, esta profesional afirma que ella no le hubiera tomado otro examen³⁴ de acuerdo a la información que tenía en ese instante.

En similar sentido, se contó con el dictamen del doctor JHCM, que relata que no es frecuente una torsión testicular posterior a un trauma escrotal. Basado en la historia clínica, concluyó que al momento de ser el paciente atendido por el doctor GF no había una expresión clínica de torsión testicular aguda.

También se cuenta con el propio testimonio del doctor JGFL³⁵ donde reconoce que el menor era un paciente que consultaba en horas de la noche porque en horas de la mañana había tenido un trauma en uno de sus testículos³⁶. Dice que pudo tocar al menor y que el niño pudo caminar unos tres metros, y que no tenía taquicardia. “El niño ni siquiera tenía dolor cuando yo lo vi”³⁷. Cuando se le preguntó por qué no había pedido una nueva

³³ CD 19-20. Abr. 13/15, pista 2ª, récord 4:40 y ss.

³⁴ *Ibidem*. Récord 29:50 y ss.

³⁵ CD 12-13-14, mar. 9/15, pista 1ª, récord 19:03 y ss.

³⁶ *Ibidem*. Récord 22:02 y ss.

³⁷ *Ibidem*. Récord 46:11 y ss.

ecografía, dijo que el paciente, en ese momento estaba sin dolor, asintomático. Según el doctor F, la idea de haberse tenido que tomar una segunda ecografía no resultaba pertinente dados sus hallazgos clínicos en este caso, y para soportar su argumento puso el ejemplo de los traumas craneoencefálicos.

Tenemos así la construcción de una tesis defensiva que se basa en que el diagnóstico realizado por el doctor FL, que fue el de una epididimitis y no el de una torsión testicular, fue correcto, según el examen físico que realizó, el cual arrojaba como resultados falta de dolor, paciente asintomático. De ser así, como el doctor FL revisó al niño en la noche del jueves 11, y el sábado 13 el niño fue intervenido quirúrgicamente, y para entonces, no solo ya tenía más que una torsión testicular, sino muerta por completo la gónada izquierda, uno tendría que colegir que, por alguna razón, aún no explicada en toda la ciencia que se le ha aplicado a este caso, la torsión ocurrió, en forma repentina, el viernes, como venida de un desconocido infierno de azarosos infortunios.

Al respecto, es cierto que el dictamen del urólogo JHCM aborda el tema pero para informar que, aunque la literatura médica sí describe que una torsión se puede presentar después de un trauma escrotal, eso no es lo que ocurre con frecuencia, tanto que él, que por lo menos tiene un caso de torsión al mes, no ha visto ninguna torsión después de un traumatismo contundente genital³⁸. Pero ahí se ha quedado la explicación, y en verdad ante la nebulosa de saber en qué momento fue que la gónada izquierda del niño se enroscó, no podemos olvidar que entre el jueves 11 y el sábado 13 un mismo dolor testicular, solo que incrementado a través del tiempo, una misma inflamación solo que acrecentada con el pasar de las horas, solo vino a parar cuando una torsión testicular fue descubierta.

5.6.2.2. También es cierto que el urólogo CM, como los otros expertos que han declarado en favor del doctor FL, sostienen que la evidencia clínica a la mano de este último no mostraba signos de torsión, sino de inflamación del epidídimo. El problema que tiene esta hipótesis, con el respeto que nos merecen los profesionales que la auspician, es que ella está basada en la historia clínica elaborada a instancia del mismo doctor FL, y sobre la versión de este. Por supuesto, no quiere decir el tribunal, ni por asomo, que porque la versión la haga un procesado, no sea ella digna de crédito, ni que no se pueda estimar creíble la historia clínica elaborada a instancias de un médico involucrado en un proceso penal. En absoluto tal podría ser nuestra apreciación pues, para nada, en penal, se puede presumir la responsabilidad del acusado.

El quid del asunto es que la afirmación central del doctor FL, según la cual el paciente llegó asintomático y sin dolor, se choca de frente con la prueba que con creces muestra que el niño DSMR arribó, en la noche del jueves 11 de octubre, al consultorio del doctor FL, en el Hospital San José, no porque su madre estuviera sobrerreaccionando y lo llevara, en exceso de cuidado materno, a otra visita de chequeo médico. No. La madre había lidiado todo el día con el dolor del niño, había intentado, infructuosamente, la cita pediátrica que verbalmente había sugerido la doctora de la Cruz Roja, y el Ibuprofeno que le había recetado esta última no había apagado esos gemidos, ni reducido la inflamación. Cuando una mamá está expuesta al llanto de su hijo por la inflamación de uno de los testículos de su pequeño, su conocimiento, el de madre, tiene un valor excepcional que la justicia no puede pasar por alto, sin más, máxime cuando no era la primera vez que ella lidiaba con igual dolencia.

³⁸ Fl. 294 carpeta 1.

Para el tribunal, no es cierto, como ha querido hacer ver el doctor FL, con el respeto que nos merece, que el niño hubiera llegado sin dolor a su consultorio. Tal vez podía caminar, pero intentar vender la idea de que el niño iba sin dolor, asintomático, aun cuando haya quedado escrito así en la historia clínica, no es lo que razonablemente se puede concluir en este caso. Lo escrito en una historia clínica no es letra infalible. Si el niño hubiera llegado sin dolor, sería válido preguntarse ¿por qué entonces tuvo que seguir el tratamiento con el antiinflamatorio Ibuprofeno? Y más aún ¿por qué el siguiente médico lo que hizo fue buscar un analgésico más potente? Si el llanto del niño hubiera cesado, si el Ibuprofeno ordenado en la mañana hubiera tenido efecto positivo, doña NY no hubiera llevado a su niño, en horas de la noche, a perder tiempo en un hospital. Si escuchamos el testimonio de esta mamá, confirmamos esta conclusión:

(La fiscalía le pregunta a la madre cómo fue la revisión que al niño hizo el doctor FL). Pregunta: ¿Cómo lo revisó? Respuesta: Lo subió en una camilla³⁹. Él pues sí le revisó el testículo a mi hijo. Pregunta: ¿Cómo estaba el testículo? Respuesta: inflamado y rojo. Cada vez era más el aumento y se veía la diferencia del uno al otro (testículo). Yo le entregué la ecografía y le comenté que hace doce meses mi hijo le había sucedido un golpe en el mismo testículo...

Él me dijo que debía sacarle cita. Me dio una orden. Me dijo: “pida una cita por urología pediátrica”... me dijo: “le doy esta orden para que llame y pida cita de urología pediátrica”, pero en ningún momento le escribí “prioridad”...

Él lo tocó, lo palpó y me dijo que estaba normal. Lo único que hizo fue, eso eran como las diez, nueve y media de la noche, bajó a mi hijo de la camilla, y lo puso a caminar en medias por ese piso tan frío, y cruzado de brazos y me decía: “no, yo lo veo bien”.

Luego, cuando la fiscalía buscó precisar los hechos, doña NY, refiriéndose al doctor FL, informó:

Él⁴⁰ me dio la orden y me dijo “siga con el Ibuprofeno”... o sea me la pasaba era dándole Ibuprofeno, Ibuprofeno que para el dolor, para el dolor, y no era más lo que le daban. Ningún otro examen, ni nada más. Pregunta: ¿Usted refirió que él la remitió a otro médico? Respuesta: sí señora. Pregunta: ¿A qué médico? Respuesta: Urología pediátrica. Pregunta: ¿Le explicó por qué? Respuesta: que para que lo revisara el urólogo. Solamente eso me dijo, que él es el especialista... me dio una remisión pero no decía “prioritaria”, sino “cita por urología pediátrica” por consulta externa. Pregunta: ¿Usted llevó a su hijo al urólogo? Respuesta: Yo llamé... a solicitar la cita. Me dijeron que había citas para 8 días hábiles. Al ver que no podía conseguir consulta, por consulta externa como él me lo había dicho, yo llamé a la EPS de Compensar y solicité una cita con pediatría. Pregunta: ¿Por qué la solicitó? Respuesta: doctora, porque mi hijo seguía quejándose del dolor. El testículo ya era más inflamado, más rojo, ya parecía ver una ciruela. Pregunta: ¿a qué se refiere usted al “ver una ciruela”? ¿Qué aspecto tenía? Respuesta: roja ya como entre negra.

El doctor FL hace alusión, en su declaración, a traumas craneoencefálicos, mas sucede que ni la fiscalía, ni ninguno de sus testigos y peritos se ha referido a ese tema. El punto

³⁹ CD 23-1, feb. 23/15, pista 2ª, récord 40:35 y ss.

⁴⁰ CD 23-1, feb. 23/15, pista 2ª, récord 44:15 y ss.

concreto aquí era un exasperado dolor testicular de un niño de tres años, no un trauma craneoencefálico. Claro, el doctor FL asegura que al examinar al niño, el pequeño no tenía torsión testicular⁴¹. Y tal pudo ser su apreciación, sobre todo porque cuando la madre del menor le habló del tema, con una respuesta hiriente y poco profesional, él le replicó a la señora: - Si usted es médico, ¿para qué me lo trae? No deja de ser irónico que el posible diagnóstico que una madre sin conocimientos médicos sugiere, sea nada menos que lo que realmente viene a tener el niño, pero que tiene que descubrirse mucho después de que tres profesionales de la salud han examinado al infante sin tino alguno.

Como el doctor FL no quiso ver lo que la madre sí veía y sentía que era el dolor del niño, como mientras la madre veía mal a su párvulo, pero el doctor lo observaba asintomático, luego del respectivo examen físico, no dispuso examen adicional alguno y lo devolvió para la casa. Y como el tribunal no tiene conocimientos médicos especializados, debe acudir, para evaluar esta decisión médica, a lo que otros profesionales de la salud traídos al juicio han expuesto. Al respecto, es clave el testimonio del médico radiólogo EM, quien interpretó la ecografía escrotal del menor en la Cruz Roja; para el momento de la imagen, el órgano que se veía afectado era el epidídimo, y con los hallazgos, en ese momento, no se determinaba una torsión testicular. Hasta ahí no hay discrepancia, pero el mismo doctor M fue más que claro, al responder a la fiscalía, que esa situación podía cambiar⁴²:

Pregunta: es decir doctor ¿que para ese instante (se refiere al momento de la ecografía) tenemos este examen? Respuesta: sí señora. Pregunta: es decir que en la noche si a mí nuevamente me chequean por este dolor, ¿esto podía cambiar? Respuesta: sí, en el tiempo, claro, lógico, es susceptible de cambiar. Pregunta: es decir, ¿este examen ya no me servía? Respuesta: pues todo depende del cuadro clínico que tuviera el niño en ese momento.

5.6.2.3. Y el mismo radiólogo dijo que los resultados de la revisión practicada al menor implicaban estar alerta⁴³:

Pregunta: acá tenemos unos hallazgos a los que ya hemos hecho referencia, ¿cierto doctor? Respuesta: sí. Pregunta: ¿esos hallazgos ameritaban estar alerta? Respuesta: lógico porque el niño, si no mejora, hay que volver a examinarlo y dependiendo de lo que haya encontrado, cómo haya sido su evolución, pues solicitar más exámenes. Pregunta: es decir, que ante evolución de estos hallazgos, ¿se requerían más exámenes, doctor? Respuesta: sí, si el niño había empeorado o por lo menos se queda sintomático, lógico que sí.

...

Pregunta: pero si ingreso, nuevamente, dos veces más a la clínica, con este antecedente clínico, con estos hallazgos, ¿me pueden referir que requiero más exámenes, doctor? Respuesta: sí, claro que sí. Pregunta: ¿Qué exámenes podría haber ordenado? Respuesta: repetir, ya lo había dicho, repetir la misma ecografía. Si ya hubiera hallazgos sospechosos de la presunción de la torsión testicular, pues hay otros exámenes como son el Doppler, la gammagrafía, o la resonancia magnética.

⁴¹ *Ibíd.* Récord 55:15 y ss.

⁴² CD 8-9, feb. 24/15, pista 2ª récord 18:21 y ss.

⁴³ CD 8-9, feb. 24/15, pista 2ª récord 33:15 y ss.

...

Si las cosas no evolucionan satisfactoriamente, debe tener uno un concepto, en este caso, de un cirujano. Pregunta: es decir doctor, que ¿se requería ser revisado el niño por un cirujano? Respuesta: por un urólogo, el especialista en esta materia.

Lo afirmado por el radiólogo EM solidifica la tesis de la fiscalía y muestra que el dictamen de Medicina Legal no es para nada alocado, sino que tiene un fundamento científico. Cuando el niño fue, el mismo día, por segunda vez al médico, del segundo médico se exigía mayor perspicacia. Lo que para el radiólogo era algo claro, vale decir, la realización de una gama de exámenes más allá del reconocimiento físico, no lo fue para el doctor FL, a quien le disgustó que la madre apenas preguntara por otro posible diagnóstico.

Es más, en una parte de su testimonio, el doctor FL sostuvo que el testículo no estaba inflamado⁴⁴, que el testículo, cuando lo palpó, no tenía aumento de tamaño ni inflamación. Ya después, como se sabía que lo que los legos conocemos como testículo izquierdo sí estaba inflamado, en otras palabras, que al menos el escroto sí se notaba abultado, el doctor aclaró que lo que no estaba inflamado era la gónada. Se supone que a tal conclusión llegó tras ver este órgano del niño. Si la gónada está recubierta por una bolsa de piel, o el doctor F tenía un entrenamiento en urología que le permitía detectar el estado de órganos que están debajo del escroto, o confiaba en una ecografía que, tomada en la mañana, podía ya estar desactualizada en la noche.

Cualquiera haya sido la raíz de su conclusión, lo cierto es que, por alguna razón, dispuso, sí, una consulta con un urólogo pediatra, subespecialidad que él no tenía. Pero esa consulta la ordenó no con carácter prioritario. La copia de la historia que se nos ha allegado⁴⁵, aun con las dificultades que en los legos genera la enredada letra con la que es usual que esas historias se confeccionen, no dice por qué es que esa cita con urólogo pediatra se ordenaba. Uno supondría que, siendo un conocimiento más especializado el de un urólogo pediatra, este tendría mayores elementos de juicio para tratar el dolor testicular del niño. Si él no tenía un conocimiento absoluto de la materia, tal vez un experto en urología de niños tuviera más éxito. Pero el problema, con ello, no fue la orden misma, sino el hecho de que se emitió sin ninguna prioridad muy a pesar de la delicada situación del menor que por segunda vez, el mismo día, acudía a ser atendido por un profesional de la medicina.

5.6.2.4. En que había que consultar un urólogo, es curioso, coincide la hipótesis defensiva del doctor FL con la que expresó la experta de Medicina Legal, y la que anotó el radiólogo M, quien corroboró que esa consulta sí era necesaria. De lo escrito por el dictamen de Medicina Legal, se colige que, en casos como los que sufrió el niño DSMR, es mejor pecar por exceso de cuidado que por defecto. Ciertamente, ella llegó al extremo de advertir: “[t]odo escroto agudo es una torsión testicular hasta que no se demuestre lo contrario”⁴⁶. Por eso es por lo que se debe “[a]visar de inmediato y sin pérdida de tiempo al Urólogo de turno”⁴⁷ (resaltado nuestro). Tal vez esa presunción, redactada en términos casi que jurídicos, no sea compartida por los profesionales que han declarado a favor del doctor FL, incluido él mismo, pero en lo que sí coincide el comportamiento profesional de él, y el dictamen de medicina legal, es que la consulta con urólogo era necesaria, solo que para el doctor F no era urgente.

⁴⁴ CD 12-13-14, mar. 9/15, pista 2ª, récord 00:39 y ss.

⁴⁵ Fl. 246 carpeta 1.

⁴⁶ F. 192 *ibídem*.

⁴⁷ Fl. 192 *ibídem*.

5.6.3. HRM

5.6.3.1. Aunque no es función del tribunal pesar las culpas, tal vez donde mayor incuria se ve es en las omisiones del doctor HRM. Si la cirugía exploratoria que permitió concluir que el testículo izquierdo estaba muerto (necrosis) se hizo el sábado 13 de octubre, y el doctor HRM atendió al niño en la tarde del viernes 12, se puede colegir que para este viernes la torsión era ya un hecho. El doctor RM pudo descubrir, sí, una afección respiratoria del menor, tal vez asociada al hecho de llevar dos días seguidos llorando, pero fuera de recetar un analgésico más fuerte no hizo nada más.

En efecto, nos cuenta la mamá del niño que ese viernes la situación del párvulo empeoró y como tienen que hacer cientos de madres colombianas cuando no pueden pagar el costoso servicio de una medicina prepagada, llamó de nuevo a su EPS, Compensar. Imploró, otra vez, una cita prioritaria de pediatría y se la asignaron en una institución de Compensar ubicada en el barrio Villa Luz de Bogotá. Esto fue lo que vivió:

Llegué al consultorio⁴⁸, me reporté, esperé que me hicieran el llamado. Entré con mi hijo. Y pues mi hijo quejándose. Yo lo llevaba en brazos y se estaba quejando. Decía que le dolía, que le dolía. Pregunta: ¿Cómo le día el niño? Respuesta: “mami, me lele, me lele, ayúdeme, ayúdeme” y se ponía las manos en sus testículos. Yo me sentía impotente porque es que ya había llevado a tantas partes a mi hijo.

Del comportamiento del doctor H, esto dijo la mamá del niño:

Yo entré al consultorio. El doctor le bajó el pantalón, lo revisó, le tomó signos vitales. Pregunta: ¿le hizo palpación? Respuesta: Sí, y el niño se quejaba. Pregunta: ¿lloraba? Respuesta: Sí señora. Pregunta: ¿Y qué le dijo el médico? Respuesta: lo revisó, y yo le mostré la ecografía. Le comenté pues de que por el Hospital San José el doctor F me había dado una orden para urología. Entonces me dijo “sí. Llévelo”. Pero él, en ningún momento, me dio otra orden u otro examen... Pregunta: ¿Le explicó (el médico) la posibilidad de otro examen? Respuesta: no señora. Pregunta: ¿Usted le explicó que era la tercera vez que iba del 11 al 13? Respuesta: sí señora y le comenté que hacía dos meses mi hijo había sufrido el mismo golpe. Lo único que hizo el doctor fue cambiar de Ibuprofeno a Naproxeno y me envió para hacerle unas terapias respiratorias a mi hijo. Pregunta: ¿Y que por qué terapias? Respuesta: que porque al hacerle la revisión lo había visto era malo del pechito. Pregunta: ¿Qué decía respecto a la diferencia del tamaño de los testículos? Respuesta: No, que estaba normal... Pregunta: ¿el niño podía caminar? Respuesta: No señora. Pregunta: el niño se mostraba fastidioso con el pantalón frente al médico? Respuesta: Sí señora. Pregunta: ¿El niño lloraba? Respuesta: Sí señora. Pregunta: ¿Y qué manifestó el médico? Respuesta: Que le diera, o sea que le cambiaba era el medicamento. Pregunta: ¿Qué por qué se lo cambiaba? Respuesta: Que el Naproxeno era más fuerte. Pregunta: ¿Y no refirió (el médico) la posibilidad de otro examen? Respuesta: no señora. Pregunta: ¿Qué más le dijo el médico? Respuesta: No. De ahí solamente me dijo que pues que sacara la cita que me había dado la orden el médico del hospital San José, y ya, y me dio de salida. Pregunta: ¿en algún momento de la consulta él le refirió sobre posibles complicaciones? Respuesta: No señora.

⁴⁸ CD 23-1, feb. 23/15, pista 2^a, récord 47:47 y ss

Ella cambió el medicamento,⁴⁹ y al otro día a las 6 de la mañana, el día 13 de octubre, se fue para la Clínica San Rafael para la terapia respiratoria que le había ordenado el doctor HR. Llegó temprano, a las 6 de la mañana, pagó las terapias. La enviaron al sótano. La terapeuta respiratoria se le acercó. El estado de salud del niño era vejatorio: se retorció del dolor y la madre se sentía más impotente. Entonces, la terapeuta llamó de inmediato a una cirujana pediatra, quien vino a los 10 minutos; era la doctora XD. Muy pronto descubrió esta galena la gravedad de la situación, dispuso la intervención quirúrgica inmediata, e intentó salvar el testículo, pero para entonces el testículo ya estaba muerto.

5.6.3.2. El tribunal quiere dejar en claro que no comparte la conclusión del defensor en el sentido de que el aumento del tamaño testicular del niño se había dado, en exclusiva, desde la noche anterior, de modo que el doctor R, cuando vio al infante, no tenía por qué descubrir una torsión para entonces inexistente. Tal afirmación del letrado, con el respeto que nos merece, es parcializada y fragmenta la declaración de la madre del pequeño. Si reexaminamos el testimonio de esta mamá, sin mayor elucubración notaremos que la agravación continua de la salud del menor fue la constante en esos terribles tres días, pues el niño presentaba inflamación testicular desde el primer día.

No podemos llegar a una especie de idolatría exegética de lo que consigna una historia clínica, olvidando, por completo, lo que el paciente declara que ha sentido. La historia clínica es palabra humana, no palabra divina; es una parte de la historia del caso, pero la historia que relata el paciente, no se puede descartar sin más. Por ello, si bien respetamos el esfuerzo defensivo, estimamos que no es admisible que se quiera vender la idea de que la dolencia que el párvulo padeció desde el jueves 11, que siguió y se agravó, el viernes 12, fue algo totalmente inconexo con la cirugía que se le practicó el día sábado.

Si se nos permite la expresión, acá no tenemos el caso de un niño que comienza un día con una afección en el órgano A, y por razones repentinas o de sortilegio, resulta, al tercer día, con la afectación pero del órgano B. El tribunal, con la explicación que los expertos han hecho, no tiene problema en entender que una órgano es el epidídimo y otra la gónada, pero es que desde el punto de vista científico, con todo comedimiento hay que decir que ninguno de los expertos que aportaron sus luces en el juicio explicaron cómo es que, en el caso particular del niño DSMR, a quien le duele su inflamado testículo izquierdo por tres días seguidos, de una supuesta inexistencia de torsión, la torsión al final surge, casi que de pura casualidad, al tercer día.

Es cierto que se ha dicho que entre la torsión y la pérdida del testículo pasan entre 6 y 24 horas (eso lo entiende el tribunal), pero es que cuando el niño fue, finalmente, intervenido en la Clínica San Rafael, el testículo izquierdo ya estaba muerto, luego la pérdida se pudo haber presentado no solo horas, sino días antes. El rango que va de 6 a 24 horas, según lo informado por expertos en el juicio, es el rango para que el testículo no haga necrosis, pero no hay una regla de la ciencia que diga, que ya muerta la gónada, no se puede hacer intervención quirúrgica, tanto que eso fue lo que ocurrió con el menor DSMR. Además, siendo sinceros, nadie se ha atrevido a fundamentar el momento en que la necrosis de esta gónada se produjo.

5.6.3.3. Ahora bien; el tribunal no es experto médico para indicarle al doctor HR lo que tenía que hacer en la tarde del viernes 12, pero para determinar su conducta profesional a

⁴⁹ *Ibíd.* 50:49 y ss.

seguir nos basamos en el dictamen de Medicina Legal que al respecto bien dijo, respecto de la necrosis que genera la torsión testicular:

El proceso ocurre rápidamente y por lo general está instaurado a las 6 horas del accidente, en la medida que transcurre el tiempo las oportunidades de que sea reversible son menores y en general a más de 24 horas de ocurrido el accidente la gónada está necrosada y perdida⁵⁰.

Si la defensa hubiera querido acreditar el surgimiento de la torsión testicular entre las tres de la tarde del viernes 12, y las 6 de la mañana del sábado 13, hubiera podido traer los expertos que soportaran tal hipótesis fáctica, pero lo que no puede hacer el tribunal es tapan la evidencia que apunta a lo contrario, y olvidarse de que la dolencia padecida por el pequeño DSMR fue una sola desde el jueves 11, solo que cada vez más angustiante a medida que transcurrían esas tormentosas horas. Para que quede claro, al niño DSMR no se le inflamó el testículo (entendido como un conjunto que incluye el escroto) la noche del viernes, sino desde el jueves en la mañana.

5.6.3.4. Concordante con lo anterior, nos preguntamos: ¿Por qué razón tiene que padecer una madre dos tortuosos días resistiendo el lamento y lágrimas de su primogénito de tres años, y el tercer médico que ve al pequeño, lo único que hace es cambiar de analgésico? En Bogotá, con el amplio ramillete de opciones en materia de imágenes diagnósticas, nada de eso generó inquietud en este profesional. Si como la misma mamá del niño nos ha contado, el testículo tenía un color entre rojo y negro, si la inflamación seguía, si el dolor no paraba, ¿no tiene la ciencia médica, en la capital de Colombia, una opción distinta a recetar más analgésicos? La respuesta la tuvo la señora RB en la clínica San Rafael de esta ciudad al día siguiente. Entonces, sí existía esa otra opción. Fue en esta clínica donde se descubrió lo que ninguno de los profesionales anteriores había descubierto: una torsión testicular.

6. Comentarios finales

Dos comentarios para finalizar:

6.1. Un desliz que mortifica a los señores defensores tiene que ver con que el juez de primera instancia, en una redacción de poca técnica jurídica, haya hablado de coautoría. Al respecto hay que decir, que al menos en este momento, la coautoría imprudente no es vocablo. Veamos:

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el anterior proveído y aclaró en la parte motiva del mismo que sí era posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, lo que quería sostener el *ad quem* era que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, éste les competía a los procesados. Es decir, que cada una de las acciones emprendidas por los doctores FAGT y FBB no fue suficiente para la producción del resultado típico sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas.

⁵⁰ Fl. 194 *ibídem*.

Sin embargo, dado que en el delito imprudente la ley no distingue las clases de participación ni las formas de causación del resultado típico, como también se acabó de analizar, cada uno de los procesados recibió un tratamiento uniforme a título de autor.

En este orden de ideas, no es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados, e incluso, en el caso de que así lo hubiera hecho, el defensor tenía que haber sustentado las razones por las cuales esta figura no podía ser de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, como quiera que la misma ni siquiera corresponde a un imposible dogmático según un creciente sector de la doctrina⁵¹.

6.2. En segundo y último comentario es que el tribunal, en este caso, tiene una conclusión que, sin apelar a un lenguaje pomposo, quiere expresar en los términos más sencillos posibles: la torsión que terminó con la pérdida del testículo izquierdo de un niño que por las restricciones legales no podemos llamar por su nombre, sino por sus iniciales, DSMR, no ocurrió por obra del azar. Cuando el sábado 13 de octubre, el niño fue intervenido quirúrgicamente, ya fue demasiado tarde. Para entonces, su madre había deambulado, días enteros por varias instituciones de salud donde los tres médicos encausados vieron al niño, y todos, en forma coincidente, lo devolvieron para la casa con analgésicos.

El tribunal no es un ente especializado en medicina para determinar en qué momento, entre el jueves 11 de octubre y el sábado 13, ocurrió la torsión del testículo del pequeño, pero en un caso delicado, como ese, que exigía una atención perenne, un seguimiento constante, varias omisiones tuvieron lugar: la doctora VB remitió al niño a un pediatra, pero lo remitió solo de palabra y no en forma ni escrita ni muchos menos prioritaria. El doctor FL se contentó con una ecografía tomada en la mañana por orden de la doctora V, pero sin considerar que en doce horas el estado orgánico del niño había podido cambiar; además, el doctor FL aseguró que el niño no sentía dolor, cuando es claro que fue llevado al consultorio de este, justo por el dolor que los quejidos del niño revelaban. Y finalmente, tal vez en el comportamiento más inaudito, el doctor RM no vio lo que la madre sí pudo ver: un testículo de un rojo oscuro como una ciruela.

No quiere decir, lo anterior, que los doctores acusados hayan procedido de mala fe, o con ánimo torticero o intención malvada. Por supuesto que no. Pero lo que sí nota el tribunal es que obraron con descuido, y ese descuido ha significado un error que el tribunal no puede pasar por alto. Errar es humano, pero tiene consecuencias. Hubo una violación al deber objetivo de cuidado que les era exigible, y esa omisión constituyó un riesgo, o más bien, aumentó el riesgo que ya padecía el niño con su dolencia. El riesgo así configurado se acrecentó hasta que el 13 de octubre vino a realizarse en un resultado que afectó la salud del niño DSMR. El niño perdió, para siempre, su testículo izquierdo. Tal vez si hubiera tenido la fortuna de contar con mejores médicos, la suerte de ese, la mitad de su órgano reproductor, hubiera sido distinta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad que le confiere la ley,

Resuelve:

1° Confirmar en su integridad la sentencia apelada.

⁵¹ CSJ. Nov. 8/07 MP Socha Salamanca, e27388.

2° Advertir que, contra esta decisión, se puede interponer, en los términos de ley, el recurso extraordinario de casación.

3°. Enviar copia de esta decisión al juzgado de primera instancia

Se notifica en estrados,

Comuníquese y cúmplase,

Orlando Muñoz Neira Fernando Adolfo Pareja Reinemer

Hermens Darío Lara Acuña

Con salvamento de voto

Comentario

Introducción

El caso objeto de la decisión comentada propone diversos problemas, todos ellos de grandes importancia e interés; así ocurre, por ejemplo, con lo atinente a la coautoría en tratándose de los delitos imprudentes, la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado en los asuntos médicos o el papel del conocimiento privado del juez a la hora de proferir sus respectivas sentencias.

Naturalmente, las cuestiones apuntadas revisten una gran complejidad y no pueden ser objeto de un examen detallado en un comentario como el que sigue, por eso, es importante aclarar, primero, que las líneas ulteriores se concentran en el último de los tópicos mencionados y, segundo, que tal decisión se debe, además de las razones de espacio connaturales a este tipo de ejercicios académicos, a la falta de interés que, en términos generales, dicho tema ha suscitado entre los autores especializados –no sólo nacionales–. Se trata, por consiguiente, de proponer algunas reflexiones en torno a un tema de particular relevancia que, por diversas razones y pese a su evidente trascendencia, no ha despertado mayor interés en Colombia.

En efecto, lo relativo al conocimiento privado del juez y la prohibición de utilizar tal información como fundamento de las decisiones judiciales, es un tema que apenas ha tratado la jurisprudencia colombiana y que nuestros autores han olvidado casi por completo. Y, aunque es cierto que numerosas providencias e instrumentos internacionales tocan asuntos estrechamente ligados con el asunto, tales como los principios de necesidad de la prueba, la imparcialidad del juzgador, el derecho de defensa o el principio acusatorio, entre otros, la verdad es que son pocas las referencias explícitas o directas a la cuestión propuesta.

En orden a contextualizar –rápidamente– el tema elegido, puede decirse que la máxima expresión del poder punitivo es la imposición de sanciones penales mediante una sentencia condenatoria y esta última, acorde con el sistema legal actual y en virtud del principio de necesidad de la prueba (num. 4, art. 164 CPP), cuyo fundamento es tanto jurídico como político (Vargas, 2010, p. 139), debe estar afincada en las pruebas debidamente allegadas e incorporadas al proceso. Esto,

pues se entiende que sólo a través de aquellas el juez puede alcanzar el nivel de conocimiento necesario para tomar su decisión (arts. 372 y 381 CPP).

Al hilo de lo anterior, es importante añadir que los principios acusatorio y de imparcialidad limitan las actividades investigativa y probatoria del juez, de tal forma que le está vedado emprender tareas propias de las partes como las de investigar o procurar, por su propia iniciativa, elementos probatorios sobre el caso, a fin de obtener el conocimiento requerido para decidir (Caferrata, 2000, p. 31). En este punto, habría que citar, así mismo, ciertos postulados o axiomas que complementan el marco al que viene de hacerse referencia, cuales son el principio de igualdad, el *in dubio pro reo*, el derecho de defensa o, en fin, la prohibición de decretar pruebas de oficio.

Lo anterior, considerado en su conjunto, constituye –a grandes rasgos– la razón de ser de la prohibición de la utilización del conocimiento privado del juez, pero en forma alguna contribuye a definir la noción de ‘conocimiento privado’. En tal virtud, las páginas siguientes se ocupan de precisar su contenido, límites y fines, puesto que se trata, en definitiva, de responder a la pregunta de si el juez de primera instancia se valió de un conocimiento privado cuando concluyó que los médicos violaron el deber objetivo de cuidado al pretermitir un tratamiento quirúrgico inmediato para un caso de escroto agudo, conforme lo sugiere el protocolo mexicano IMSS 229-10, en tanto dicho protocolo no fue llevado al juicio por la acusación o la defensa sino que fue conocido por el fallador gracias a su investigación personal.

En este orden de cosas, el presente comentario se propone, en primer lugar, definir la noción de conocimiento privado y, para ello, se examinan los aportes doctrinales sobre el particular y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que han tratado la cuestión. En segundo lugar, teniendo como referente los presupuestos anotados, se brinda una respuesta al interrogante formulado y se consignan unas reflexiones finales sobre el mismo punto de cara al ordenamiento colombiano.

Apuntes doctrinales sobre el conocimiento privado del juez

El tema elegido presenta un primer problema: delimitar el ‘saber oficial’, que es el aceptado a los efectos de la motivación de la decisión del juez, del llamado ‘conocimiento privado’, que, como ya se afirmó, está prohibido por mandato legal. Esta diferenciación no es sencilla, pues en la psiquis del juez ambas formas de conocimiento van y vienen sin dividirse y sin que resulte fácil distinguirlas de una forma objetiva (Stein, 1999, p. 99).

Pese a lo anterior, puede intentarse diferenciarlas a partir de la forma en que el juez adquirió dicho saber (Stein, 1999, p. 99) y, a tono con este criterio, el conocimiento oficial es aquel que se le ha transmitido al juzgador por los medios de prueba incorporados al proceso con el cumplimiento de las formalidades propias de cada caso y sin afectar derechos fundamentales. Por su parte, el conocimiento

privado se define de forma negativa e incluye todo aquel conocimiento que no cumple –en principio– con estas características; sin embargo, la fórmula enunciada no es absoluta, pues obliga a distinguir, *prima facie*, el conocimiento privado del juez de algunas figuras semejantes, por lo menos en apariencia, como son las máximas de la experiencia, los hechos notorios y el conocimiento de la normatividad o de la jurisprudencia, por mencionar las más relevantes.

Otra vía para delimitar el concepto en estudio surge de examinar el principio de la prohibición del conocimiento privado del juez, pues dicho postulado limita el convencimiento del juez a los medios de prueba (Devis, 1994, p. 110), de tal forma que los hechos sobre los cuales se funde la decisión judicial deben estar demostrados por pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes o por el juez, siempre que el mismo tenga facultades expresas para ello, como en el modelo inquisitivo. En cualquier caso, las pruebas no pueden ser suplidas por el conocimiento personal o privado que el juzgador tenga sobre los hechos y, obvio es decirlo, ello cobra más fuerza en el marco de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el vigente en Colombia.

El origen del principio examinado se asocia a los diferentes modelos de valoración probatoria: para algunos, este principio prohibitivo nace en el seno del sistema de tarifa legal, señalando, incluso, que se trata de una tarifa legal negativa; otros, en cambio, rechazan lo anterior y afirman que, aun en los sistemas de libre valoración o de íntima formación de la convicción, no es posible acudir al conocimiento privado del juez, pues en todos ellos la máxima aludida se erige como una garantía de primer orden, cuya finalidad es la de evitar la vulneración de los principios de publicidad y contradicción, verdaderas columnas vertebrales dentro de un proceso constitucional respetuoso de los derechos fundamentales de las partes. Desatender este precepto colocaría a las partes frente a un juez parcial (Devis, 1994, p. 114).

Este principio es, además, reconocido desde diferentes visiones –inclusive antagónicas– del derecho (Devis, 1994, p. 114); así, por ejemplo, J. Bentham rechazó dar cualquier valor probatorio al conocimiento privado del juez al considerar que no basta que la decisión sea justa sino que es necesario, además, que lo parezca (Bentham, 1825, p. 123) o E. Florián, quien también se muestra en contra de tal forma de conocimiento, pero porque considera, a tono con la filosofía positivista, que lo que no existe en el proceso no existe en el mundo (Devis, 1994, p. 114).

El conocimiento privado del juez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta al tratamiento del asunto por parte de la jurisprudencia nacional, es necesario enmarcar la discusión en el ámbito de la causal de casación conocida como falso juicio de existencia, pues es allí donde se estudia por parte de la Corte.

Así, en 2004, la Corporación estudió una demanda de casación interpuesta en un proceso por homicidio agravado y porte ilegal de armas; en su escrito, el accionante cuestionó el proceder del Tribunal Superior que tuvo en cuenta la constatación realizada por una de sus magistradas quien se dirigió personalmente al lugar de los hechos, lo cual le permitió concluir, con base en su percepción, que no existían vías de escape y que, por ello, el aprehendido debía ser uno de los atacantes y no un simple transeúnte (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 17.855, 2004).

En este caso, la Corte consideró que el Tribunal tomó como prueba “el conocimiento que en forma unilateral y por fuera del procesamiento adquirió la magistrada ponente, como de ello dio cuenta en la decisión” (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 17.855, 2004); no obstante lo anterior, también señaló que los efectos nocivos de esta clase de error están atados a su capacidad “para servir de prueba exclusiva del *hecho* o para reemplazar la prueba del mismo que ha sido aportada” (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 17.855, 2004). Por lo tanto, como consideró que en el proceso entonces en estudio obraban pruebas suficientes para determinar la responsabilidad penal del procesado, pese a reconocer el error de hecho, optó por no casar la sentencia impugnada.

El siguiente antecedente importante sobre la materia se encuentra en el Auto del seis (06) de mayo del mismo año (Corte Suprema de Justicia, Auto No. 15.754 de 2006) –citado en numerosas ocasiones por el máximo tribunal en lo penal–, mediante el cual fue inadmitida una demanda de casación. En dicha ocasión, la Sala indicó que el denominado error de hecho por falso juicio de existencia solo puede darse en una de dos formas: por omisión, es decir, porque el juez ignoró una prueba que obraba dentro del proceso, o por suposición, cuando el funcionario incluyó en las consideraciones una prueba que nunca fue debidamente incorporada; en este último supuesto se encuadra el fenómeno del conocimiento privado del juez.

Así mismo, afirma que este error de hecho ‘tiene una naturaleza puramente objetiva al ocurrir en el plano lógico de la *aprehensión material* de la prueba durante el proceso de construcción de la sentencia’ y añade, en orden a precisar los requisitos para la formulación del cargo, que:

Una censura de violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia en la forma de suposición de prueba, que pretenda ser estimada como correctamente enunciada y adecuadamente fundamentada, debe partir de la identificación exacta de cuáles fueron las pruebas en que se fundó la decisión. Una vez realizado ese ejercicio, debe distinguir de manera clara y precisa, si entre esas pruebas existe alguna que haya sido objeto de suposición por parte de los Juzgadores, en caso positivo, debe identificarla y demostrar cuál fue exactamente su incidencia en la construcción del fallo atacado [...] (Corte Suprema de Justicia, Auto No. 15.754 de 2006).

El 21 de julio de la misma anualidad, al estudiar de un caso de usurpación de marcas y patentes, la Corte (Sentencia No. 19.702 de 2004) revisó nuevamente el tema del conocimiento privado del juez que profirió sentencia condenatoria sin que se hubiera allegado al proceso el registro de la marca en cuestión; ello, en

opinión del recurrente, implicaba que no se había probado el elemento normativo objetivo del tipo de usurpación de marcas y patentes consistente en la calidad de ‘protegida legalmente’. En aquella ocasión, la Corte encontró probada la causal alegada y casó la sentencia.

Luego, en sentencia de dos de septiembre de 2009, al referirse al principio de necesidad de la prueba, la Corporación apuntó que:

De manera insalvable los actos y providencias que se profieran al interior del debido proceso penal en sus etapas de investigación y juzgamiento, necesariamente deben estar fundados en soportes que obedezcan a existencia material y desde luego jurídica, y en esa medida no pueden llegar a ser objeto de suposiciones ni de omisiones, ni suplirse a través de conjeturas, ni por el conocimiento privado del juez [...] (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 29.221 de 2009).

De igual forma, resaltó que:

El conocimiento privado del juez o de los demás sujetos procesales no tiene efectos probatorios. El juez no puede ostentar simultáneamente con su labor juzgadora la calidad de testigo. La decisión judicial sólo puede pronunciarse sobre lo probado en el curso de la actuación. La evaluación de pruebas inexistentes vulnera este principio y constituye una irregularidad sustancial generadora de nulidad (artículo 457 inciso 1°). El falso juicio de existencia al valorar la prueba viola este principio y da lugar a casación (art. 181 numeral. 3°). Este principio está íntimamente ligado al de legalidad. Cumple con la necesidad, la prueba practicada legalmente o de manera regular, esto es, por el sujeto competente, cuando su objeto es pertinente, el procedimiento o rito de su aducción es el previsto en la ley y la valoración se produce libremente [...] (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 29.221 de 2009).

En esta revisión de la jurisprudencia más relevante, es necesario mencionar el salvamento de voto del magistrado Bustos Ramírez a la sentencia de once (11) de abril de 2012, en la cual se analizó la absolución de un médico cirujano por el delito de lesiones personales culposas. En esa decisión, según el magistrado que salvó el voto, la Corte sorprendió a la defensa al dejar de lado los precisos términos de la acusación, abandonar el contenido de la pericia científica y acudir a las manifestaciones de legos en la materia, con base en documentos de apariencia científica que no fueron materia de controversia durante la investigación o el juzgamiento. Como resultado de lo anterior, la Corporación afirmó que el yerro del galeno se presentó en el procedimiento quirúrgico y que dicho desacierto causó las lesiones en la paciente.

Agrega que su mayor preocupación radica en que, a su modo de ver:

A partir de ahora va a generarse de manera equivocada, por ende nociva para la funcionalidad del modelo de procesamiento penal, en el sentido que los jueces se hallan facultados por el ordenamiento para prescindir de la pericia científica y realizar sus propias averiguaciones sobre el estado de la ciencia de cuyo conocimiento de ordinario carecen y, a partir de allí, supliendo a los doctos en la materia, expresar particulares criterios sobre un caso concreto, a la mejor manera de aquello que se ha

convenido en denominar “el conocimiento privado de juez” [...] (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 33.920 de 2012).

Y, a renglón seguido, apunta:

Por ello llama la atención que en la decisión se afirme que el médico procesado ha debido realizar la cirugía de tal o cual modo, o aplicar determinados procedimientos, o recetar un específico medicamento porque así aparece en alguna literatura consultada a propósito de la decisión, sin posibilidad alguna de permitir la controversia de las partes, pues no puede olvidarse que aún en el caso del dictamen pericial, la ley les confiere la oportunidad de pedir aclaración o incluso de presentar objeción por error grave u ostensible [...] (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 33.920 de 2012).

En una decisión posterior, bajo el radicado 34867, indica la Corte que: “la prohibición a la que alude la norma (artículo 435) se vincula con el conocimiento personal de los *hechos investigados*, no con la aplicación de principios o teorías científicas, de aceptación universal, de los cuales se tiene conocimiento” (Corte Suprema de Justicia, Auto No. 34867 de 2012).

Finalmente, ya en el año 2013, la Sala consideró que la motivación de un juez de primera instancia para condenar con base en la percepción que tuvo de la forma de caminar del acusado al ingresar y abandonar la sala de audiencias, que correspondía con la descripción de un testigo constituía “una suerte de conocimiento privado del fallador, que le hace adquirir la condición excluyente de testigo y juez en el mismo proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 36.518 de 2013).

El concepto de ‘conocimiento privado’ y la justificación de su utilización.

Con base en lo anterior, es posible aproximarse al concepto ‘conocimiento privado’ del juez, definiéndolo y caracterizándolo, a partir de los diferentes elementos aportados tanto por la doctrina como por la Corte, al tiempo que se exponen las consecuencias de su aplicación al caso examinado en la sentencia objeto del presente comentario.

En primer lugar, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el objeto del conocimiento privado del juez son los hechos; de tal forma que se puede considerar como privado todo aquel conocimiento del juez referido a los hechos objeto de discusión en el proceso, no así el que se posee sobre teorías, técnicas, máximas de la experiencia, entre otros, pues los mencionados, aunque sean información conocida por el juez de modo exclusivo, no constituyen hechos en sí mismos sino medios para valorar estos últimos.

En segundo lugar, es importante advertir que el conocimiento susceptible de catalogarse como privado es el obtenido por el juez a través de ciertos medios; así, se considera que hacen parte del conocimiento privado del juez todos los datos relativos a la existencia de los hechos aprehendidos por el funcionario gracias a medios distintos a los probatorios debidamente decretados y practicados en el marco del proceso penal correspondiente.

En tercer lugar, este tipo conocimiento debe ser utilizado para motivar la decisión, pues lo reprochable no es el hecho de poseerlo sino, más bien, el de utilizarlo a la hora de fundamentar la sentencia; en tal sentido, el art. 435 CPP, en su inciso segundo, dispone que 'en ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar'. Se trata, entonces, de un conocimiento que versa sobre los hechos objeto del proceso que no fue obtenido mediante los medios probatorios debidamente decretados y practicados y que sirve de sustento a la decisión del juez.

Puesto en clave de lo que podría ser su desarrollo jurisprudencial como causal de casación, debería añadirse una condición más: dicho conocimiento ha de ser determinante para la decisión adoptada; esto, naturalmente, habrá de examinarse en cada caso y teniendo a la vista el material probatorio existente.

Ahora bien, aunque no puede negarse que existen otros conceptos capaces de generar algún tipo de confusión a la hora de deslindarlos del 'conocimiento privado' del juez, como ocurre con los hechos que no requieren de prueba o las máximas de la experiencia, lo cierto es que la delimitación es posible si se atienden los criterios expuestos con antelación.

En otro orden de cosas, y esclarecidas las pautas que permiten precisar cuándo se está frente a un conocimiento privado del juez, corresponde indicar las razones por las cuales conviene prohibir su uso: por una parte, su interdicción protege el debido proceso en tanto garantiza los principios de publicidad y de contradicción; actualmente, resulta inaceptable un modelo de proceso penal que permita recurrir a motivaciones subterráneas, alejadas de las condiciones que propicia el debate probatorio. En este sentido, propende por la armonía del sistema de valoración de las pruebas, posibilitando la discusión y la participación de las partes e intervinientes que emplean los distintos medios probatorios para controvertir los hechos.

Por la otra, se preserva el principio del juez imparcial y, en este sentido, se mantiene la integridad del sistema/principio acusatorio, pues si el juez acude a su conocimiento privado o, peor aún, si se convierte él mismo en investigador de los hechos, se transforma en una parte.

La sentencia comentada y el conocimiento privado del juez.

La conducta del juez que, a espaldas de las partes, después de concluida la controversia probatoria y surtida la vista pública, ingresa a un buscador web donde encuentra un protocolo mexicano con base en el cual, durante la audiencia de lectura del fallo, precisa el deber objetivo de cuidado que le cabía a los investigados, es, sin lugar a dudas, un caso que hace evidente el uso de un conocimiento privado.

En efecto, el juez de la primera instancia declaró conocer un hecho relevante para el proceso, cual fue el procedimiento 'adecuado' para el tratamiento del caso de escroto agudo (hechos).

Dicho conocimiento sobre el procedimiento lo obtuvo de un documento al cual tuvo acceso mediante una búsqueda en internet realizada por él mismo, no a partir de las pruebas debidamente decretadas y practicadas, privando a las partes de la posibilidad de debatir sobre el protocolo mismo o sus contenidos (medios).

A partir de la constatación de la referida infracción al deber objetivo de cuidado, fundamentó la responsabilidad de los procesados en la modalidad culposa (uso) y, además, el mismo juez indicó expresamente que las pruebas practicadas en el juicio no permitían derivar la responsabilidad penal y que, por ello, la referencia al protocolo derivaba fundamental (determinante).

En este sentido, no puede estarse de acuerdo con la segunda instancia cuando le restó importancia a que el juez *a quo* hubiera hecho uso de un conocimiento privado, llegando incluso a negar que ello hubiera ocurrido, al margen de que finalmente considerara que en la actuación sí obraban pruebas suficientes para endilgar responsabilidad a los médicos condenados. Atendidos los criterios expuestos en precedencia, parece innegable que, efectivamente, el juez *a quo* acudió a su conocimiento privado para fundamentar la sentencia condenatoria.

Por último, preocupa el lenguaje un tanto agresivo y condescendiente con el que se refieren en la sentencia los argumentos de los recurrentes y la forma apresurada en la que se despachan los mismos, pues ese, en nuestro parecer, no es un actuar consecuente con la función desempeñada por quien tiene la importante misión de administrar justicia y colma de emociones no deseadas un espacio que, deontológicamente, pertenece al campo de la argumentación jurídica y nada más.

Bogotá, febrero de 2016.

Referencias

Auto 34.867 (2012, junio 27). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Auto 15.754 (2004, mayo 6). Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*. París: Bossange Frères.

Cafferata, J. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.L.R.

Calamandrei, P. (1973). *Derecho procesal Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Canosa, U. (1999). *Derecho probatorio disciplinario*. Bogotá: Procuraduría general de la nación.

Carnelutti, F. (2007). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis.

- Dellepiane, A. (2003). *Nueva Teoría de la Prueba*. Bogotá: Temis.
- Devis, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, (Tomo II). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Fierro, E. (2010). *La prueba ilícita e ilegal efectos jurídicos en el proceso penal*. Bogotá: Leyera.
- Parra, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Sentencia 17.855 (2004, febrero 18). Casación. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 19.702 (2004, julio 21). Casación. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29.221 (2009, septiembre 2). Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 31.197 (2009, marzo 26). Casación. M.P. María del Rosario González. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33.920 (2012, abril 11). Casación. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36.518 (2013, octubre 9). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Ramírez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Stein, F. (1988). *El conocimiento privado del juez*. Bogotá: Temis.
- Vargas, Á. (2010). El trasfondo jurídico-político del deber de motivar que pesa sobre el juez en el sistema acusatorio. En F. Velásquez (Coomp). *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos. Colección Estudios de Derecho* (pp. 139-178). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

IV

Reseñas y recensiones

Ontiveros Alonso, M. (Dir.) (2015). *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*. México D.F.: Ubijus, 668 p.

Más allá de las dificultades inherentes a su denominación y al ámbito que con ella se pretende demarcar, es un hecho indudable que la irrupción del llamado 'derecho penal económico' en el escenario de lo penal ha causado importantes consecuencias: el diseño de una política criminal pensada para 'enfrentar' una delincuencia de carácter económico con alcance global en la que intervienen corporaciones, la 'adaptación' de la parte general (de la teoría del delito y, también, por supuesto, de la pena), la redefinición de algunos 'delitos tradicionales' y la creación de un importante número de 'nuevos delitos' al amparo de una técnica legislativa que confronta los principios clásicos o, en fin, los ajustes en punto de las técnicas de investigación y de los regímenes procesal y probatorio, ilustran con claridad meridiana lo dicho.

Las plurales y muy diversas cuestiones que el derecho penal económico propone justifican sobradamente el interés que esta – ya no tan nueva– parcela del derecho penal ha suscitado entre los estudiosos a lo largo de los últimos 30 años. En esta línea temática se inscribe el *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, dirigido por el Prof. M. Ontiveros Alonso y prologado por el Prof. Dr. Dr. *h. c. mult. U.* Kindhäuser, que, en su primer número, recoge una cantidad significativa de contribuciones –realizadas por reconocidos especialistas de Latinoamérica y Europa– en torno a varios de los temas anunciados en el párrafo anterior.

En efecto, un par de esos escritos se dedican a los aspectos más generales del significado político del derecho penal económico (E. Demetrio Crespo) y a las dificultades inherentes a la sanción de esta forma de delincuencia 'de cuello blanco', a la cual contribuyen la percepción social sobre la misma y el contexto empresarial que la acompaña con frecuencia (L. Zúñiga Rodríguez).

Otro grupo importante de autores, por su parte, reflexiona sobre materias relativas a la parte general tales como las relaciones entre la teoría del delito y el derecho penal económico (J. M. Silva Sánchez) y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este último tema se aborda desde diversas perspectivas y no sólo las que incumben a la aludida parte general propiamente dicha: se destinan sendos acápites a la filosofía y política de la atribución de responsabilidad en estos casos (J. L. Guzmán Dalbora), a los interrogantes que suscita su penalización en México y en España (R. F. Ríos Garza) o a su evolución en los ordenamientos argentino (E. C. Sarrabayrouse) e italiano (R. A. Ruggiero). También se

analizan, en clave procesal, las consecuencias penales para tales sujetos (J. Ch. Pérez Flores) y la aplicación de la conformidad en España (N. Rodríguez García).

Dentro del grupo aludido de aspectos relativos a la parte general pueden incluirse, asimismo, los escritos sobre el papel que le corresponde a los programas de cumplimiento normativo en la determinación de la responsabilidad penal por delitos económicos. En este punto, se examinan los mecanismos para hacerlos más efectivos (M. Muñoz de Morales Romero) y su aplicación en el entorno particular de los grupos económicos (L. Carranza Figón) o de ciertas actividades especialmente 'riesgosas', en concreto, la de los casinos (M. Ontiveros Alonso).

Finalmente, en lo atinente a la parte especial, los estudiosos invitados a intervenir en esta publicación tratan los delitos de revelación de secretos industriales y su sanción en México (M. Gallardo Rosado), el abuso de mercado –abuso de información privilegiada y manipulación del mercado– como un banco de prueba para la integración de los regímenes administrativo y penal en la Unión Europea– (J. Vervaele), la manipulación del mercado, si bien desde la perspectiva de los retos que dicho comportamiento propone para el derecho penal –económico– del siglo XXI (C. Gómez-Jara Díez), las quiebras punibles y el derecho concursal mexicano y español (L. Roca de Agapito) y, cómo no, el lavado de activos cuyo tratamiento se propone desde varios frentes: para ilustrar la normativización del derecho penal (M. Polaino-Orts), refiriéndolo a ciertos delitos fuente como el tributario (D. C. Caro Coria) o los relativos a la ordenación territorial –en España– (M. Á. Núñez Paz) o, en fin, respecto de los honorarios que perciben los abogados (J. A. Caro John).

También merecen un capítulo aparte los delitos patrimoniales, cuyo nexos con los delitos económicos es innegable y su distinción, en no pocas ocasiones, compleja. En esta materia se propone un sistema –con todo lo que ello implica– de protección penal del patrimonio elaborado a partir de los delitos de hurto, estafa, extorsión y receptación que sirven como referente para su construcción (U. Kindhäuser).

En este primer número del Anuario, conforme se colige de los contenidos publicados, hay dos temas que llaman poderosamente la atención de los autores: por una parte, el asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (con seis contribuciones) y, por la otra, el lavado de activos (con tres). En relación con el primero, además de la ya tradicional e inagotable referencia a los problemas inherentes a su implementación en los sistemas de tradición continental-europea, cabe destacar las muy interesantes cuestiones de carácter procesal propuestas, pues dicho aspecto no ha sido explorado con la misma intensidad que el sustantivo. Debe añadirse a favor de esta evidente proliferación de escritos sobre el asunto indicado, que a ella contribuye una situación coyuntural: la reciente incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el distrito federal –al igual que en España o en Chile–, lugar, no se olvide, de la publicación del Anuario.

También, a propósito de este tópico, resaltan los escritos dedicados a los programas de cumplimiento normativo (tres artículos adicionales), en tanto mecanismo diseñado para prevenir, detectar y controlar riesgos, no sólo de mercado o financieros, sino normativos –y en este caso, penales–, así como al impacto de tales instrumentos a la hora de atribuir responsabilidad penal a las empresas y/o a sus órganos. De ahí la preocupación por su efectividad.

Por cuanto mira con el segundo tema, no puede dejar de advertirse que el lavado de activos se encuentra presente en el escenario penal desde hace ya algún tiempo y que no siempre está relacionado con la ‘delincuencia económica’; no obstante, la doctrina especializada ha entendido de forma mayoritaria que el blanqueo es, en sí mismo, un delito que atenta contra el orden económico y, además, en un número no menor de casos, el delito que origina los recursos cuya legalización se penaliza también se considera económico.

En este sentido, resultan más que pertinentes las referencias al delito tributario como delito fuente –al hilo del cual se proponen serios problemas– o a los punibles que, en España, atentan contra la ‘ordenación territorial’ –sin que estos puedan equiparse, sin más, a la llamada ‘corrupción urbanística’, que posee un alcance mayor– y, claro, a la actividad de ciertos profesionales, en especial, los abogados, cuya participación en la cadena de lavado ha despertado muchos interrogantes, uno de los cuales es objeto de examen particular en esta obra: el atinente a los honorarios pagados con recursos de origen ilícito.

En cualquier caso, el elenco variopinto de aspectos tratados en esta edición del Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico refleja, sin pretensión de exhaustividad, la diversidad de ámbitos en los cuales incide el derecho penal económico; naturalmente, la relevancia tanto teórica como práctica de las temáticas asociadas a este último explica con suficiencia el interés de los autores en tales cuestiones y justifica la publicación de la obra. Mal haría, entonces, en reclamarse una selección de temas diferente o exigirse una mayor cobertura en los mismos, pues, lo cierto es que pretender una obra universal en la materia resulta, cuando menos, irrealizable.

Habida cuenta de los asuntos analizados y del renombre de sus autores, bien puede recomendarse la lectura de esta obra en la que el interesado –trátase de un teórico o de un práctico– seguro encontrará ideas sugerentes y enfoques críticos sobre estos temas. La comunidad académica de habla hispana debe recibir con agrado esta iniciativa liderada por el Prof. Ontiveros Alonso, cuya realización da cuenta de un gran esfuerzo editorial.

Renato Vargas Lozano.

Gómez, J. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 477 p.

El texto que se reseña, de autoría del connotado catedrático español, Prof. Dr. Dr. h. c. Juan-Luis Gómez Colomer –que es prologado por el Profesor Fernando Velásquez Velásquez a quien, además, está dedicado–, constituye, como él mismo indica, un ‘manual’ de introducción al derecho procesal penal norteamericano. Se trata de una edición elaborada para el contexto latinoamericano y, en especial, para Colombia, que recoge tres investigaciones efectuadas con anterioridad: dos de ellas bajo la coordinación del autor y, la tercera, de su autoría exclusiva. El texto presenta una explicación sencilla, pero no menos profunda, de las bases constitucionales del sistema penal federal norteamericano y su funcionamiento, a partir del análisis de algunos de los casos más importantes resueltos por los tribunales, particularmente, por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.

El libro se desarrolla en quince acápites: el primero, está dedicado al estudio de las bases del *Estado federal norteamericano, sus claves internas y características esenciales* y allí se presenta un buen resumen del modelo de Estado que caracteriza a esa nación, del cual emanan los principios que rigen su sistema de enjuiciamiento criminal. En el segundo, el autor se ocupa de *La base constitucional del sistema adversarial*, a partir de un examen global de la Constitución –y de los conceptos básicos de los principios consignados en ella– que inciden en el proceso penal federal (incluyendo las distintas teorías que coexisten en la jurisprudencia del Tribunal Supremo); el capítulo concluye con una breve exposición de las características esenciales y de la estructura general del proceso penal federal.

El tercero, con una visión histórica y práctica, ilustra sobre *El “Adversarial system”, su principio clave y la regla máxima*, variantes primordiales del mencionado sistema de enjuiciamiento criminal. El cuarto, trata de *Los principios de la acusación y de la defensa* y se desarrolla en dos literales o subtemas, para concluir con el análisis de las bases constitucionales del proceso penal. En el quinto, explica el rol de los *Tribunales, sujetos, partes e intervinientes*, protagonistas de los sistemas judicial penal federal y de las distintas jurisdicciones penales estatales, incluida una presentación de los aspectos fundamentales estructurales en que se organiza cada una de dichas jurisdicciones.

En el sexto, efectúa una *Especial consideración de la víctima del delito* (desde los orígenes de este concepto) y propone una serie de reflexiones en torno al complejo tema del papel de la víctima y de las posibilidades de su participación, escasamente proyectada en el marco del sistema adversarial. La exposición presenta con claridad los derechos procesales reconocidos a este ‘sujeto procesal’ en el sistema estadounidense, a partir primordialmente de la legislación de los Estados –en lo cual fue pionero el Estado de California en 1982– y, ya en el contexto federal, con base en las leyes promulgadas en 2004 y 2008. El séptimo, referido al estudio de las

Medidas de investigación, medidas cautelares y declaraciones, plantea una reflexión sobre las instituciones procesales que conforman el proceso penal federal norteamericano, tema que ocupa el espacio del texto hasta el acápite undécimo.

En el capítulo duodécimo, bajo el título *El desarrollo supranacional del sistema adversarial: el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*, el autor presenta un esquema del funcionamiento del proceso penal ante la *Corte Penal Internacional*. En esa misma línea, destina el tema décimotercero a examinar cómo se ha entendido el *Adversarial System* estadounidense en Alemania e Italia. Lo propio hace en el apartado décimocuarto, con ocasión de la implementación del sistema adversarial en Nicaragua, proceso al que califica como *La verdadera reforma adversarial: el Código procesal penal de Nicaragua 2001*.

Para culminar, el tema décimoquinto se dedica al análisis crítico de *La implementación del sistema adversarial en Colombia*. Bajo el tamiz de observador foráneo atento y dada su experiencia como catedrático y coordinador de la Maestría en Derecho, línea de Derecho procesal penal, en la Universidad Sergio Arboleda en Bogotá, el autor ofrece su opinión sobre el estado del proceso colombiano, a lo cual procede identificando los principios que inciden en el proceso penal, reconocidos por nuestra Constitución, la ley y la jurisprudencia en el ámbito penal. Seguidamente, fija la atención sobre las instituciones de tradición adversarial que no incorporó nuestro ordenamiento o que añadió con restricciones, como *El Jurado* o la 'restrictiva' regulación del principio de oportunidad que, para el autor, constituyen debilidades en su mayoría. Al final, presenta importantes conclusiones, a modo de reflexiones para 'futuras reformas'.

En definitiva, se trata de un libro que ofrece un buen punto partida para los interesados en el estudio del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, que les permitirá conocer sus bases con gran rigor académico y científico; y que, por supuesto, se convierte en un magnífico texto para la cátedra que el Profesor Gómez Colomer imparte en los posgrados de Derecho penal de nuestra Universidad, para el caso la Especialización en Derecho Penal y la Maestría de Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal.

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.

Ruiz, C. E.; Vargas, R.; Castillo, L. & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 214 p.

La Universidad Externado de Colombia, con el apoyo de la Presidencia de la República y del Ministerio de Justicia y del Derecho, publicó en junio de 2015 la primera edición de la obra 'El lavado de activos en Colombia'. Dicho texto se enmarca dentro de las actividades desarrolladas a propósito de la consultoría que, sobre el tema, fue desarrollada por la Profa. Dra. Carmen E. Ruiz López –investigadora principal– y el Prof. Dr. Renato Vargas Lozano –coinvestigador quien, recuérdese, codirige el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas” adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda–, con la colaboración de Daniel E. Cardona Soto y Laura Nataly Castillo Garay –auxiliares de investigación–.

El texto es de fácil lectura, máxime que sus autores se proponen efectuar un estudio completo de los elementos que componen el delito sobre el cual versa su investigación, valiéndose de un método expositivo sencillo que, no por ello, deja de ocuparse de las principales cuestiones relativas a la conducta punible estudiada y al hilo de las que proponen interesantes reflexiones críticas soportadas en una revisión bibliográfica adecuada y actualizada. El libro, se distribuye en dos capítulos: el primero, al contexto internacional de la lucha contra el lavado de activos y, el segundo, al tipo penal de lavado de activos.

Resulta de especial interés la definición del lavado de activos como un proceso encaminado a legalizar o darle apariencia de legalidad a los bienes originados en los delitos fuente o determinantes y no sólo como un mero tipo penal o el resultado de su realización; esto último es importante, por cuanto sirve de premisa para analizar la normativa internacional y su ulterior desarrollo en los ordenamientos nacionales. A propósito de ello, no puede olvidarse que el complejo entramado de normas internacionales, tanto de *hard law* como de *soft law*, propone serias dificultades, como advierten los autores, para la creación y la interpretación de las normas internas sobre el asunto.

La referencia a la ‘política criminal internacional’ en esta materia, la manera en que la misma condiciona las reformas internas y la precisión de los instrumentos internacionales que revisten mayor relevancia sobre el particular –acompañada de las transcripciones de los apartes esenciales en cada caso–, permiten que el lector se haga una idea clara de esas cuestiones y, al mismo tiempo, facilita la explicación de la influencia de los agentes e instrumentos internacionales en la formulación del tipo penal en Colombia, siempre bajo el entendimiento acorde con el cual el lavado de activos supone un problema supranacional que trasciende las fronteras de los países y que, por ende, precisa de un tratamiento conjunto.

Del mismo modo, y por cuanto mira con la aparición del tipo penal respectivo en la legislación colombiana, el escrito contiene una referencia a su evolución, desde la aprobación en 1993 de la Convención de Viena de 1988, pasando por las

sucesivas reformas a la ley penal. Una prueba de la constante transformación de este delito se advierte en el hecho de que, debido a la fecha de la publicación de la obra, no se incluyó la última modificación producida por la Ley 1762 de 2015, cuyo propósito fue el de adoptar instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos, y la evasión fiscal.

Los autores resaltan el estrecho vínculo de este tipo penal con la economía y, por ende, con el llamado derecho penal económico, a partir del examen de las peculiaridades jurídicas y extrajurídicas del ilícito penal referido; lo cual no impide, conforme se deja constancia en el texto, afirmar el carácter pluriofensivo del delito en comentario. Tampoco se privan los autores, con justificada razón, de insistir en la necesidad de brindar mayor preponderancia a la figura del comiso y, en general, a las medidas que afectan los bienes de origen ilícito.

En lo dogmático propiamente dicho, la obra en cuestión, se ocupa de examinar los diferentes elementos que integran el tipo objetivo y subjetivo, al hilo de lo cual aluden a diversos asuntos problemáticos: la posibilidad de sancionar el auto-blanqueo, la determinación del bien jurídico penal tutelado, la explicación de los verbos rectores y la necesidad de delimitar su alcance, la selección de los delitos previos, así como la conveniencia de incluir finalidades específicas que contribuyan a reducir la equívocidad de ciertas conductas o la posibilidad de sancionar el dolo eventual o la modalidad imprudente, son buenos ejemplos de las cuestiones tratadas.

Sin duda, el fin perseguido con esta producción académica, que en palabras de sus autores no era otro distinto que contribuir al análisis y discusión de los asuntos sobre los cuales versa esta investigación, queda satisfecho a plenitud y la convierten en una pieza de gran utilidad para quien deba aproximarse, por razones profesionales o académicas, al estudio de los delitos contra el orden económico y social en general, y, al lavado de activos, en particular. Su necesaria actualización a los cambios legislativos y a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, sumados al éxito editorial que ha tenido, hacen prever una –pronta– segunda edición.

Camilo Andrade Martínez.

V

Entrevista

PROFESOR ÁLVARO VARGAS

CDP: Profesor, por favor cuéntenos acerca de su formación y trayectoria académicas.

Prof. Álvaro Vargas: Mi carrera docente comenzó en el año de 1979, cuando, desempeñándome como Fiscal del Juzgado Octavo Superior de Medellín, acepté la invitación del Profesor Alfonso Ortiz Rodríguez a impartir un curso de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, institución ésta donde –unos cuantos años atrás– me había recibido como Doctor en Derecho. A partir de ese momento (yo diría que por puro azar), he tenido, pues, que habérmelas, en forma simultánea, tanto con el Derecho Penal, en cuanto escenario de mi práctica profesional, como con el Derecho Procesal Penal, área ésta dentro de la cual se produjo mi primer acercamiento al mundo académico.

Con el paso de los años, al cultivo de estas dos disciplinas se fueron agregando, tanto el de la Teoría General de la Prueba (al principio como respuesta a las demandas propias del ejercicio profesional), como el de la Teoría General del Proceso (fruto de un concienzudo esfuerzo por explorar cada vez más el universo de lo procesal), al punto de que, en el año de 1996, la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (a cuya nómina profesoral me había integrado desde hacía varios años) tuvo a bien certificarme como Especialista en Derecho Procesal.

Para entonces, ya mi ciclo docente con la Universidad de Medellín (de cuya Facultad de Derecho había llegado a ser decano en el año de 1988), había concluido por mi propia voluntad, pero –casi al unísono– me habían abierto generosamente sus puertas (¡sin yo haberlas tocado jamás!) las facultades de derecho de las Universidades Autónoma Latinoamericana (donde impartí lecciones de Teoría General del Proceso entre los años de 1987 y 1991) y Pontificia Bolivariana de Medellín, cuyos requerimientos apuntaban en la línea del Derecho Procesal Penal.

A esta última casa de estudios estuve ininterrumpidamente vinculado entre los años de 1988 y 2001, cuando, tras más de 20 años de intensa actividad académica (que –además de los cursos de pregrado y de la publicación de libros y artículos en revistas especializadas– incluía la participación en programas de posgrado de diferentes universidades y la intervención como ponente en distintos congresos y seminarios de carácter nacional e internacional), decidí liberarme, por algún tiempo, de las gratas pero extenuantes obligaciones docentes, para dedicarme por completo al ejercicio de mi profesión en el área penal.

No había, empero, transcurrido siquiera un par de años desde mi retiro de los claustros universitarios, cuando, desde el Instituto de Ciencias de la Salud de Medellín (hoy Universidad Ces), se me invitó poner en marcha, como decano fundador, un nuevo programa de derecho, dejándoseme en plena libertad para implementar las estrategias formativas que me aconsejara mi experiencia y otorgándoseme la posibilidad de disponer (sin mayores estrecheces) de los recursos necesarios para ello.

Entre finales de 2003 y comienzos de 2009, comprometí, entonces, buena parte de mi energía vital (aunque sin abandonar del todo mi oficina de abogado) en el diseño e implementación del aludido proyecto, cuya suerte acompañé hasta cuando tuve la fortuna de graduar a los primeros egresados del programa, momento a partir del cual opté por retomar de lleno el ejercicio profesional, sin perjuicio de continuar adelantando (hasta culminar exitosamente las asignaturas que integraban el programa) los estudios de Filosofía que –a nivel de Doctorado– había comenzado a realizar en la Universidad Pontificia Bolivariana, poco tiempo después de haber aceptado el reto de poner en marcha la Facultad de Derecho de la Universidad Ces.

A propósito de la Filosofía, quisiera agregar, antes de proseguir, que, aunque yo no creo que exista ninguna relación especial entre ella y el derecho penal, de lo que sí no dudo es que el hábito de frecuentar los discursos que se producen en dicho ámbito contribuye en ingente medida a refinar los propios, al tiempo que ayuda a entender cómo casi todo en cualquier campo del saber puede ser controvertido.

Esclarecido lo anterior y tornando al relato atrás interrumpido, ocurrió, empero, que, casi en forma simultánea con mi voluntario retiro de la plurimentada decanatura, se me hizo desde la –hoy llamada– Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana un amistoso llamado que me hizo retornar a ese claustro, donde, para cerrar mi dilatada carrera como docente de pregrado, entre los años de 2009 y 2011, además de tomar a mi cargo sendos cursos de Derecho Procesal Penal y Pruebas Penales, pude proseguir el estudio y la enseñanza (ya iniciados desde mi reciente tránsito por la decanatura que anteriormente mencioné) de la Teoría General del Derecho, disciplina ésta que, conjuntamente con la Filosofía del Derecho, aglutina, desde hace varios años, el grueso de mis preocupaciones, disertaciones y publicaciones académicas.

CDP: Recordadas ya su formación y trayectoria académicas, descríbanos, de forma resumida, su trayectoria profesional y, en especial, algunos de los aspectos más relevantes de su carrera como abogado penalista en ejercicio.

Prof. Vargas: Después de un breve tránsito por la rama judicial y el Ministerio Público, que se extendió entre el primero de septiembre de 1975 y el once de enero de 1980 (lapso dentro del cual oficié, sucesivamente, como Juez Promiscuo Municipal de Montebello, Juez 28° Penal Municipal de Medellín y Fiscal del Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad), abrí formalmente –a partir de la segunda de las aludidas fechas– una oficina de abogado penalista que, desde entonces, no

solo no ha cerrado nunca sus puertas, sino que, adicionalmente, me ha permitido proveer decorosamente a mi 'congrua subsistencia' (para decirlo a la manera del Código Civil) y a la de todas las personas a mi cargo.

Si hubiere que intentar un balance (como se me sugiere en la pregunta), yo señalaría que, al cabo de estos 36 años de vida dedicados al ejercicio profesional independiente en el área penal, puedo inventariar como inestimables activos intangibles, por un lado, la certeza de no haber defendido nunca, a mis ojos, una causa manifiestamente injusta y, por el otro, la de no haberlo hecho jamás utilizando métodos o procedimientos reñidos con el decoro propio de la profesión, hasta el punto de que todavía hoy (en un medio como el nuestro, donde nada se perdona ni se olvida) puedo caminar solo por cualquier parte, sin experimentar ningún temor.

CDP: ¿Quiere contarles a nuestros lectores cuál ha sido su mayor éxito profesional en este ámbito y cuál su mayor frustración?

Prof. Vargas: Más que hablar de un 'éxito profesional', en singular, me gustaría resaltar que, a esta altura de mi periplo profesional –que ya no puede considerarse breve–, creo poder enorgullecerme del afecto y la calidez con que suelo ser recibido en los despachos de los fiscales, jueces y magistrados que, a lo largo de todos estos años, han interactuado conmigo en el infatigable trasegar por los estrados judiciales.

Esos mismos funcionarios –debo resaltarlo–, agrupados en el Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia (el más antiguo e importante del país), me han honrado, incluso, en dos distintas oportunidades, con sendas condecoraciones: una, al mérito académico; otra (para mí, más importante, pues equivale a enlistarme entre sus pares), exaltándome a la calidad de miembro honorario de esa reputada institución.

En punto de 'frustraciones' (lo digo en plural aunque –en verdad– no han sido tantas), no puedo dejar de rotular como tales aquellas eventualidades en las cuales (tal vez por defecto de imaginación) no he logrado encontrar la vía argumental o el lenguaje adecuados para persuadir a un juzgador, singular o colegiado, de la necesidad de absolver a un justiciable.

CDP: ¿Cuál es el teórico del derecho penal que más ha influido en su formación como académico y como cultor de las disciplinas jurídico-penales?

Prof. Vargas: Como habrá ido quedando seguramente claro a lo largo de esta conversación, no obstante haber completado ya –con buen crédito y relativo éxito– más de 36 años de ejercicio como abogado penalista, yo no me atrevo a considerarme un 'cultor de las disciplinas jurídico-penales', por lo menos al mismo nivel en que lo soy (o lo he sido) del Derecho Procesal, tanto en lo relacionado con los macro-discursos propios de la Teoría General del Proceso y de la Teoría General de la Prueba, como en lo relativo a los discursos –un poco más específicos– del Derecho Procesal Penal y de las Pruebas Penales.

Con todo, a pesar de que, tanto en la órbita del Derecho Penal como en la del Procesal, el grueso de la literatura al uso suele consistir en monografías, manuales o tratados, invariablemente escritos –salvo algunos textos alemanes– con fines didácticos (es decir, más para divulgar que para producir conocimiento), me gustaría hacer referencia a un par de obras salidas desde el mismo enclave geográfico, pero separadas entre sí por una distancia de 225 años, de cada una de las cuales puede decirse que sacudió y refrescó, en su momento, los fundamentos epistemológicos del discurso punitivo. Aludo, por un lado, al opúsculo ‘De los delitos y la penas’ de Beccaria y, por el otro, a esa especie de *suma* (en el sentido medieval) que, bajo el sugerente nombre de ‘Teoría del garantismo’, fuera desarrollada por Luigi Ferrajoli en su conocido libro ‘Derecho y razón’, cuyo tratamiento lúcido e integral de los distintos saberes constitutivos de (o relacionados con) el campo de lo punible, la convierte en una obra irrepetible e insular.

CDP: ¿Cuál es el profesor que más influyó en su formación profesional y académica y por qué?

Prof. Vargas: Tal vez con la sola excepción del polifacético abogado Federico Estrada Vélez (quien, aparte de connotado penalista y autor de un muy buen libro sobre dicha especialidad, llegó a ser, incluso, Senador de la República y Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia), la facultad de Derecho de la Universidad Medellín no contaba, durante mi época de formación, con ninguna figura especialmente rutilante dentro de su planta de docentes, un buen número de los cuales estaba conformado, en efecto, por abogados en ejercicio, jueces, fiscales o magistrados con adecuada solvencia en lo profesional y aceptable competencia en lo académico.

Entre ellos, al lado de los profesores –para entonces, todavía jóvenes– Juan Fernández Carrasquilla y Guillermo Duque Ruiz, quienes, con el correr del tiempo, terminarían por forjarse una merecida reputación en el campo penal (el primero, como reconocido tratadista y el segundo, gracias a sus ejecutorias como Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), no puedo, empero, dejar de mencionar al Profesor Alfonso Ortiz Rodríguez (para la época, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín), poseedor de una vasta y miscelánea cultura no circunscrita al mero ámbito del Derecho, quien me enseñó –con su ejemplo– que, para poder hablar de determinadas cosas, no solo se necesita conocimiento, sino, también, un cierto desenfado capaz de poner al descubierto cuánta trivialidad subyace bajo algunos temas aparentemente dotados de trascendencia.

CDP: Al hablar de su obra académica, queremos preguntarle por un trabajo en particular: La Fiscalía General de la Nación desde el ‘Sueño Mariposa’. Por favor cuénteles a los lectores qué lo llevó a publicar, entre los años de 1997 y 1998, ese libro.

Prof. Vargas: Por salud mental, yo no suelo releer nada de lo que escribo, salvo que exista para ello algún motivo especial, ni acostumbro hacerle seguimiento – después de haberme desvinculado de él– a ningún proyecto académico que haya tenido a mi cargo. Por ello, si bien tengo muy claro el talante con el cual me apliqué a componer, en su momento, ese entrañable texto, no me es fácil evocar ahora, después de más de tres lustros de haberlo escrito, cuál fue el pretexto de que me valí para encubrir (si fue que lo hice) las pulsiones propias de la vanidad, que –como todos sabemos– son el verdadero y único acicate de quien escribe siquiera una página sin tener ninguna necesidad de hacerlo.

Lo que sí quiero destacar es que, sin haber sido propiamente un *best seller* (como sí lo fue, por ejemplo, la primera edición de la Estructura básica del proceso penal colombiano), esa es una obra que en modo alguno me deshonra, pues –no obstante haber sido compuesta a medio camino entre la crónica y el ensayo, para dar cuenta de un determinado estado de cosas en una específica e irrepetible coyuntura– posee un tono y una escritura tan desenfadados y desenvueltos, que, una vez comenzada su lectura, no le queda al lector opción distinta a la de terminarla, como tuvo a bien hacérmelo saber, en su momento, el recordado Profesor (y exquisito hombre de letras) Carlos Gaviria Díaz.

CDP: ¿Qué opina Usted del estado actual de la dogmática penal en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Prof. Vargas: En Latinoamérica o en cualquier parte (pues en este campo no creo que la Geografía haga mucha diferencia), la dogmática penal ha tenido y tendrá sentido, siempre y cuando –fiel a la conocida lección del Profesor Gimbernat Ordeig– sirva tanto para racionalizar como para hacer previsible e igualitaria, sus trayéndola al capricho y a la arbitrariedad judicial, la aplicación, en concreto, del derecho penal.

Alejada de ese cometido esencialmente práctico y convertida en exótico pasatiempo de un número cada vez más reducido de especialistas, es claro que la dogmática terminará perdiendo todo contacto con el mundo –dramáticamente terrenal– de lo forense. Otro tanto le acontecerá, por supuesto, si, sucumbiendo a los cantos de sirena que ha venido entonando cierto pensamiento políticamente autoritario, continúa empecinada en colocar en el lugar otrora reservado a los seres humanos a unos meros portadores de roles, cuya condición de infractores de la ley penal no dimana, en absoluto, de la efectiva lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, sino del hecho de haber defraudado las expectativas inherentes a su respectivo rol.

CDP: Como profesor universitario se ha granjeado siempre el afecto y la admiración de sus estudiantes, ¿qué consejos les daría a los jóvenes profesores que se dedican a la enseñanza del derecho penal?

Prof. Vargas: Que asuman cada clase como si fuera la primera o la última que van a impartir. Que entiendan que ningún auditorio, grande o pequeño, tiene existencia como tal antes de que el expositor lo construya. Por ello, es deber de quien asume el reto de hablar en público cerciorarse de que cada uno de los integrantes del grupo al cual se dirige (si es pequeño) o la gran mayoría de los mismos (si es grande) se conecte con su discurso, manteniendo, al efecto, permanente contacto visual con todos –en general–, pero con ninguno –en particular–, sin omitir interpelarlos de vez en cuando, procurando, en esos casos, llamar al interpelado por su nombre.

De todas maneras, quien decida plantarse ante un auditorio (ya construido o por construir) no puede olvidar que, *al ex-poner* (es decir, *al poner afuera lo que tiene adentro*), simultáneamente, *se expone*. De ahí que quien no tenga nada que *ex-poner*, es mejor que no (*se*) exponga.

Obviamente, todos estos consejos (y recuérdese que, alcanzadas ciertas cotas existenciales, lo mejor que hacemos los mayores es aconsejar) suponen la pervivencia de aquella relación vertical dentro de la cual interactuaba, en los comienzos de mi carrera docente, el binomio profesor / alumno, que, luego de haber sido reemplazado –en la jerga de la burocracia universitaria– por el binomio docente / discente, hoy prácticamente ya no existe, pues, en el marco de una educación entendida como proceso, ya no hay profesores sino ‘facilitadores’ de dicho proceso, respecto del cual tampoco hay alumnos sino ‘participantes’.

CDP: Atendido el contexto que propone la llamada ‘sociedad de la información’ y el uso extendido de las nuevas tecnologías connatural a la misma, ¿cuál cree Usted que es su impacto en la enseñanza del Derecho penal?

Prof. Vargas: En un entorno social caracterizado, cada vez más, por la proliferación de aquellos contactos inexistentes (o ‘no-contactos’), que suelen suscitarse dentro de los ‘no-lugares’ de que habla la antropología urbana contemporánea (aeropuertos, centros comerciales, etc.), no es extrañar el hecho de que, cada vez con más ímpetu, los administradores oficiales del saber propugnen por erigir al ‘aula virtual’ como el escenario más adecuado para el desenvolvimiento del proceso enseñanza / aprendizaje.

Cuando esa tendencia se consolide, yo no creo que se pueda seguir hablando (al menos en el sentido en que hoy lo hacemos) de ‘enseñanza del Derecho penal’, pues, a diferencia de lo que actualmente ocurre en el aula convencional, en el irreal ciberespacio ‘ocupado’ por el ‘aula virtual’, si bien hay confluencia de discursos, hay una sobrecogedora ausencia de personas, que convierte en un empeño vano (por no decir ridículo), la pretensión de hablar de derecho y, más aún, de derecho penal.

No obstante, ante la otrora impensable posibilidad de acceder a gigantescas bases de datos automáticamente desplegadas ante nuestros ojos por obra de un sencillo *click*, es indudable que la utilización de las nuevas tecnologías ha permitido la

toma de contacto con repertorios jurisprudenciales y publicaciones especializadas en distintos idiomas, cuyo obligatorio manejo ha tornado innegablemente más exigente la actividad académica para todos los involucrados en ella.

CDP: El sistema procesal penal de tendencia acusatoria introducido por la Ley 906 de 2004 y su ulterior puesta en funcionamiento han suscitado muchas críticas desde diversos sectores. A partir de su experiencia como abogado penalista en ejercicio y teórico en estas materias, díganos cuál es su percepción sobre el tema y, en caso de estimarlos necesarios, qué cambios le haría al modelo procesal penal actual.

Prof. Vargas: Después de los frenéticos mandobles que –desde los poderes legislativo, ejecutivo y judicial– han venido propinándosele a ese desfalleciente modelo procesal, durante la última década, yo diría que, por sustracción de materia, cada vez va quedando menos que modificarle a un sistema de juzgamiento cuyo certificado de defunción acaba tal vez de ser expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando, mediante sentencia de casación de fecha 25 de mayo de 2016 (radicación No. 43837), optó por reconocerle al juez de conocimiento la potestad de condenar al acusado, en contravía de una solicitud de absolución emanada de la fiscalía.

Semejante prerrogativa en nada se aviene, por supuesto (como la propia Corte en su sentencia lo reconoce), con la condición de tercero imparcial que se predica del juez en los sistemas de estirpe acusatoria, pero compagina a cabalidad con el ‘juez que todo lo puede’, cuyo linaje inquisitivo parece empeñada en rehabilitar una cierta corriente de opinión manifiestamente afín a la ideología neo-constitucional.

Con todo, si de pensar en términos de reformas se trata, yo sugeriría examinar con detenimiento, aparte de lo relacionado con la procedencia de las medidas cautelares privativas de la libertad (obviamente, para reducir al mínimo políticamente tolerable su viabilidad), temas como el de la pervivencia o no –y en qué condiciones– de la audiencia de formulación imputación (tópico respecto del cual la solución simplista de eliminarla me parece jurídicamente discutible), o el de someter la admisibilidad formal y material de la acusación –como prerrequisito del juicio– al control de un juez del mismo rango y especialidad del de conocimiento, aunque distinto, como es lógico, de este último.

Sin embargo, más que ajustes referidos a una u otra institución, lo que realmente urge hacer respecto de un modelo procesal que –como el de la Ley 906 de 2004– se halla edificado sobre la base de una investigación técnica y eficaz (dirigida y coordinada por un fiscal adecuadamente respaldado por un número suficiente de idóneos investigadores de campo y de laboratorio), es dotarlo de los recursos humanos y económicos necesarios para que pueda operar en las condiciones en que fue concebido, incrementando significativamente la planta de fiscales e investigadores llamados a adelantar, dentro de los plazos legalmente establecidos, las

investigaciones al término de las cuales puedan ser efectivamente acusados ante los jueces, cuando a ello haya lugar, los presuntos infractores de la ley penal.

Naturalmente, nada de cuanto viene de ser dicho tendrá sentido si, paralelamente, no comienza a desandarse, cuanto antes, el deletéreo camino que, bajo la equivocada consigna de derrotar a cualquier precio a la delincuencia organizada (como si esa fuera una tarea de los jueces y no de los organismos de seguridad del Estado), ha terminado por arrastrar a todos los protagonistas del proceso penal hacia aquel insondable despeñadero ético que se nombra con la expresión ‘justicia premial’, donde la delación, el soborno, el chantaje y, en general, todos los métodos de común usanza en el mundo del hampa, han terminado siendo aceptados, recompensados e incluso estimulados en (y desde) los estrados judiciales.

CDP: ¿Qué opina del estado actual de la administración de justicia en Colombia? ¿Cómo cree que podría mejorar?

Prof. Vargas: Entendiendo la ‘administración de justicia’ (escrita, obviamente, con ‘j’ minúscula) como aquella actividad burocrática consistente en aplicar o hacer actuar el derecho penal material en los casos concretos, yo creo que, al margen de cualquier reforma centrada en el proceso o en el procedimiento (del estilo de las señaladas en la respuesta anterior), es urgente pensar seriamente en el modelo de juez que se hace necesario implementar, porque si en algo ha habido improvisación, con ocasión del cambio de método de juzgamiento, ha sido, precisamente, en ese aspecto.

De veras, tratándose –como se trata– de un modelo procesal dentro del cual la actuación debe surtirse preponderantemente en audiencias, sin margen de error puede afirmarse que el adecuado funcionamiento del mismo reclama de los jueces unas destrezas y unas competencias completamente distintas de las que les exigía el método escritural propio del sistema tendencialmente inquisitivo, que –desde tiempos inmemoriales– había sido el escenario del quehacer funcional de aquéllos.

Sometidos sus actos, en efecto –como consecuencia del principio de publicidad–, al permanente escrutinio de la comunidad y forzados, por ende, a resolver cualquier incidente, solicitud o controversia, no propiamente en la intimidad de sus despachos, sino a la vista de todo el mundo y en el ambiente no pocas veces caldeado de la audiencia, todo indica que, de acuerdo con el modelo procesal vigente y sin olvidar las consabidas exigencias de honestidad e imparcialidad, los principales atributos de los jueces deberían ser, en lo personal, una adecuada madurez existencial; en lo psicológico, un inalterable equilibrio emocional, y, en lo profesional, una apropiada formación jurídica, debidamente avalada por una trayectoria suficientemente amplia.

Desafortunadamente, salvo en lo relacionado con la instrucción jurídica (que no puede confundirse con la ‘formación’ en dicho campo), es muy poco, en realidad, lo que las facultades de derecho pueden aportar al proceso formativo de los jueces, que –en la práctica– suele tomar muchísimos años, pues, como bien lo

reconocen quienes han enaltecido tan honrosos cargos, juzgar es algo que los jueces van aprendiendo a hacer con el tiempo. Es por eso que resulta tan curioso el hecho de que, cuando ya los jueces han alcanzado los conocimientos, la madurez, el equilibrio y la experiencia necesarios para encarar con la debida competencia la tarea de juzgar, simultáneamente se procede a excluirlos de la carrera judicial, bajo el pretexto de que han alcanzado ya la 'edad de retiro forzoso', que, en el insólito caso colombiano, es de 65 años.

Como corolario de lo anterior, ninguna duda puede haber, entonces, en el sentido de que, de cara al modelo procesal actualmente vigente entre nosotros, la opción de ser ungido como juez penal, de cualquier categoría, no puede ser para ningún abogado el punto de partida sino el punto de llegada de una impecable carrera profesional. En esta dirección, se me antoja inaplazable la adopción de medidas enderezadas a procurar que, en la práctica, ello comience a ser así.

Para cerrar esta dilatada respuesta (centrada, por razones obvias, en la figura del juez profesional), no quisiera dejar de hacer una breve referencia a los jueces leigos, cuya eventual intervención en el proceso penal colombiano, además de hallarse constitucionalmente prevista, me atrevo a calificar, incluso, como francamente deseable, no solo porque el innegable espíritu democrático que la inspira le confiere una elevada dosis de legitimidad, sino porque, al involucrar a la comunidad en un asunto que realmente le interesa (porque la afecta), termina refrescando y aireando una tarea que, en manos de los jueces profesionales, no deja de exhibir, a veces, un cierto componente de rutina.

CDP: ¿Cómo ve la academia actual? ¿Cuál cree que es el futuro de la misma?

Prof. Vargas: Como es de sobra conocido, atendido el actual funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda en el mundo académico, desde la burocracia universitaria se ha venido exigiendo cada vez más la exhibición, por parte de los aspirantes a profesores en el campo del derecho, de plurales y sucesivos títulos de posgrado, cuya obtención suele traducirse para aquéllos en un desmesurado alargamiento de su etapa de escolarización, en detrimento, claro está, de casi todo contacto con la práctica profesional, que, en el caso de los abogados –sobre todo en el área penal– constituye un componente indispensable dentro de su formación.

Dentro del aludido contexto, nada de raro tiene, entonces, encontrar publicitados –y hasta acreditados– programas de derecho, donde, en contravía –incluso– del sentido común, algunas de las más formativas y exigentes asignaturas del currículo penal se hallan en manos de circunspectos doctores que nunca en su vida han acusado, defendido o juzgado a nadie y que muy posiblemente –cabe sospecharlo– ignoran hasta cómo se redacta un poder.

En beneficio de la academia, es claro que semejante estado de cosas tiene, inexorablemente, que cambiar, no propiamente para regresar a la época en que se accedía a la docencia con el mero título de pregrado (pues las condiciones impuestas por 'la mano invisible del mercado' hoy en día son otras), sino para

que no se deje de exigir a los futuros profesores, al lado de una adecuada madurez existencial y de una trayectoria ética inobjetable, una óptima formación académica, complementada con una satisfactoria dosis de experiencia profesional en sus respectivos campos.

CDP: ¿Qué consejo le daría a quienes se inician o aspiran recorrer el camino del conocimiento jurídico-penal?

Prof. Vargas: Que si no tienen la creatividad y la imaginación propias del mundo del arte, el rigor y la coherencia argumental connaturales al campo de la filosofía y la presencia de ánimo necesaria para batallar con su propia desesperanza día tras día, por ningún motivo se atrevan a trasegar por ese camino.

Instructivo autores

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en las siguientes áreas de conocimiento: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Política Criminal, Investigación Criminal, Derecho Penal Económico, Historia de las Ciencias Criminales y Derecho Internacional Penal. Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas en los ámbitos nacional e internacional.

Tipo de artículos

Solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado avance parcial o final, de proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico.
- c) Estados del arte o artículos de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- d) Reseña bibliográfica.
- e) Traducciones.
- f) Recensiones bibliográficas.
- g) Entrevistas.
- h) Comentarios Jurisprudenciales.

Recepción de artículos

La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

Información del estado del artículo.

Se informará al autor sobre el estado del trabajo en un plazo máximo de doce meses. Se podrá solicitar el retiro de un artículo mediante solicitud electrónica dirigida al Director, como al Editor de la Revista, el cual se hará efectivo luego de la respuesta escrita por el mismo medio.

Aspectos formales y estructura del artículo.

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.

El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Sí fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract).

Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras clave, que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.

- e) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.

Referencias.

- a) Al final del artículo se incluirá un acápite de referencias bibliográficas ordenado alfabéticamente, con base en las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.
- b) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- c) Una vez publicado el trabajo, los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

Proceso de selección.

Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación,

los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *par ciego*.

El proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados a pares ciegos se hará conforme a las siguientes indicaciones:

- a) Todo original será sometido a dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.
- b) Para la revisión de artículos se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.
- c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos supone un examen preliminar por los Comités Editorial y Científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación; posterior a esto, se envía el artículo a dos pares ciegos, y, una vez aprobado, se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso.

El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del Comité Editorial y Científico propongan al autor y el concepto de cada par evaluador externo. El Comité editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

- d) Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

Agradecemos su atención,

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

Renato Vargas Lozano
Coordinador editorial

Bibiana Muñetones Roza
Asistente editorial

Cuadernos de Derecho Penal

DOCTRINA

- La ley de inteligencia colombiana en perspectiva internacional. *José Luis González Cussac.*
- El derecho penal ante el maltrato de animales. *Vicenta Cervelló Donderis.*
- El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido. *César Chaves Pedrón.*
- El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor. *Maria Alejandra Echavarría Arcila.*
- Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia? *Lizbeth Barrera Rodríguez.*

JURISPRUDENCIA

- Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial. *Juan Sebastián Calderón B. y Felipe Gonzalo Jiménez M.*

RESEÑAS Y RECENSIONES

- Ontiveros, M. (Dir.) (2015). *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*. México D.F.: Ubijus, 668 p. *Renato Vargas Lozano.*
- Gómez, J. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 477 p. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*
- Ruiz, C. E.; Vargas, R.; Castillo, L. & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 214 p. *Camilo Andrade Martínez.*

ENTREVISTA

- Profesor Álvaro Vargas.

