

# Foro FICP

## 2024-2

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP  
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210

[www.ficp.es](http://www.ficp.es)

## Consejo de Redacción

**Director:** Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña  
Presidente de honor de la FICP. Catedrático (emér.) de Derecho penal.  
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

**Coordinadora General:** Prof. Dra. D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.  
Secretaría del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.  
Profesora Permanente Laboral. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

### Coordinación general:

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.  
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España  
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Miguel Díaz y García Conlledo.  
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.  
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.  
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.  
Prof. Dra. D.<sup>a</sup> Raquel Roso Cañadillas.  
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.  
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.  
Socio de la FICP. Prof. Contratado Doctor. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

### Coordinación técnica:

Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.  
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.  
D.<sup>a</sup> Julieta Pellegrino Ruiz.  
Investigadora de Derecho Penal y abogada. Buenos Aires, Argentina. Socia de la FICP.

**Edición:** Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). [www.ficp.es](http://www.ficp.es)

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su otra revista predominantemente interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

*Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.*

*La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.*

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes en **Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico [contacto@ficp.es](mailto:contacto@ficp.es) **estudios o artículos, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, **se admite la publicación en su idioma original** de trabajos redactados **tanto en español como en portugués o italiano.***

*Foro FICP es una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web [www.ficp.es](http://www.ficp.es).*

## SUMARIO

<b>I.</b>	<b>TRIBUNA (para los miembros de la FICP)</b> .....	<b>7</b>
<b>1.</b>	<b>Semblanzas y homenajes</b> .....	<b>7</b>
	Prof. Dr. Dr. h.c. Sergio García Ramírez: un buen republicano de la aldea global.....	7
	<i>por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero</i>	
	<i>In memoriam: Prof. Dr. Dr. h.c. Luis Alfredo Etcheberry Orthusteguy</i> .....	11
	<i>por el Excmo. Sr. Prof. Dr. Carlos Künsemüller Loebenfelder</i>	
	<i>In memoriam Prof. Dr. José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós</i> .....	12
	<i>por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva</i>	
	Necrológica por el fallecimiento del Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. histor. Dr. h.c. mult. Carlos M. <sup>a</sup> Romeo Casabona.....	18
<b>2.</b>	<b>Opinión y debate</b> .....	<b>19</b>
	<i>Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos</i> .....	19
	Reforma de las falsedades documentales	
<b>3.</b>	<b>Estudios (incluyendo ponencias presentadas en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal)</b> .....	<b>28</b>
	<i>Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón</i> .....	28
	Responsabilidad penal por productos defectuosos	
	<i>Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón</i> .....	60
	El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi</i> .....	111
	Delitos de lesa humanidad, aparatos de poder e imputación de autoría: el juzgamiento de las juntas militares en la Argentina	
	<i>Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez</i> .....	145
	Las contribuciones dogmáticas al Derecho penal médico del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal	
	<i>Mgter. Deisy Janeth Barrientos Pérez</i> .....	161
	Reflexiones sobre el delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022	
	<i>Mgter. Víctor-Hugo García</i> .....	175
	Dogmática penal para la democracia. Las teorías de Hans Welzel y Claus Roxin en la sentencia del “Juicio a las Juntas”	
	<i>Prof. Luis Miguel Ramos Martínez</i> .....	217
	Legítima defensa: la racionalidad de la necesidad del medio (resumen)	
<b>II.</b>	<b>NOTICIAS DE LA FICP</b> .....	<b>221</b>
<b>1.</b>	<b>Congresos, seminarios y cursos</b> .....	<b>221</b>
	(i) Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo .....	221

(ii)	XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Dcho. Penal, Univ. de Vigo	223
(iii)	IX Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León.....	225
(iv)	VI Congreso sobre metodología y política criminal en el sistema penal, Univ. de Oviedo .....	225
<b>2.</b>	<b>Publicaciones de la FICP .....</b>	<b>226</b>
(i)	Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario .....	226
(ii)	Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario .....	226
(iii)	Libro-Homenaje a Claus Roxin.....	227
(iv)	<i>Liber-Amicorum</i> a Jürgen Wolter.....	228
(v)	Actas de Congresos y Seminarios con ISSN.....	228
<b>3.</b>	<b>Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP .....</b>	<b>229</b>
(i)	Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo.....	229
<b>III.</b>	<b>NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP .....</b>	<b>231</b>
<b>1.</b>	<b>Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos.....</b>	<b>231</b>
(i)	Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo, 23/07/2024.....	231
(ii)	<i>Symposium</i> en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann por su 80.º aniversario, Univ. Humboldt de Berlín, 8-9/11/2024 .....	231
(iii)	Obtención por el Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona del Doctorado en Historia, Univ. de Zaragoza, 06/2024 .....	232
(iv)	Nombramiento de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo como Doctora <i>honoris causa</i> por la Univ. de Buenos Aires, 15/08/2024 .....	233
(v)	Imposicion de medallas a los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre en la Univ. de Huelva, 4/10/2024 .....	233
(vi)	Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. Pública de Navarra por la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri, Pamplona, 19/07/2024.....	233
<b>2.</b>	<b>Publicaciones recientes de los miembros de la FICP .....</b>	<b>235</b>
(i)	Miembros del Patronato .....	235
(ii)	Socios .....	245
<b>3.</b>	<b>Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....</b>	<b>253</b>
(i)	Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos .....	253
(ii)	Organización de seminarios, congresos y otros proyectos .....	265
▪	Convocatoria para el programa de Doctorado italo-español de estudios penales, Univ. de Calabria y UNIR .....	265
▪	Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva", Univ. Complutense de Madrid .....	266
▪	VII Seminario anual de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid .....	266
▪	III Congreso de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas, Univ. de Valencia .....	267

- V Seminario Prof. Dr. Tomás Vives Antón sobre “Fundamentos del sistema penal y principios constitucionales: cuestiones de actualidad”, Univ. Jaime I/Jaume I, de Castellón, y Univ. de Valencia ..... 267
- Acción integrada de ocho proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: “Las caras de la corrupción”, Univ. de Las Palmas de Gran Canaria..... 267
- Curso de verano “Alarma social, morbo y delito frente a la función preventivo-general de los medios de comunicación”, Univ. de Cádiz..... 268
- XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Dcho. Penal, Univ. de Vigo 268
- Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo ..... 269
- Curso de Verano “La Ley Integral contra la Violencia de Género: balance y desafíos 20 años después de su entrada en vigor”, UNED Pamplona ..... 269
- Jornada en memoria de Mario Sánchez Dafaue, Univ. Carlos III de Madrid..... 270
- Seminario Internacional “Temas actuales de Derecho Penal”, Universidad de Barcelona ..... 270
- VII Seminario de Investigación en Derecho penal de la Univ. de Barcelona ..... 271
- IX Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León..... 271
- Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal, Univ. degli Studi di Firenze y Univ. de Jaén ..... 271
- Congreso “Nuevas perspectivas sobre el bien jurídico”, Univ. Complutense de Madrid ..... 272
- Taller Becas post-doctorales y proyectos: algunas claves de iniciación, APDP....272
- VI Congreso sobre metodología y política criminal en el sistema penal, Univ. de Oviedo ..... 272
- Acto en memoria del Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. hist. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona, Univ. del País Vasco..... 273
- Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín..... 273
- Congreso Internacional “Nuevos retos para el Derecho Penal Económico: la criminalidad organizada y las empresas multinacionales ante las violaciones a los Derechos Humanos”, Univ. de Salamanca ..... 274
- *Symposium* en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann por su 80.º aniversario, Univ. Humboldt de Berlín..... 274
- II Congreso de Jóvenes Penalistas de la AIDP España, Univ. de Zaragoza..... 274

# I. TRIBUNA

## (para los miembros de la FICP)

### 1. Semblanzas y homenajes

#### **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero**

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale, Rector honorario y Catedrático em. de la Universidad de Castilla La Mancha, miembro correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias penales y de la Ciencias Morales y Políticas de Francia. Socio de la FICP.

#### **~Sergio García Ramírez: un buen republicano de la aldea global\*~**

Cuando en cualquier aula de España, como las de Toledo o Salamanca, tantas veces visitadas, da comienzo su discurso don Sergio GARCÍA RAMÍREZ el público peninsular y americano enmudece. Nunca han oído hablar la lengua castellana con tanta hermosura, con riqueza de matices y dicción clásica, que se deja acompañar con dos términos alternativos o complementarios que fijan la idea en los oyentes. Es un castellano clásico, propio de las formas que propugnaba don José RUBÉN ROMERO en su recomendatorio de la lectura de la obra inmortal, *Cómo leemos el Quijote*, pero que envuelve naturalmente ideas modernas. Cuando los mexicanos desean alabar la figura profesional y cívica de una persona dicen que es un buen republicano, pero es éste un epíteto extraño a un peninsular que fue libre por vez primera en una Monarquía Parlamentaria, desde 1977. Pero es así, don Sergio ha dedicado toda su fructífera vida profesional a servir al interés público y a los derechos humanos, o sea, a la república.

Además, es persona extraordinariamente culta, de lo que para mí es muestra desde su participación e impulso a la edición de la valiosísima colección “Artes de México”, hasta la actividad intensa en el Seminario de Cultura Mexicana, que tanta labor meritoria realiza más allá de otros nobles centros que operan principalmente en Ciudad de México. Sus libros transmiten ese acervo cultural más propiamente mexicano que en los años 20 constituyeron los “Siete Sabios” y de los que, para no ofender a nadie, citaré al de mayor influencia y más ácido destino y que tuvo la desgracia de no morir ni en su patria, Santo Domingo, ni en la patria a la que dio tanta vida, don Pedro HENRÍQUEZ UREÑA.

---

\* El Prof. Dr. Dr. h.c. García Ramírez falleció el 10 de enero de 2024.

Es el doctor GARCÍA RAMÍREZ persona muy honesta, no en el sentido hispánico del asunto, que se limita a la parte inferior del cuerpo humano —que es cuestión que no nos debe interesar— sino al sentido anglosajón, de ser honesto con la verdad y con los recursos públicos. Eso debe proclamarse pues, si no salen a los mentideros contemporáneos solamente los malos ejemplos, que lastimosamente abundan. También de la honestidad cívica de los funcionarios hay signos externos, y en nuestro caso se representa muy bien cuando don Sergio y su culta, simpática y laboriosa esposa Carmen conducen como a medias su modesto carro.

Es también persona agradecida, pues suele atribuir sus méritos a su maestros y predecesores. Como español me emociona cuando le escucho entre nosotros proclamar que es discípulo de don Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, expulsado de su patria por la danza macabra de nuestra guerra civil y transterrado en México y en la UNAM, con otros muchos, en la mejor obra de acogida de refugiados que conoce la historia de la solidaridad humana y que representa la figura del Presidente LÁZARO CÁRDENAS, y a quienes le acompañaron en la acción: Isidro FABELA, Narciso BASSOLS, Luis I. RODRÍGUEZ, Gilberto BOSQUES o los dos maestros Daniel COSSÍO VILLEGAS, Alfonso REYES, cada uno de los cuales vale tanto como un ORTEGA Y GASSET, no sólo por la obra propia, sino por la obra por ellos impulsada. Nuestro mundo hispánico sería mucho más pobre sin su obra editorial por excelencia: el Fondo de Cultura Económica. La obra científica y político institucional de nuestro personaje es grata encarnación de sus maestros.

En su larga y rica vida ha desempeñado cargos y cargas muy relevantes: Catedrático e Investigador de la UNAM, Académico y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, secretario de Trabajo, Procurador General de la República y antes del Distrito Federal, o Juez y posterior presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cada uno de esos cargos culminaría la vida exitosa de cualquier profesional competente. Pero, de todos modos, a mí el que me conmueve más hondamente es el previo a todos ellos, el de joven penitenciarista a cargo de la puesta en marcha de la prisión de Toluca.

Recién concluidos los estudios de doctorado en Derecho, merced a los oficios de Juan José GONZÁLEZ BUSTAMANTE y Alfonso QUIROZ CUARÓN, el Gobernador del Estado de México, Juan FERNÁNDEZ ALBARRÁN, le encomienda dar vida a la penitenciaría del Estado cuya obra acababa de ser concluida y que requería a alguien que poseyera la

vocación y las aptitudes para poner en marcha tan ambiciosa empresa. He imaginado muchas veces a aquel joven que se hacía cargo como primer inquilino de un excelente nuevo edificio penitencial que alojaría su persona y su esperanza de formular un centro penitenciario que habría de convertirse en modelo para nuestro mundo occidental. En su diseño institucional están las ideas de Concepción ARENAL y de Victoria KENT, humanizar el castigo, fundado tan solo en la amarga necesidad de este, ajeno a las ficciones del libre albedrío y con la firme pretensión de ofrecer a los internos las mejores oportunidades para seguir en un futuro la vida en libertad y sin delito. Quizá colegas de otras áreas tengan en sus cursus honorum profesional teatros de su saber de mayores lujos y salones de más elevada nobleza, pero los penalistas tenemos por salón el de la cárcel y las almas de la mayoría de los de allí encerrados. Aunque las cosas han cambiado mucho y a peor, aquella cárcel de Toluca respondía a la idea sobre el crimen de don Miguel DE CERVANTES, quien en “El casamiento engañoso” proclama que es la pobreza lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital. Nuestro personaje dice que de aquel destino salió otra persona distinta. Creo que su relación estrecha con los privados de libertad y el mando suave y eficaz sobre los funcionarios de la institución cerrada le cualificó el carácter para las siguientes aventuras. Alguna también directamente penitenciaria, como el cierre de la antigua penitenciaria Nacional del Lecumberri, que se había convertido en el Palacio Negro, museo de horrores a pesar de la buena intención de los colonos vascos originarios, que llamaron al sitio “lugar bueno y nuevo”, por fortuna en euskera, para que nadie sufriera por tanta contradicción, y que como Archivo Nacional luce mucho mejor. Pero esos son ya otros salones del poder como el de la Procuraduría General de la República, el guadianesco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la cual ha impulsado personalmente el sistema general de sometimiento y control de convencionalidad, que es ni más ni menos que el ariete de los derechos humanos en la vida política de nuestra América.

En definitiva, para mí es Sergio GARCÍA RAMÍREZ la mejor expresión del pensamiento y la acción del Derecho penal humanista de nuestra era contemporánea, el Marqués DE BECCARIA de nuestro tiempo y un excelente republicano.

11 de enero de 2024

\*\*\*\*\*

Este texto del que disponemos en este momento de su fallecimiento se compuso para un libro homenaje con motivo de sus 80 años que organizaba Gerardo LAVEAGA en

su segunda encarnación como director del INACIPE. Pero chocamos con el propósito de don Sergio de no querer recibir homenajes, ni en vida ni después. Por esta razón acompañó el texto que el maestro compuso con instrucciones a su esposa, deudos y admiradores, reclamando que no haya ni funeral ni homenaje. Yo no pienso cumplir con él.



\* \* \* \* \*

**Excmo. Sr. Prof. Dr. Carlos Künsemüller Loebenfelder**

Prof. Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Exministro de la Corte Suprema Chile. Socio de la FICP.

*~In memoriam:*

**Prof. Dr. Dr. h.c. Luis Alfredo Etcheberry Orthusteguy\*~**

Debo ser el discípulo de mayor edad entre los muchos que de seguro lloran hoy la partida del profesor Alfredo ETCHEBERRY, a quien —como recordé hace algunos años en un homenaje de la Facultad de Derecho de la Univ. de Chile— acompañé desde mis tiempos de estudiante y durante un extenso período de su brillante carrera académica y profesional, aprendiendo de su ejemplo de vida, no sólo de genuino maestro, sino de colega y amigo muy querido. No obstante la infinita pena que nos embarga, debe confortarnos el hecho de que "el intelectual agudo y atento y el jurisconsulto prudente" (así describió Sebastián SOLER a don Alfredo en un prólogo a su Derecho Penal) se reunirá en su actual morada con los penalistas, tanto chilenos como extranjeros, que le antecedieron en el viaje que ahora ha emprendido, quienes lo recibirán jubilosos de poder continuar recibiendo allá en esas aulas celestiales sus sabias enseñanzas, no sólo de cultor y defensor del Derecho Penal Liberal, heredero de la Ilustración, que tanto amó, enseñó, difundió y practicó, sino también de celoso guardián del honor y la dignidad de nuestra profesión.

Le digo hasta pronto a mi maestro querido.

\* \* \* \* \*

---

\* El Prof. Dr. Dr. h.c. Etcheberry falleció el 30 de diciembre de 2023.

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva**

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Granada. Socio de la FICP.

**~In memoriam José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós<sup>1</sup>~**

Abro el ordenador para escribir algo que nunca pensé haría, con la tristeza desbordada en mi mente, con el corazón constreñido por el dolor, con la mirada paralizada en el rostro juvenil, dinámico, siempre sonriente, afable de Pepe SÁINZ-CANTERO y las lágrimas se deslizan y salen de unos ojos brillantes por la emoción, intensos en el cariño, temblorosos por la ausencia, pero que, como estrellas fugaces, sin embargo, no dejan de iluminar la enorme y deslumbrante personalidad de José Eduardo. Y ello me lleva a sentir como propios algunos versos o estribillos de la conocida canción compuesta por el maestro Manuel GARRIDO, algo se mueve en el alma, cuando un amigo se va y va dejando una huella que no se puede borrar. ¡¡No te vayas todavía, no te vayas todavía, por favor no te vayas todavía que hasta la guitarra mía llora cuando dices adiós!! Y se fue un lluvioso jueves de noviembre, con solo 60 años ¡que injusta es, a veces, demasiadas, la vida y la muerte cuando se conjugan duramente para llevarse a los mejores! Lleno de vida, a pesar de los pesares, de una fortaleza física y psíquica enorme, de una gran sensibilidad y humanidad, derrochando cariño y amistad, fidelidad y lealtad.

El profesor SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS no solo ha sido mi amigo, prácticamente desde su adolescencia, lo que me enorgullece profundamente, sino también un querido discípulo, un colaborador permanente durante muchos años participe en todos los Proyectos de Investigación, que han sido muchos en nuestra trayectoria investigadora, en el Grupo de Investigación Profesores de Derecho Penal UGR, desde el inicio en noviembre de 1988. Su energía, sabiduría y compromiso científico han sido referenciales. Recordar, con el máximo de los sentimientos y del agradecimiento personal y profesional, su última contribución, cuando la enfermedad ya avanzaba casi inexorablemente, aunque la esperanza todavía activaba sus compromisos tanto investigadores, como docentes e incluso de gestión; su extraordinaria participación en el libro colectivo “Corrupción privada, transparencia y gestión pública” (2023), derivado del Proyecto de Investigación Transparencia, control de la gestión pública y respuestas jurídico-penales, del que fue relevante investigador, con una destacada actividad que dotó de especial calidad al propio Proyecto, con un capítulo sobre “El delito de corrupción en los negocios: consideraciones

---

<sup>1</sup> El Prof. Dr. Sainz-Cantero Caparrós falleció el 30 de noviembre de 2023.

críticas y propuestas”, magnífica exposición, donde combina la acertada crítica con las futuristas propuestas sobre los discutidos, con razón, delitos del artículo 286 bis 1 y 2. Fueron días difíciles para él, con el añadido de mi cansina insistencia en el objetivo de su conclusión. Lo que después en la serena nostalgia de su ausencia me generó una cierta duda de conciencia, tanto es así que no esperé en preguntarle a Marga, su esposa, por semejante situación. Su repuesta, sus emotivas palabras, corroboradas por sus hijos, José Antonio y Carmen Gloria, no se me olvidarán jamás; con una suave sonrisa me indicó: todo lo contrario, tus impulsos, tus llamadas, le daban vitalidad, fuerza y ánimo, “pues tenía que cumplir su compromiso con el Proyecto y con Lorenzo”. Ese era Pepe SÁINZ-CANTERO, todo bondad, trabajo, fortaleza, esfuerzo, entusiasmo científico. He disfrutado del privilegio de seguir, editar, compartir este broche de oro a su trayectoria universitaria.

José Eduardo SÁINZ-CANTERO, nació en Granada, el 22 de junio de 1963, hijo de un eminente, reconocido y querido catedrático de Derecho penal, mi recordado maestro D. José Antonio SÁINZ CANTERO. Desde pequeño bebió en las cristalinas aguas de la Ciencia punitiva en la excelente biblioteca del profesor SÁINZ CANTERO, tanto en Santiago de Compostela, como en Murcia, y, definitivamente, en Granada, donde el prometedor joven penalista inicio su trayectoria universitaria. Concluye la Licenciatura en Derecho en el año 1986 con Premio Extraordinario, incorporándose a la Universidad de Granada de manera inmediata, el 1 de enero de 1988, siendo nombrado Profesor Titular de Universidad interino, el 1 de octubre de 1988. En ese intervalo de tiempo completó estancias en el extranjero, fundamentalmente en la Università degli Studi di Bologna, siendo doctor en Derecho por dicha Universidad, becado por el Real Colegio de España en Bolonia, para las promociones 1987 y 1988, defendió su tesis: “La tutela della salute pubblica: settore penale. La manipolazione ed offerta illecita di alimenti”, dirigida por el maestro Filippo SGUBBI, calificada con la máxima nota de 110e Lode; materia de especial interés tanto en la dogmática italiana como en la española, por sus novedosos planteamientos e incidencia legislativa que posteriormente ha tenido en los Códigos penales, respectivos. Asimismo, obtuvo el Premio Vittorio Emanuele II de Investigación concedido por la Universidad de Bolonia. Posteriormente es nombrado, previa oposición, Profesor Titular de Universidad en la Universidad de Granada, en la que estuvo como tal desde el 28 de agosto de 1991 hasta el 9 de marzo de 1999. En marzo de 1999, concurra a la plaza de Profesor Titular de Universidad, área de Derecho Penal, en la Universidad

de Almería, situación en la que permanece hasta el 26 de abril de 2002, fecha en la que previa oposición toma posesión como Catedrático de Universidad en la Universidad de Almería, área de Derecho Penal, hasta el nefasto y doloroso 31 de noviembre de 2023.

Ha compartido conocimientos y entrega universitaria en sus dos queridas Universidades, la de Granada, de espléndida tradición histórica a punto de cumplir los 500 años de existencia, y la reciente pero sólida Universidad de Almería que a partir de su creación en 1993 ha ido evolucionando con el esfuerzo, trabajo, ilusión y compromiso de muchas mujeres y hombres profesoras y profesores y personal de Administración y Servicios, entre los que me permito destacar al profesor SÁINZ-CANTERO, modelo de docente, de investigador y de gestor. Treinta y seis años de dedicación completa y comprometida con la Universidad, en los que ha demostrado lo que era y seguirá siendo a través de sus escritos, de su permanente presencia entre nosotros: penalista, criminólogo, entregado a la Ciencia del Derecho Penal, erudito, conocedor profundo de las más complejas variables de dicha ciencia, de oratoria fácil, pero extraordinariamente coherente. Destacado en las tres facetas que impregnan las actividades del profesor universitario: docencia, investigación y gestión.

En la primera, docente reconocido, con treinta y seis años de experiencia, tanto en grado como posgrado —Doctorado, Máster, títulos de Experto—, de transmisión de su sabiduría a las jóvenes generaciones, querido y admirado por sus estudiantes, educador de muchas generaciones de jóvenes, comprometido con la sociedad en general y con la granadina y almeriense en particular. Cúmpleme completar esta afirmación con el testimonio de uno de sus más cualificados alumnos, Pedro MENA, que en un espléndido artículo periodístico, señala al profesor SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS como ejemplo de profesionalidad, trabajo y servicio hasta el último día, resaltando que uno de sus objetivos en el aula era el de “hacer participar a los alumnos para que, aprendiendo, contribuyesen en la formación de la opinión pública transmitiendo a los ciudadanos la importancia de la educación, la exigencia del conocimiento y el deber de informarse con opiniones fundadas”.

En el aspecto investigador, su compromiso científico ha sido de muy alto nivel. He tenido el honor de contar con él, como investigador destacado, en prácticamente todos los Proyectos de investigación de los que he sido IP y sus respectivas publicaciones. En los que ha aportado, como uno de los protagonistas principales, su saber, sus conocimientos estructurales de las materias a tratar, la sistemática perfecta con la que enriquecía sus

aportaciones, las observaciones, siempre sumamente juiciosas y determinantes, de por donde debían ir los objetivos y fundamentos de dichos Proyectos. A título, únicamente de ejemplo, citar, además del ya señalado: “Análisis dogmático y criminológico de los malos tratos en el ámbito familiar” (1999); “Delitos contra la seguridad del tráfico: análisis dogmático, criminológico y político-criminal” (2003); “El menor y el joven como víctima y victimario de la violencia social” (2006); “Corrupción política y criminalidad urbanística” (2008); “La protección penal del consumidor” (2009); “Variables para una moderna política criminal superadora de la contradicción expansionista-reduccionista de la pena de prisión”(2012); “Tratamiento jurídico del fraude en el deporte” (2013); “Corrupción política: de la contabilidad irregular en procesos electorales a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos” (2016).

Autor de importantes monografías, artículos y capítulos de libro, su labor multidisciplinar pone de manifiesto los amplios conocimientos del profesor SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, sobre la base directriz de la Parte General y Especial del Derecho penal —destacar, entre otros: La codelincuencia en los delitos imprudentes (2001); Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (2002); Coautor del Sistema de Derecho Penal. Parte Especial, 4ª edición, noviembre 2021, 1654 págs., autor de 12 capítulos: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I); Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II); Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I); Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (II); Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos; Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; Delitos contra la seguridad colectiva (I). Delitos de riesgo catastrófico. De los incendios; Delitos contra la seguridad colectiva (II); Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la elaboración o distribución de sustancias nocivas para la salud; Delitos contra la seguridad colectiva (III). Delitos contra la salud pública (II). El delito de tráfico de drogas; Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales—.

También, junto a las anteriores, atención a la Criminología, la Política criminal y otras disciplinas afines —como mero señalamiento de algunas de ellas: Igualdad, discriminación y Derecho Penal. En igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva (2009); Sobre las medidas no privativas de libertad en la ley española de responsabilidad penal de los menores. En el menor como víctima y victimario de la violencia social (2010); Consideraciones sobre los delitos de cohecho

como paradigma de la corrupción pública, tras la reforma de junio de 2010. En Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa) (2013); Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente. En Responsabilidad penal y civil del Médico y del Resto de personal sanitario en el ejercicio de su función (2009); Consideraciones sobre el delito de malversación por administración desleal de patrimonio público (Art. 432.1). En Estudios Jurídico-penales y Criminológicos. LH al prof. Morillas Cueva. Vol II, (2018); La financiación ilegal de los partidos políticos como forma de “corrupción política”: valoraciones y propuesta. En Respuestas jurídicas frente a la corrupción política (2020). Estas son algunas de las aportaciones del Profesor SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en todas ellas se detecta su vocación investigadora, su excelente capacidad de síntesis, la consolidación de las premisas esenciales que orientan los trabajos: valoración crítica, calidad científica, propuestas político-criminales.

La tercera, y posiblemente la más compleja y complicada actividad universitaria desarrollada por el profesor SÁINZ-CANTERO es la de la gestión universitaria. Igualmente generoso en su aceptación, comprometido con los diversos cargos encomendados, impulsor de una política universitaria activa, abierta, dialogante, pero, al mismo tiempo, seria, exigente, socialmente comprometida. Ya en la Universidad de Granada fue Secretario de la Sección de Granada del Instituto Andaluza de Criminología, después Director del Instituto en dicha Sección y Director de la IX edición del Título de Experto en Criminología; su relación con la Criminología potenció la presencia del Instituto a nivel nacional e Internacional y las investigaciones derivadas de aquel. En la Universidad de Almería fueron más los cargos académicos que desempeñó: primero como Vicedecano de la Facultad de Derecho, durante un corto periodo de 3 meses y 27 días, año 2004; para inmediatamente pasar a Decano de la Facultad de Derecho (2004/2009); terminado este mandato es nombrado, por elección, lo mismo que para el Decanato, Director del Departamento Derecho III (2009/2012); con la unificación que hace la Universidad de Almería de los Departamentos, fusionando todos los de Derecho en uno solo, es elegido Director del Departamento de Derecho (2013/2019), concluyendo este maratón de gestión universitaria el 20 de diciembre de 2021. Solo en la Universidad de Almería estuvo en los importantes cargos académicos citados diecisiete años, veinte si se unen los de la Universidad de Granada, años de responsabilidad, de entrega a la gestión y de vocacional trabajo y lo que es, para mí, más importante, con perfecta compatibilidad con sus tareas

investigadoras y docentes, lo que enriquece su personalidad e implicación social y académica. Los que hemos tenido parecidos cargos, sabemos lo que ello significa, el esfuerzo, trabajo y entrega que el profesor SÁINZ-CANTERO tuvo la generosidad de aportar a la Universidad pública.

Se nos ha ido un gran hombre, una persona de bien, bondadoso, brillante investigador, excelente profesional, erudito, relevante penalista; esto es así, pero también lo es que conservamos vivo, muy vivo, su legado, su presencia, sus convicciones, sus actitudes, sus compromisos, su sabiduría y magisterio, su amistad; nos reconforta haberlo conocido, disfrutado, querido como persona, admirado como universitario; por ello, ¡fuera el negro de los tradicionales duelos! y ¡adelante para siempre el azul radiante que proyecta la luz de su memoria! Termino estas palabras llenas de cariño, pero asimismo de objetividad, con una reconocida cita de Isabel ALLENDE “la muerte no existe, la gente sólo muere cuando la olvidan; si puedes recordarme, siempre estaré contigo”. Siempre estarás con nosotros, querido Pepe, y lo serás en la veracidad de tus esfuerzos, en la generosidad de tu trabajo, en la auténtica penmanencia de tu obra. Este es nuestro recuerdo, nuestro homenaje y por ello y en ello eres eterno en nuestros corazones. Gracias, profesor, gracias, Pepe.

\* \* \* \* \*

**~Necrológica por el fallecimiento del Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. histor.  
Dr. h.c. mult. Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona~**

El día 15 de agosto de 2024 ha fallecido a los 72 años el ilustre Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. histor. Dr. h.c. mult. Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona, Catedrático emérito de la Univ. del País Vasco, Bilbao, País Vasco, España, y socio de la FICP.

El Presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal, el Presidente de honor, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, y todo el Patronato y el equipo de la FICP lamentan muy profundamente tan sensible pérdida y expresan en nombre de la FICP y en el suyo propio su condolencia a toda la familia, discípulos y personas allegadas del Prof. Romeo Casabona.

\* \* \* \* \*

## 2. Opinión y debate

### **Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos**

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. Nacional de Educación a Distancia. Fundador y Director de Rodríguez Ramos Abogados. Socio de la FICP.

#### **~Reforma de las falsedades documentales<sup>1</sup>~**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

1. La regulación “De las falsedades documentales” en el Código penal de 1995 (artículos 390 a 399, Secciones 1ª, 2ª y 3ª del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II), no supuso avance alguno respecto a la contenida en los códigos penales históricos (desde el de 1848 hasta el de 1973 inclusive), pues se limitó a reducir a cuatro las nueve conductas típicas de falsedad documental, incurriendo en la patente incongruencia explicada *ut infra*.

En el transcurso del ya cumplido cuarto de siglo desde la entrada en vigor de este Código, se han evidenciado relevantes deficiencias en estos tipos penales que, aun cuando muchas hayan sido salvadas satisfactoriamente por la acertada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, otras muy relevantes no han sido solventadas al carecer la doctrina jurisprudencial de taxatividad y persistencia en la difícil interpretación de unos preceptos defectuosos, sobrepasando además, en algunos puntos, los límites impuestos a la hermenéutica por el principio de legalidad de los delitos, límites marcados por la exigencia constitucional (artículos 9 y 25) de seguridad jurídica reforzada y de proporcionalidad de las penas imponibles, para modular el *ius puniendi* del Estado.

Por otra parte, como más adelante se justifica, en este sector del Código penal se da la paradoja político criminal de convivir supuestos de falsedad documental no merecedores de la protección penal que se les otorga, con otros claramente necesitados de dicha protección que el legislador español ha ignorado, en contraste con su tipificación en los códigos penales de otros países luego citados.

---

<sup>1</sup> Propuesta de reforma parcial del Código penal, elaborada en el seno del Seminario de Derecho penal y Filosofía del Derecho, dirigido por el Catedrático y Abogado Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Enrique Bacigalupo, seminario vinculado al Instituto Universitario de Investigación Ortega-Marañón (Universidad Complutense), propuesta de la que ha sido ponente el Catedrático y Abogado Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos.

2. Esta reforma de la regulación de los delitos de falsedad documental, por los motivos y en los términos luego expuestos, se ajusta al siguiente esquema:

2.1. Mayor precisión del concepto penal de documento del artículo 26, incluyendo algunas aclaraciones terminológicas relevantes para la adecuada interpretación de los tipos delictivos de la parte especial del Código, en los que el documento figura como objeto material.

2.2. Descripción en el artículo 390 de una definición de falsedad documental, válida para los delitos posteriormente tipificados cometidos por funcionarios públicos y por particulares, descripción comprensiva tanto de las falsedades ideológicas como de las materiales, así como de las contrarias a la autenticidad del documento o a la veracidad de su contenido.

2.3. Tipificación en el artículo 391 las falsedades documentales cometidas por funcionarios públicos, agrupando todas las conductas típicas en un único precepto, perfeccionando la actual sistemática.

2.4. Delimitación en el artículo 392 de las protagonizadas por particulares, mejorando su claridad y taxatividad al hacer una mención más específica de los supuestos merecedores de sanción penal, e incluyendo estos delitos entre los imputables a las personas jurídicas, requerimiento político criminal olvidado por el legislador.

2.5. Derogación de los artículos 393 a 399 y 400 bis, bien por haber incorporado sus contenidos a los anteriores, bien por la descriminalización de la falsedad genérica en documento privado.

2.6. Inclusión en el artículo 461 la presentación en juicio de cualquier documento sumándose a las conductas ya tipificadas de falso testimonio y de informe pericial o interpretación mendaces, al tener mejor encaje sistemático esta modalidad de uso del documento falso entre los delitos contra la Administración Justicia y, además, incluyendo también la falsedad de documento público al no adjetivar el sustantivo documento.

3. Algunos autores consideraron estos delitos de falsedad documental en el siglo XIX cual “esfinge plagada de misterios”, pero en la actualidad está clara su naturaleza jurídico penal como “acto preparatorio criminalizado”, pues las falsedades documentales tienen por definición un carácter instrumental para la comisión de otros delitos relativos a diversos intereses penalmente protegidos. La *ratio legis* de su criminalización es su potencialidad antijurídica, que merece una protección anticipada de los bienes a los que

podría afectar en los diversos sectores del tráfico jurídico, potencialidad antijurídica que no se agota en el delito final intentado o consumado para el que ha servido de *instrumentum sacaeleis*, generándose en tales casos un concurso medial o instrumental de delitos, y no un mero concurso de normas que es, en cambio, el que surge cuando de falsedades en documentos privados se trata, siendo precisamente este el motivo de su descriminalización pues, cuando tales falsedades son penalmente relevantes, ya merecen una específica tipificación en el título que corresponda al bien jurídico finalmente protegido, cual es el caso, por ejemplo, de las falsedades contables de los artículos 290 y 310.

4. Esta reforma ha seguido las pautas de la regulación de las falsedades documentales en otros países de la Unión europea, como Alemania, Francia, Portugal, Suecia e Italia, pautas adecuadas para una superación de las deficiencias legislativas que esta reforma viene a remediar. Por ejemplo, se ha reproducido la reciente reforma del Código penal italiano, introducida por el Decreto legislativo de 15 de enero de 2016, n.7, que ha descriminalizado falsedad genérica de los documentos privados, acertada supresión que se incluye en esta reforma de nuestro Código penal, y es acertada por su concordancia con la más estricta lógica legislativa inspirada en la praxis jurisdiccional, pues la jurisprudencia viene aplicando con acierto la buena doctrina al considerar que el potencial antijurídico de estas falsedades en documentos privados, utilizados como instrumento para la comisión de otra infracción penal, resulta absorbido por el injusto generado por este delito final (contra el patrimonio, la Hacienda pública u otros bienes jurídicos penalmente amparados), no configurando en consecuencia un concurso instrumental de delitos, con la consiguiente agravación de la pena, sino un concurso de leyes regulado en el artículo 8 del Código que generalmente sólo castiga el delito final, y el único supuesto de mayor entidad antijurídica, que es la presentación en juicio de un documento privado falso previsto en el ahora derogado artículo 395, se tipifica como se ha dicho en el ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia, incluyéndolo en el artículo 461. En cambio, los documentos falsificados con la intención de perjudicar a otro, tipificados en el actual artículo 394, no precisan ningún trasvase al resultar agotada su antijuricidad en el delito final, intentado o consumado, careciendo de relevancia penal la falsedad en documento privado como mero acto preparatorio, salvo en los casos excepcionales luego aludidos.

5. La primera y básica deficiencia de la vigente regulación de las falsedades documentales, además de la genérica criminalización de las recaídas en documento privado, es la ilógica descripción de la conducta de falsificación documental, ilógica porque se fragmenta en cuatro supuestos (artículo 390.1), dos -el 1º y 4º- genéricos (las tradicionales modalidades conocidas como “falsedad material” –“Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial”- y “falsedad ideológica” –“Faltando a la verdad en la narración de los hechos”-), y los dos restantes -2º y 3º- específicos (“Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad” y “Suponiendo en un acto la presencia de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho”), generándose la paradoja de que las falsedades específicas pueden ser subsumidas indistintamente en cualquiera de las dos modalidades genéricas y, al margen de otros problemas luego expuestos, su aplicación las convierte consecuentemente en conductas acumulativas y no alternativas. Este incumplimiento patente de la lógica clasificatoria se supera en la presente reforma ofreciendo una descripción única de la conducta falsaria, como puerta de entrada al capítulo de las falsedades documentales, superando así la inseguridad jurídica surgida de la doctrina jurisprudencial que obvia la prohibición de imputar a particulares inveracidades en sus documentos, utilizando como forma de cobertura la modalidad específica de simulación parcial o total de un documento, merced a la interpretación extensiva y *contra reo* del término típico “autenticidad”, criminalizando falsedades ideológicas cometidas por particulares en un limbo de tipicidad que permite interpretaciones arbitrarias incompatibles con la interdicción constitucional de tales prácticas a todos los poderes públicos (art. 9.3).

6. Otros defectos relevantes de la regulación derogada por la presente Ley orgánica son: la falta de excepciones a la descriminalización de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares y la ambigüedad del término típico “documento mercantil” (artículo 392.1) generadora de inseguridad jurídica por falta de taxatividad. Es cierto que el “deber de decir verdad” en el ejercicio de su función pesa sin excepciones sobre el funcionario en este ámbito de las falsedades, e igualmente cierto es que dicha carga no recae en términos también generales sobre los particulares, pero como evidencia el Derecho comparado esta regla general debe tener excepciones, al pesar sobre el particular el deber jurídico de decir verdad en relación con algunos documentos de especial

trascendencia en tráfico jurídico, cual es el caso de los testamentos ológrafos o las declaraciones antes fedatario público que tengan como destino un registro, protocolo o libro del mismo carácter. También se castiga al particular por la ocultación, destrucción o extracción de los documentos cuya falsedad le sea imputable, así como del borrado o destrucción de datos contenidos en registros técnicos.

Y la segunda deficiencia denunciada, la ambigüedad del término complejo “documento mercantil” (que sustituyó la fórmula tradicional “letra de cambio u otro documento mercantil”), tiene especial importancia por la interpretación jurisprudencial extensiva que tuvo el término en su origen, interpretación que se fue atemperando paulatinamente, llegando a extremos más satisfactorios en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 232/2022 de 14 de marzo, pero que dejó abierta la duda con respecto, por ejemplo, a las facturas, que de modo taxativo no se puede prever si van a ser o no típicas o atípicas, traicionando la doctrina de los Tribunales Europeo de derechos humanos y Constitucional español, al considerar parte del principio de legalidad de los delitos y de las penas la previsibilidad del carácter delictivo de una conducta y de la naturaleza y duración de la pena aplicable. Tanto el derecho comparado como la doctrina son acordes con que sólo los títulos valores y otros documentos mercantiles endosables, por su trascendencia frente a terceros, merezcan esta equiparación a los documentos oficiales a la hora de protegerlos penalmente, a pesar de ser documentos privados.

7. Al margen de la superación de las deficiencias denunciadas hasta ahora, se incorporan a la nueva regulación conclusiones consolidadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como se ha dicho, ha cumplido una gran labor completando lagunas que el legislador no había creado, como es el caso, entre otros, de la necesaria trascendencia de la falsedad para el tráfico jurídico para merecer reproche penal, la naturaleza de documento público o privado de las fotocopias u otros medios de reproducción documental, o la punición de la falsificación de documentos de identidad extranjeros.

8. Tras analizar la legislación comparada mencionada, se ha rebajado ligeramente el límite máximo de la pena privativa de libertad en el tipo básico de los delitos de falsedad cometidos por funcionario público e introducido la pena alternativa de multa, también para los particulares, matizando la proporcionalidad de la pena en las falsedades que se estimen menos graves, atendiendo al carácter instrumental de estos delitos que,

como se ha reiterado, en la mayoría de los supuestos, operan como se ha dicho en régimen de concurso instrumental de otros delitos más graves, exasperando la magnitud de la pena resultante.

9. Se ha suprimido el término “autoridad”, como posible sujeto activo en el nuevo artículo relativo a las falsedades cometidas por funcionario público, al resultar pleonástico, al ser una especie del género “funcionario público”, careciendo de virtualidad la especificación en este contexto, retornando así a la acertada versión de los códigos históricos en este punto del que, sin justificación, discrepó el legislador de 1995.

10. Para reforzar la seguridad jurídica de este capítulo, se introducen también precisiones en el concepto penal de documento del artículo 26 del Código, para que los tribunales puedan valorar si el objeto material de la posible falsedad documental cumple o no esos requisitos. También se configuran los conceptos penales de documento público, autenticidad y naturaleza privada de las reproducciones de los documentos públicos que no acrediten su fidelidad con el original.

11. Finalmente, se incluyen estos delitos de falsedad documental en la lista de los imputables las personas jurídicas, ampliando así la virtualidad protectora y de prevención general de esta criminalización de actos preparatorios de otros delitos, atendiendo a su potencial perturbación de diversos sectores del tráfico jurídico.

**Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

Se modifican los artículos 26 y 390 a 399 del Código penal en los siguientes términos:

Artículo 26.

1. A los efectos de este Código se considerará documento todo soporte material de una declaración de voluntad, captable organolépticamente e idóneo para acreditar hechos jurídicamente relevantes.

2. Se entenderá por documento auténtico el emitido por quien figure en el mismo como autor.

3. Se considerará oficial el documento emitido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sólo mantendrán su carácter oficial estos documentos, en

cualquier modalidad de reproducción, cuando contengan una acreditación fehaciente de su concordancia con el original.

#### Artículo 390.

Comete delito de falsedad documental el que, estando comprendido en alguno de los siguientes artículos, cree un documento o altere otro ya existente, faltando a la verdad en su contenido y poniendo en peligro el tráfico jurídico al que esté avocado.

#### Artículo 391.

1. El funcionario público que cometiere falsedad en documento emitido en el ejercicio de su función, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y de inhabilitación especial de hasta seis años. En los supuestos de escasa gravedad se sustituirá la pena privativa de libertad por la de multa de la misma duración, imponiéndose la de inhabilitación especial hasta cuatro años.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el documento esté dotado de fe pública o destinado a un registro, libro o protocolo públicos.

3. Si estas falsedades se cometieren por imprudencia grave, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

4. La falsificación de certificaciones, que no tuvieran equivalente incidencia en el tráfico jurídico a la de los documentos de los apartados primero o segundo de los que se derivan, se castigará con la pena inferior en grado a la correspondiente a la falsificación del documento referido.

#### Artículo 392.

1. El particular que falsificare un documento oficial será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años o multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá al que en España traficare con algún documento de identidad falso, aun cuando haya sido falsificado en el extranjero o aparezca como perteneciente a otro Estado.

2. A los efectos penales se equiparán a los documentos oficiales los títulos valores y demás documentos mercantiles al portador o endosables, los testamentos ológrafos y los informes o registros técnicos. Se impondrá la pena superior en grado al que fabricare o manipulare los dispositivos de registro o medición de dichos datos técnicos.

3. Las mismas penas se impondrán al que faltare a la verdad en declaraciones ante funcionario público que se vayan a incorporar a un documento dotado de fe pública o destinado a un registro, protocolo o libro del mismo carácter, que afecten de modo esencial a la finalidad del documento, poniendo en peligro o lesionando derechos de otras personas.

4. Se impondrá la pena inferior en grado al que emitiera certificaciones de los documentos señalados en los anteriores apartados, o certificados de salud física o mental de personas, o sanitarios de carácter veterinario, así como al que abusare de firma en blanco dotando al documento de inautenticidad, salvo que por la trascendencia en el tráfico jurídico fueran equiparables a las conductas anteriormente descritas, en cuyo caso se impondrán las penas correspondientes.

5. Se considerará también falsedad cometida por particular la ocultación, destrucción o extracción indebida de dicho tráfico de un documento auténtico y veraz comprendido en los anteriores apartados de este artículo, así como la destrucción o borrado de la información contenida en registros técnicos.

6. Al que a sabiendas usare alguno de los documentos falsos descritos en los precedentes apartados, sin haber participado en su elaboración, se le impondrá la pena inferior en grado a la que corresponda a los falsificadores.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de estos delitos, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 461.

El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o interpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores. Iguales penas se impondrán al que presentare en causa judicial un documento falso.

### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

1ª Para la determinación de la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de todos los artículos reformados y de los derogados, oyéndose en todo caso al reo.

2ª Los directores de los establecimientos penitenciarios remitirán al órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia, relación de los penados que haya incluido en la ejecutoria penas por los delitos comprendidos en la presente reforma, así como la correspondiente liquidación de condena.

3ª Los órganos judiciales remitirán al Ministerio fiscal los informes recibidos de las instituciones penitenciarias, para que informe si procede modificar la sentencia y, en su caso, los términos de dicha modificación, oyendo a continuación al reo.

4ª No se revisarán las sentencias cuando la pena impuesta conforme a la legislación anterior lo sea también conforme a la nueva, exceptuándose el supuesto de que se pueda imponer la pena alternativa de multa, en cuyo caso deberá ser revisada la sentencia. Tampoco se revisarán las sentencias cuando la pena esté suspendida o en la fase de libertad condicional, salvo que fueran revocadas, supuesto en el que sí procederá la revisión.

#### **DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

Se derogan los artículos 393 a 399 y 400 bis de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

#### **DISPOSICIÓN FINAL**

La presente Ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

\* \* \* \* \*

## 3. Estudios

### (incluyendo ponencias presentadas en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal\*)

#### **Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón**

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo. Patrono de la FICP.

#### ~Responsabilidad penal por productos defectuosos~

#### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La incidencia del Derecho Penal sobre la actividad económica y empresarial habitualmente se produce a través, sobre todo, de la tipificación, investigación y sanción de delitos contra el patrimonio y de delitos contra el orden socioeconómico, así como de algunos otras figuras delictivas que, aunque formalmente protejan bienes jurídicos diferentes, en el caso concreto se hallan conectados con aquellos o con estos (así ocurre, por ejemplo, frecuentemente con los delitos de falsedades documentales). De este modo, cuando, en el seno de las empresas, se disponen medidas preventivas frente a eventuales responsabilidades penales, se piensa ante todo (al diseñar las estrategias de cumplimiento normativo) en términos de evitación de daños patrimoniales ilegítimos a terceros, cumplimiento de la normativa propia del Derecho administrativo económico, urbanístico y medioambiental, de las normas laborales y de las normas tributarias. Incluso por lo que hace a la protección de los consumidores, la perspectiva predominante en el seno de la empresa suele ser la de evitar abusos en relación con sus derechos de contenido patrimonial, tanto en la fase de suscripción de contratos como en la posterior de cumplimiento. Esta forma de ver las cosas no es casual, sino que obedece ciertamente al hecho de que la gran mayoría de los conflictos y litigios que, en relación con empresas, se sustancian ante la jurisdicción penal se refieren bien a cuestiones de índole patrimonial, o bien a infracciones del régimen legal de los mercados y actividades económicas.

---

\* En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024. Sobre “Problemas de Derecho penal general y especial”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Vigo y la FICP (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Vigo, Vigo, Galicia. Véanse asimismo las Actas del XXV Seminario, con ISSN 2695-3994, la totalidad de las cuales estará disponible próximamente en nuestra página web, en la sección de [Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de Derecho penal, Univ. de Alcalá](#).

Sin embargo, aun siendo esto así, también lo es que desde hace ya varias décadas se ha abierto otro ámbito de litigiosidad diferente para las empresas: el de la responsabilidad de estas y de sus empleados y directivos por los daños físicos causados a los consumidores por los productos por ellas producidos y/o comercializados. Una responsabilidad que en algunos casos se pretende exigir por la vía civil, pero que en otros muchos –y de manera creciente- se reclama por la vía de la jurisdicción penal. En concreto, es ya habitual que allí donde exista una lesión de bienes jurídicos personales (vida, integridad corporal y salud, principalmente) causados por un acto de consumo de un producto o servicio se interponga la correspondiente denuncia o querrela: por un presunto delito de homicidio, de aborto, de lesiones o de lesiones al feto, doloso (generalmente alegando la presencia de dolo eventual) o imprudente (sea por imprudencia grave o por imprudencia menos grave); o bien por un presunto delito de peligro, de aquellos que protegen la “*seguridad colectiva*” (Título XVII del Libro II del CP); a veces, también por un delito de daños. Las razones para recurrir en estos casos a la jurisdicción penal son varias, pero predomina ante todo el deseo de los afectados de obtener, cuando el daño sufrido es así de grave, no sólo una mera reparación, sino una declaración formal en torno a la culpa y a la responsabilidad del máximo nivel expresivo, representada por el fallo condenatorio y por el acto de imposición de la pena.

De este modo, los problemas de responsabilidad penal a los que eventualmente pueden tener que enfrentarse las empresas industriales y comerciales se amplía considerablemente, para referirse a ámbitos del Derecho Penal que –como el homicidio o las lesiones- generalmente les resultan ajenos. Y esta misma extrañeza, por la existencia de un vínculo en el caso concreto entre la actividad empresarial y los delitos contra la vida y/o contra la integridad corporal y la salud, aqueja también a la jurisprudencia (y, en general, a todos los operadores habituales del proceso penal: policía, ministerio fiscal, etc.) que, acostumbrados como están a enfrentarse a la delincuencia empresarial en el ámbito patrimonial o socioeconómico, y a los delitos de homicidio y de lesiones principalmente en relación con comportamientos individuales, se las ven y se las desean para adaptar y aplicar de manera eficaz las interpretaciones usuales de dichos delitos a una realidad tan diferente.

Así, en realidad, el problema de la responsabilidad penal por productos defectuosos no es sino el problema de cómo aplicar los criterios interpretativos asentados en materia de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto y daños en cosa ajena, así como

determinados delitos de peligro contra la seguridad colectiva, a un subconjunto de hechos típicos que, por su ubicación dentro de la actividad de fabricación y/o de comercialización de productos de consumo, no son realizados de la manera habitual (por un individuo o por un pequeño grupo de individuos), sino a través de una organización (la empresa), a veces notablemente compleja.

En efecto, es el hecho de que buena parte de los casos en los que se invoca la responsabilidad penal por productos defectuosos tengan lugar en el marco de empresas grandes, con una organización más o menos compleja, muchas veces con largas y sofisticadas cadenas de suministro, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución y venta, y, además, frecuentemente también con intensas relaciones de cooperación con otras empresas (que les suministran materias primas, fabrican piezas o componentes del producto final, realizan el control de calidad,... o distribuyen y venden los productos producidos por aquella), lo que complica la cuestión desde el punto de vista del Derecho Penal. Pues, como es sabido, las condiciones usualmente exigidas por la jurisprudencia y la doctrina para la afirmación de la tipicidad de un hecho en los delitos de homicidio, de aborto, de lesiones al feto, de lesiones y de daños en cosa ajena tienen que ver principalmente con la existencia de un autor o autores identificables, con la concurrencia de dolo o de imprudencia en la acción de dicho autor y con la posibilidad de imputar objetivamente el resultado lesivo efectivamente producido, sea a título de conducta activa o en comisión por omisión. Y ocurre que la comprobación de estas tres condiciones para la atribución de responsabilidad se vuelve, en los casos que estamos examinando, extraordinariamente dificultosa, a causa de la naturaleza compleja de la estructura empresarial. Lo que frecuentemente pone a los tribunales de justicia, tanto por causa de las dificultades probatorias como en razón de las dudas de interpretación acerca del contenido de los referidos elementos del delito en el caso concreto, ante la tesitura de adoptar resoluciones dudosas –y a veces cuestionables- sin una base, probatoria y/o dogmática, suficiente.

Debido a ello, es importante examinar aquí no todos los problemas de interpretación y aplicación de los delitos señalados, pero sí aquellas especificidades que conlleva la aplicación de dichos delitos en el ámbito de la actividad productiva y comercial. De entre dichas especificidades las hay compartidas con otros delitos cometidos en el ámbito empresarial: así, las dificultades de aplicación de los criterios de autoría y participación. En cambio, otros problemas, como los del dolo y la imprudencia, los de la imputación del

resultado y los de la responsabilidad por omisión, así como los derivados de la eventual aplicación de los delitos de peligro contra la seguridad colectiva, son peculiares de los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos. Aquí se concentrará la atención tan sólo en estas.

## **II. APLICACIÓN DE DELITOS DE LESIÓN**

### **1. Imputación objetiva del resultado lesivo**

#### ***a) Por acción***

Como es sabido, en todos los delitos de resultado la aplicación de la pena máxima –la del delito consumado- está en principio condicionada a la ocurrencia del resultado descrito en el tipo y, además, a que se pueda establecer la relación causalidad entre éste y la acción típica, y a que dicha relación causal resulte jurídicamente adecuada para fundamentar la responsabilidad por el resultado. Naturalmente, en los casos en los que se exige responsabilidad penal por las consecuencias lesivas (muertes, lesiones, daños materiales) derivadas del consumo de un producto o servicio defectuoso también es aplicable esta regla general. No obstante, lo cierto es que su aplicación a tales supuestos ocasiona, muchas veces, graves dificultades. Estas mayores dificultades se deben principalmente a dos tipos de razones. Algunas veces, al hecho de que exista incertidumbre acerca de la manera en la que ha tenido lugar el curso causal que conduce al resultado lesivo. Y en otras ocasiones, porque el resultado no es fruto únicamente de un comportamiento negligente –o intencionado- de una única empresa fabricante o comercializadora, sino de varias que han confluído para configurar el proceso de producción o comercialización; o es fruto incluso de un uso imprudente del producto por parte del consumidor, lo que suscita la cuestión, no siempre fácil de dilucidar, de la incidencia de dicha imprudencia de la víctima sobre la responsabilidad penal.

#### ***1) Problemas en la determinación de la relación causal***

En los delitos de resultado, determinar si existe o no una relación causal entre la acción típica y el resultado lesivo no es infrecuente que plantee algunas dificultades de naturaleza probatoria, porque no haya pruebas bastantes que permitan dar por satisfechas las exigencias derivadas del estándar de prueba exigible en un juicio penal para el pronunciamiento condenatorio (por delito consumado). Hasta este punto, sin embargo, nada de especial ocurre en los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos. La cuestión, sin embargo, cobra tintes diferentes cuando –como ocurre con frecuencia- el

proceso causal pretendidamente lesivo no es de naturaleza puramente física, sino que implica además (o principalmente) reacciones químicas y/o efectos fisiológicos en el organismo de la víctima. Pues en ambos supuestos puede suceder que el curso causal se vuelva particularmente opaco; y, por ello, especialmente problemático a los efectos probatorios, como base para sustentar una condena por delito de resultado consumado. En efecto, no es raro en estos casos que exista, de una parte, un comportamiento probadamente negligente (o intencionado) de fabricar y/o comercializar un producto (un alimento, un medicamento, un producto químico, etc.) claramente defectuoso y peligroso para la vida, la salud y/o las cosas. Y, de otra, ciertos resultados dañosos soportados por algún o algunos consumidores. Pero, a pesar de ello, no siempre es posible determinar con exactitud ni cómo han tenido lugar efectivamente dichos daños, ni a veces tampoco lo es establecer con certeza si fue justamente el consumo del producto defectuoso lo que los provocó.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente ejemplo: un grupo numeroso de consumidores ingiere cantidades significativas de un alimento cuyo proceso de producción no solamente infringe la normativa administrativa sobre sanidad alimentaria, sino que, además, resulta evidentemente peligroso (por no respetar la cadena de congelación, por emplear productos deteriorados, e conservantes no autorizados, etc.) para la vida y la salud de las personas. Pero sucede, sin embargo, que no sólo no todos los consumidores enferman o sufren algún síntoma de intoxicación, sino que además muchos de ellos acaban desarrollando síndromes que resulta difícil conectar con evidencia suficiente con el hecho de haber consumido el alimento en cuestión. En tal caso, en ausencia de una evidencia científica que resulte incontrovertible (bien por ignorancia de los expertos, o bien por una radical división de opiniones entre ellos), los jueces y tribunales penales encontrarán serias dificultades para dar por suficientemente probada la relación de causalidad, y para condenar por delito consumado, puesto que siempre cabrá argüir que, en estas condiciones, subsiste una duda razonable.

La cuestión, por supuesto, es que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos puramente físicos, en los procesos químicos y en los procesos fisiológicos la causalidad posee algunas características bien distintas: básicamente, debido al fenómeno (ampliamente extendido tanto en química como en fisiología) de la *sinergia*, a tenor del cual los efectos producidos por la concurrencia de determinadas causas no es simplemente acumulativo, sino que resulta desproporcionadamente más intenso desde un punto de

vista cuantitativo; y, algunas veces, incluso cualitativamente diferente. De este modo, correlacionar causas y efectos se vuelve más dificultoso, cuando no exista manera de establecer con precisión cuáles han sido las reacciones químicas o fisiológicas efectivamente producidas, o si no se posee un conocimiento científico en ese ámbito que resulte suficiente para sustituir al conocimiento exacto de la cadena causal.

La reacción de la jurisdicción penal ante las dificultades que se acaban de exponer ha oscilado entre dos extremos: bien aferrarse a la presunción de inocencia y a la regla probatoria *In dubio pro reo* y, consiguientemente, absolver de delito consumado, o bien intentar construir un dudoso “concepto normativo de causalidad”, forzando así sentencias condenatorias únicamente sobre la base de indicios. Hay que reputar ambas soluciones de insatisfactorias. Pues la primera de las soluciones, la universalmente absolutoria, aunque ciertamente es más respetuosa con las garantías, conduce en demasiadas ocasiones a la impunidad, lo que ha de considerarse muy poco razonable desde el punto de vista político-criminal. Por otra parte, el intento de convertir la relación de causalidad en un concepto “normativo” choca, a mi entender, frontalmente con las exigencias del principio de legalidad penal, que prohíbe a los jueces y tribunales interpretar los términos contenidos en las mismas de un modo que sea radicalmente ajeno al uso ordinario del lenguaje, y parece claro que el uso ordinario del término “*causación*” en ningún caso admite –como se pretende– el significado de “*imputación jurídica libremente realizada, sobre la base de meros indicios y de consideraciones de orden valorativo, por un juez o tribunal*”.

La solución, entonces, ha de ser buscada por una vía intermedia: la de determinar las condiciones en las que un proceso causal complejo y opaco puede ser dado por probado, incluso cuando no pueda ser reconstruido por completo en todos sus detalles; esto es, aunque no sea posible detallar todos y cada uno de los eslabones de la cadena causal que conduce desde la acción hasta el resultado. Tales condiciones son dos: primero, que exista alguna ley causal, suficientemente sólida desde un punto de vista científico, que establezca, con carácter aproximadamente determinista (esto es, no tan sólo a título de mera posibilidad, ni siquiera con una probabilidad relevante, sino con una probabilidad rayana en la certeza), que a la acción le ha de seguir el resultado; y, segundo, que no exista ninguna otra explicación causal alternativa dotada también de una base científica igualmente sólida.

Como se comprenderá, estas condiciones son muy exigentes, por lo que abocarán a absolver de delito consumado EN muchos de los supuestos en los que el curso causal

desde la fabricación o venta del producto defectuoso hasta la afectación a la vida, salud o patrimonio no esté bien determinado. Sin embargo, pedir menos sería ignorar la exigencia legal de que en los delitos de resultado, la pena del delito consumado se imponga únicamente cuando concurra una relación de causalidad probada, pues cuando no se cumplen las dos condiciones señaladas necesariamente ha de subsistir una duda razonable. Y, en todo caso, esta solución, con ser garantista, permite pese a todo también condenar, si hay un conocimiento científico sólido en el que basarse, aun cuando desconozcamos todos los detalles del proceso causal.

En este modelo, el caso límite es aquel en el que, existiendo leyes científicas que permiten conectar casualmente acción y resultado, sin embargo, tales leyes científicas son varias y son contradictorias entre sí: esto es, cuando varias explicaciones científicamente fundadas compiten por explicar el resultado lesivo. En este supuesto, parece claro que la solución no puede proceder sino de una valoración cuidadosa de las pruebas (científicas: periciales) introducidas en el juicio. Valoración que, como es obvio, le corresponde al juez o tribunal juzgador. Sin embargo, decir esto no equivale a decir que dicha valoración pueda ser libérrima. Antes al contrario, es importante volver a recordar que en la valoración de las cuestiones causales el juez o tribunal se encuentra estrictamente vinculado a la exigencia de realizar una valoración racional de la prueba (y una argumentación suficiente de dicha valoración). Lo que, en la práctica, significa que, entre varias explicaciones alternativas científicamente fundadas, sostenidas por peritos diferentes y basadas en las pruebas válidas disponibles, el juez o tribunal puede y debe decidir por cuál se inclina. Pero puede y debe hacerlo únicamente sobre la base de argumentos de naturaleza epistemológica y metodológica: esto es, atinentes a la mayor o menor fiabilidad, desde un punto de vista científico, de cada una de las explicaciones propuestas.

## **2) *Concurrencia de conductas negligentes***

De acuerdo con lo acabado de exponer, allí donde sea posible dar por probada una conexión causal entre el consumo de un producto defectuoso y los daños en la vida o la salud del consumidor, o en cosas pertenecientes a su patrimonio, generalmente será posible imputar jurídicamente el resultado típico a la acción, y condenar por delito de lesión (homicidio, aborto, lesiones al feto, lesiones, daños) consumado. Pues normalmente, concurriendo la relación causal, la previsibilidad objetiva del resultado resulta fácil de establecer.

Esta regla general se quiebra, sin embargo, en dos casos. Primero, cuando el proceso de fabricación y comercialización del producto que se revela como defectuoso está muy fragmentado (por ejemplo, entre empresas distintas) y, además, varios de los agentes intervinientes en el proceso han cometido errores que contribuyen a dicha deficiencia. Y, en segundo lugar, cuando ocurra que el consumidor no haya hecho un uso “normal”, adecuado, del producto defectuoso, sino un uso claramente negligente. Pues, en ambos supuestos, la conexión de previsibilidad objetiva entre la acción típica (de fabricación y/o comercialización del producto) y el resultado lesivo puede fallar o, cuando menos, resultar más difícil de establecer.

Así, en el primero de los casos, no existirá dificultad alguna de imputación allí donde haya habido una conspiración: en efecto, si las varias empresas (o unidades funcional u organizativamente diferenciadas de la misma empresa) cometen sus errores de fabricación de acuerdo con un plan común (no es preciso que todos y cada uno de los intervinientes conozca el plan en detalle, sino que es suficiente con que todos ellos sean conscientes de que existen serias probabilidades de que la actividad empresarial en la que participan cree un producto peligroso para el consumidor), será posible realizar una imputación conjunta, a todos ellos, del resultado lesivo producido. De manera que el único problema restante sería el de diferenciar, en su caso, entre ellos niveles de participación, y de responsabilidad: en la práctica, principalmente el de distinguir entre autores, inductores y cooperadores necesarios, de una parte, y cómplices, de otra.

La cuestión, sin embargo, se plantea de manera muy diferente cuando no exista tal conspiración, sino únicamente una acumulación de errores, fruto de un cúmulo de imprudencias aisladas, que interactúan entre sí para acabar dando lugar al producto defectuoso que, una vez consumido, causa un daño al consumidor. En este supuesto, a diferencia del anterior, el principio de responsabilidad individual impide realizar cualquier género de imputación conjunta y obliga a determinar si es posible imputar el conjunto del resultado producido a alguna de las actuaciones erróneas. Ello, en muchas ocasiones, simplemente no será posible, pues o bien no existirá conexión de previsibilidad bastante entre acción y resultado, o bien, aun existiendo tal conexión, el resultado lesivo finalmente producido se aleja con mucho de aquello que constituía el ámbito natural de protección del deber de cuidado infringido.

Así, muchos pequeños errores que acaban por contribuir en alguna medida a que un alimento llegue al consumidor en mal estado no serán, por sí mismos, suficientemente

graves como para que vuelvan previsible el resultado de muerte o de lesiones de ese consumidor. Faltará, pues, en tales casos la previsibilidad objetiva *ex ante* y, por consiguiente, el resultado no podrá ser objetivamente imputado a tales acciones negligentes. En otros casos, sin embargo, la aportación de una determinada negligencia a las deficiencias que afectan al producto final es lo suficientemente importante como para que sólo en virtud de ella el daño al consumidor se vuelva previsible, por haber aportado la última condición necesaria para que el conjunto de errores resultase suficiente para producir la deficiencia y el daño. Con todo, puede ocurrir que esa aportación última sea, no obstante, de mucha menor trascendencia que otras aportaciones anteriores. Y puede suceder, incluso, que cada una de las aportaciones, examinada por separado, resulte de escasa trascendencia, de manera que sólo la confluencia casual de errores volvió probable el resultado dañoso. En este supuesto, a nadie le podrá ser imputado el resultado lesivo y nadie responderá por delito de lesión consumado.

Por supuesto, también habrá casos en los que, a pesar de todo, la imputación objetiva del resultado a una sola de las conductas negligentes resulte posible. Ello ocurrirá allí donde la trascendencia de dicha negligencia para la deficiencia del producto y para el resultado lesivo final resulte decisiva. Sin embargo, es importante advertir que esta situación (varias negligencias independientes que confluyen casualmente, pero una de ellas de la máxima trascendencia) será de lo más infrecuente, puesto que lo normal será que todas las negligencias acaecidas posean similar repercusión sobre el resultado final y que, por ello, no sea posible imputárselo a ninguna. De manera que, fuera de casos muy particulares, lo más normal será que tan sólo cuando alguien se responsabilice de la supervisión y/o del diseño de todo el proceso de producción, la imputación del resultado resulte fácil, mientras que en otros supuestos será más probable que surja, cuando menos, la duda razonable y, consiguientemente, haya que negar la imputación y la responsabilidad por delito consumado.

### 3) *Imprudencia de la víctima*

El segundo supuesto problemático de imputación del resultado lesivo al defecto del producto se produce cuando el consumidor no ha hecho un uso “normal”, adecuado (conforme a las reglas de cuidado razonable), del producto defectuoso, sino un uso claramente negligente. Se suscita en este caso la cuestión de determinar la incidencia de la negligencia de la víctima (aquí, del consumidor) sobre la responsabilidad penal de autores y otros partícipes, imprudentes o dolosos. Pues ocurre que en ellos la conexión de

previsibilidad objetiva entre la acción típica y el resultado lesivo puede fallar o, cuando menos, resultar más difícil de establecer.

Es este un tema enormemente discutido dentro de la dogmática penal, sobre el que es difícil proponer tesis generales claras y que sean universalmente aplicables. Pese a ello, puede decirse que es opinión mayoritaria la de que el llamado “principio victimodogmático” no rige de manera general como criterio de imputación objetiva. Y que, por consiguiente, en general tampoco es cierto que cualquier negligencia de la víctima en el uso del producto defectuoso conlleve la exclusión de la responsabilidad (por delito de lesión consumado) de quien fabricó un producto con deficiencias o procedió luego a comercializarlo. Dicho esto, también es cierto que puede haber casos extremos, en los que la previsibilidad del resultado lesivo sólo se justifique por la extraordinaria imprudencia de la propia víctima.

Se trata, pues, en definitiva de aplicar el criterio de la previsibilidad objetiva *ex ante* para establecer en qué casos ya el defecto propio del producto era probable que condujese a un determinado resultado lesivo y en cuáles, por el contrario, tal resultado era altamente improbable, de no ser por la imprudencia concurrente del propio consumidor. De manera que, en el primer grupo de supuestos concurrirá la responsabilidad por delito consumado (aunque haya habido algún comportamiento negligente del consumidor), mientras que en el segundo no.

**b) *En comisión por omisión***

El hecho de que los cinco grupos de delitos de lesión más habitualmente aplicados a los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos (el homicidio, el aborto, las lesiones al feto, las lesiones y los daños) sean además delitos de resultado conlleva una consecuencia adicional: la de que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 CP, quepa plantearse la posibilidad de imputar el resultado lesivo producido no sólo a acciones de fabricación y/o de comercialización de productos, sino también a otras acciones que, pese a no haber contribuido causalmente al resultado lesivo, constituyan comportamientos de infracción del deber lo suficientemente trascendentes. Se plantea, en suma, la cuestión de a qué casos cabe extender la posibilidad de responsabilidad en comisión por omisión que prevé el mencionado precepto.

A este respecto, lo primero que hay que aclarar es que, en contra de lo que cierta doctrina y algunas sentencias judiciales han venido manteniendo, no es cierto que en el

seno de las empresas exista, por el hecho de tratarse de una organización, algún deber genérico de control que convierta a quien lo infrinja, automáticamente, en autor (en comisión por omisión) de los resultados lesivos que eventualmente pudieran producirse. Y no existe tal responsabilidad penal extensiva en virtud de un deber genérico de control, porque ello sería tanto como aceptar una imputación automática de responsabilidad en virtud de la posición jurídica ocupada, en vez de (como exige el principio de responsabilidad por el hecho) en función de las acciones realizadas. Lo cual no sólo sería materialmente injusto, sino que además chocaría de manera frontal con la regulación legal de la comisión por omisión en nuestro Derecho (que exige que “*la no evitación del mismo (...) equivalga (...) a su causación*”, esto es, demanda un vínculo material entre la conducta omisiva y el resultado lesivo). De este modo, resulta erróneo convertir, siempre y en todos los casos, al directivo de máximo nivel de una empresa en autor responsable, en comisión por omisión, de los resultados lesivos para el consumidor que pudieran llegar a producirse. Y ello, incluso aunque se pudiera comprobar que el directivo en cuestión fue negligente; o incluso si se puede demostrar que conocía la deficiencia del producto y el peligro que implicaba. En este último supuesto, de no concurrir las condiciones para la responsabilidad en comisión por omisión que veremos a continuación, el directivo podría ser responsable de un delito de omisión pura, en el caso de haberlo: de un delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP), de un delito de omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP), de un delito de peligro omisivo (así, por ejemplo, el del art. 348 CP, en materia de explosivos y otras sustancias peligrosas), etc. Pero no de delitos de homicidio, aborto, lesiones, etc.

Así pues, para que en los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos exista autoría de un delito de resultado lesivo en comisión por omisión, es preciso que se cumplan tres condiciones. En primer lugar, debe existir una infracción (imprudente, cuando menos) de su deber de conducta por parte del sujeto activo y dicha infracción debe consistir en la no realización de un comportamiento activo que era debido (para evitar el riesgo de aparición del resultado). En segundo lugar, es necesario también que dicha infracción omisiva vuelva dicho resultado mucho más probable; es decir, que contribuya a volverlo objetivamente previsible *ex ante*.

Pero no basta con que se cumplan los requisitos anteriores (omisión + previsibilidad objetiva), sino que, además, para que exista autoría, deberá cumplirse asimismo la condición de equivalencia reclamada por el art. 11 CP. Equivalencia que tiene que ver

con la esencialidad de la infracción omisiva para la producción del resultado. De este modo, de entre todas las conductas infractoras y omisivas que puedan tener lugar en el curso del proceso de producción y/o de comercialización al consumidor del producto defectuoso que ha de dañarle, únicamente serán de autoría aquellas que ocupen una posición central en el desencadenamiento de la lesión del bien jurídico. Mientras que las restantes constituirán tan sólo conductas de participación: punibles (como complicidad o como cooperación necesaria), en el caso de ser dolosas, pero atípicas si resultasen meramente imprudentes.

Por lo tanto, cuando se trata de enjuiciar conductas meramente omisivas, es preciso distinguir entre aquellas que podrían ser calificadas a lo sumo como omisiones propias y las que, en cambio, resultan relevantes para la producción del resultado lesivo, por lo que podrían llegar a dar lugar a responsabilidad, en comisión por omisión, por el resultado lesivo. Pero también es necesario, entre estas últimas, diferenciar entre aquellas que elevan de manera esencial el riesgo del resultado, hasta el punto de poder hablarse de una auténtica determinación del hecho (mediante la omisión) y aquellas otras que, por el contrario, aunque remueven obstáculos a la producción del resultado, siguen dejando en manos de un tercero el control principal de la causación. Tan sólo las primeras serán acciones de autoría, mientras que las segundas únicamente pueden calificarse como actos de cooperación omisiva.

Aplicando estos criterios a los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos, lo que resulta decisivo para calificar las conductas no es la posición formal ocupada por cada sujeto activo dentro de la estructura empresarial o el proceso de producción o comercialización, sino las funciones que (independientemente de su posición formal) cada sujeto haya efectivamente asumido. Sobre esta base, se puede afirmar que, por regla general (y siempre con la salvedad de que hay que comprobarlo en cada supuesto concreto), entre los empleados subordinados de una empresa, los únicos que pueden llegar a convertirse en autores de delitos de resultado en comisión por omisión son aquellos que se dediquen a una de estas dos tareas: bien los responsables de aplicar medidas de seguridad al producto (ejemplo: los encargados de aplicar el aislamiento adecuado a las piezas eléctricas de un juguete), o bien los que tienen por misión el control de su calidad (ejemplo: los encargados de comprobar que un alimento contiene la cantidad permitida de sustancias conservantes). Pues solamente ellos pueden llegar a tener atribuidos deberes de actuación positiva de tanta importancia para el control de los riesgos

inherentes al producto como para que se pueda justificar su calificación como autores. No obstante, ello no quiere decir que todos los que participen de tales funciones y no las cumplan con diligencia deban ser calificados como autores por omisión: lo encargados de seguridad del producto o de su control de calidad que ostenten, materialmente, un rol central en el desarrollo de dicha función (los jefes de laboratorio, jefes de equipo, etc.); pero no, en cambio, el resto de los empleados que ejerzan dichas funciones, que deberán ser calificados como meros cooperadores (impunes, pues, si no obran con dolo).

En el caso de los directivos, son tres las funciones que el directivo de una empresa puede asumir y que resultan relevantes, cuando son ejercidas con dejación de responsabilidades, para su calificación como autor en comisión por omisión: las funciones de organización del proceso, las funciones de selección de las aportaciones al mismo (selección de personal, de las materias primas, de la maquinaria, etc.) y las funciones de coordinación entre todos los factores y unidades productivas. Cuando, en el caso concreto, el directivo en cuestión tenga efectivamente atribuidas tales funciones (es decir, no las haya delegado en nadie), las incumpla y, finalmente, se demuestre que ello ha contribuido de manera relevante a volver más previsible el resultado lesivo, entonces podrá decirse que su dejación de responsabilidades resulta equivalente a una verdadera determinación positiva del curso causal lesivo, y se le podrá calificar como autor del delito en comisión por omisión. Por el contrario, no lo será cuando las funciones que le correspondían estén, de hecho delegadas en un tercero.

## **2. Imprudencia**

### ***a) Reglas de cuidado, incidencia de la regulación administrativa y riesgo permitido***

El segundo grupo de problemas específicos que se plantean en muchos casos de responsabilidad penal por productos defectuosos es el de acotar el desvalor de acción existente en las conductas empresariales enjuiciadas. Y, en concreto, el de fijar la frontera entre conductas imprudentes y conductas permitidas. El problema estriba, por supuesto, en que en muchas ocasiones el propio acto de fabricar y comercializar para su consumo determinados productos implica, aun en el mejor de los casos (esto es, incluso si no se puede decir que el producto tenga ningún defecto), algún riesgo, al menos para la salud del consumidor: es sabido que consumir alimentos con ciertos conservantes o determinados cosméticos no es bueno para la salud, que utilizar ciertos juguetes (un laboratorio de química, por ejemplo) puede ser peligroso, que conducir el mejor automóvil disponible conlleva riesgos, etc. Es decir, en muchas ocasiones, la línea

divisoria entre la conducta imprudente y la diligente en la fabricación y comercialización de productos no puede ser determinada únicamente en atención a si concurre o no algún riesgo para el consumidor, pues muchas veces ocurre que tanto la una como la otra los producen.

Por el contrario, la determinación del ámbito de la imprudencia penalmente típica ha de hacerse depender más bien de dos factores: primero, del cumplimiento o no de la regulación administrativa que resulte aplicable y que imponga medidas de cuidado al respecto; y segundo, de consideraciones de racionalidad práctica.

En efecto, en ordenamientos jurídicos que, como los de las economías desarrolladas contemporáneas, contienen un amplísimo sector de Derecho Administrativo económico, esto es, una regulación jurídico-pública de la actividad económica bastante intensa y bastante extendida, delimitar el concepto de imprudencia relevante para el Derecho Penal económico exige necesariamente tomar en consideración con lo dispuesto en dicha regulación. Desde luego, no de toda ella, ya que muchas normas administrativas en la materia poseen objetivos que poco o nada tienen que ver con la prudencia o la imprudencia en relación con la vida, la salud o las cosas ajenas. No obstante, hay normas administrativas (especialmente, en ciertos sectores de la actividad productiva: alimentario, farmacéutico, químico, etc.) que sí que tienen conexión con este asunto: en general, todas aquellas que establecen acciones debidas o prohibidas (que imponen medidas de cuidado, en suma) por mor de su incidencia sobre el nivel de riesgo que para el consumidor supone el acto de consumir un determinado producto. Que prohíben ciertas acciones (ciertas formas de fabricar, empaquetar, etiquetar, transportar, etc.) porque tienden a elevar el riesgo inherente al producto para el consumidor, u ordenan otras (hacer controles de calidad, instalar mecanismos de seguridad, incluir información en el etiquetado, almacenar y transportar con ciertas precauciones, etc.) justamente porque tienden a reducirlo.

En estos supuestos, cuando el Derecho Administrativo regula las condiciones de seguridad exigidas para el proceso de producción y/o de comercialización de un producto, la regla general será que quien respeta completamente lo establecido las disposiciones administrativas obra sin de manera diligente. Ello, no obstante, no siempre será así en todos los casos, pues pueden darse dos circunstancias que impidan aplicar la regla general. En primer lugar, puede suceder que el autor o autores de la fabricación y/o comercialización del producto peligroso para el consumidor, a pesar de respetar la

normativa administrativa sobre seguridad, posean conocimientos especiales (por ejemplo, porque el departamento de investigación y desarrollo de su empresa les haya advertido sobre el particular) acerca de la peligrosidad del producto: si una empresa farmacéutica tiene un conocimiento privado de ciertos efectos secundarios perjudiciales para la salud del consumidor de un medicamento que fabrica y comercializa, el hecho de que se haya cumplido con la regulación administrativa no impedirá la calificación de la conducta como imprudencia consciente o, en su caso, como dolo eventual.

Algo similar puede ocurrir, en segundo lugar, cuando la normativa administrativa en materia de seguridad haya quedado, en un determinado sector productivo, obsoleta. En estos casos, por regla general, quien cumpla con la regulación, aunque esté obsoleta, quedará cubierto y no podrá ser calificado como autor imprudente, debido a la imposibilidad de que el riesgo inherente a la fabricación o comercialización del producto le resultase cognoscible si el Derecho Administrativo no había sido capaz de identificarlo. Pero esta regla tiene, otra vez, su excepción en el caso de que la empresa en cuestión posea conocimientos extraordinarios acerca de la peligrosidad del producto: en tal caso, si se puede probar la existencia del conocimiento extraordinario, su conducta podrá ser calificada como imprudente (o, en su caso, incluso como dolosa).

Si, como acabamos de ver, lo usual es que quien cumple con la normativa administrativa en materia de seguridad quede excluido del ámbito de tipicidad de los delitos imprudentes de resultado lesivo (y, *a fortiori*, también de su modalidad dolosa), de ello no se deduce automáticamente la conclusión inversa: de la infracción de las reglas de cuidado contenidas en las normas administrativas no puede deducirse de manera automática la comisión de una imprudencia. Pues constituye interpretación absolutamente mayoritaria la de que la infracción de normas administrativas es tan sólo un indicio de la existencia de una eventual imprudencia penal. Y que, para que una conducta pueda ser calificada fundadamente como imprudente, es preciso además que se den en el caso concreto las condiciones materiales exigidas: riesgo relevante, cognoscibilidad de dicho riesgo para el sujeto activo, infracción de su deber de conducta en el caso concreto (y no tan sólo de las reglas generales de cuidado), toma en consideración –para valorar su grado de diligencia– de los conocimientos y capacidades técnicas que se le presuponen, en atención a la posición que ocupa en el tráfico jurídico, etc.

Teniendo en cuenta esto, se puede decir que, aunque por lo general la infracción de la regulación administrativa constituirá un fuerte indicio en favor de la calificación de la

conducta como imprudente, puede, no obstante, haber casos en los que la cuestión resulte más discutible. Así, en primer lugar, si se demuestra que el acto fue realizado en circunstancias excepcionales, que autorizaban a asumir riesgos también excepcionales (ejemplo: ante la falta del medicamento prescrito y la gravedad de la dolencia, se vende, sin receta, un medicamento peligroso, con la conciencia de dicha peligrosidad, a un enfermo, que acaba por sufrir algún efecto secundario de consumirlo). En segundo lugar, si la infracción de los deberes de cuidado administrativamente prescritos se compensa con la adopción de unas medidas de cuidado alternativas que permitan mantener el riesgo bajo control (ejemplo: se dispensa un medicamento sin el etiquetado correcto, pero se advierte de palabra al paciente de la forma correcta de usarlo). O, en fin, si la regulación administrativa ha quedado obsoleta, de manera que su infracción no conlleve el descontrol del riesgo inherente al consumo del producto.

Obsérvese que lo dicho se refiere en todo caso a los efectos del cumplimiento o incumplimiento *de normas* administrativas. En el ámbito de los tipos penales que ahora estamos considerando, carece, pues, de relevancia para la responsabilidad el hecho de que la conducta realizada haya contado o no con una autorización administrativa. Más exactamente, la autorización administrativa influye sobre la responsabilidad únicamente en la medida en que, si ha sido otorgada legítimamente, presupone que la conducta autorizada cumple con la normativa administrativa de referencia y, en esa medida, usualmente (con las excepciones señaladas) no resultará imprudente. Por el contrario, en el caso de que la autorización administrativa no sea regular, si su irregularidad se debe a que la normativa administrativa relevante no permitía autorizar el comportamiento, entonces la conducta autorizada infringe normas administrativas, lo que, como hemos visto, constituye un fuerte indicio en favor de calificar la conducta como imprudente.

Es cierto, no obstante, que, aunque la existencia de una autorización administrativa irregular no cambie la eventual calificación de la conducta autorizada como imprudente, lo que normalmente sí que impedirá es calificarla como dolosa. Cuando menos, por razones probatorias, pues siempre (salvo que se pruebe la colusión entre el funcionario autorizante y la empresa solicitante) parecerá plausible la alegación de que existe una duda razonable acerca de si el sujeto autorizado no obraba de buena fe, sin conocimiento de la peligrosidad de su actuación (y en error de tipo, pues).

**b) *Imprudencia grave y menos grave***

El CP español incrimina la comisión imprudente de todos los delitos de resultado que habitualmente son de aplicación en los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos: en el homicidio (art. 142 CP), en el aborto (art. 146 CP), en las lesiones al feto (art. 158 CP), en las lesiones (art. 152 CP) y en los daños en cosa ajena (art. 267 CP). No obstante, únicamente en el caso del homicidio y de las lesiones se incriminan tanto la comisión por imprudencia grave como la comisión por imprudencia menos grave, mientras que en el resto de los delitos tan sólo la imprudencia grave resulta penalmente típica. De este modo, es esencial hallar un criterio de delimitación entre la imprudencia grave y la menos grave que resulte fácilmente aplicable a los supuestos que estamos examinando: en unos casos (aborto, lesiones al feto, daños), porque esta distinción marca la diferencia entre conducta delictiva y la no delictiva; y en los otros, porque la marca entre el delito menos grave y el delito leve (en el caso de las lesiones, tras la reforma de 2015, una de las modalidades típicas de lesiones por imprudencia grave (“*lesiones del apartado 1 del artículo 147*”) se ha convertido, en virtud de lo dispuesto en los arts. 13.4 y 33.4 CP, en delito leve, por lo que la delimitación entre imprudencia grave y leve tiene en este caso menos importancia), con las consecuencias de toda índole que ello conlleva.

La cuestión, sin embargo, es que, a pesar de la importancia práctica del tema, en realidad no existe ningún criterio legal de diferenciación. Debido a ello, la doctrina y la jurisprudencia han tenido que elaborar y proponer criterios. En este sentido, se ha propuesto que, para graduar la gravedad de la imprudencia, deben tomarse en consideración los siguientes factores: primero, la importancia del bien jurídico afectado (a más importancia, más imprudencias deberían ser consideradas graves); segundo, la peligrosidad de la acción (a mayor probabilidad de lesión del bien jurídico, más razones para considerar grave la imprudencia); y tercero, la valoración social del riesgo (cuando una conducta se realiza en un ámbito en el que hay riesgos permitidos habría más razones para calificarla como imprudencia menos grave, mientras que si no existe ningún espacio de riesgo permitido, más imprudencias deberían ser consideradas graves).

Se observará, sin embargo, que estos criterios son extremadamente genéricos, por lo que no permiten decidir de manera indiscutible cuál es la calificación merecida por una determinada conducta en cada caso concreto. A pesar de ello, cuando los aplicamos a los supuestos más usuales de responsabilidad penal por productos defectuosos, sí que se puede señalar que la interpretación razonable debe conducir a incluir la mayor parte de

los casos en el ámbito de la imprudencia grave: en efecto, dada la importancia de los bienes jurídicos afectados (el caso de los daños en cosa ajena sería la excepción), allí donde el peligro sea bastante alto habrá que afirmar, en general, la concurrencia de imprudencia grave. La única salvedad a este respecto puede proceder del hecho de que el consumo del producto en cuestión –aun del no defectuoso- resulte ya una conducta de alto riesgo por parte del consumidor: así, por ejemplo, si se trata de consumo de cantidades elevadas de licores fuertes (actividad que ya de suyo es muchas veces de alto riesgo), habrá que valorar cuánto ha elevado el riesgo para la salud pública el hecho de que el licor consumido no estuviera en buen estado, de manera que podría suceder que, si dicha elevación no es muy intensa, aun existiendo peligro para la salud, la imprudencia pueda pese a todo ser calificada como menos grave. Pero no en otros casos.

### **3. Dolo**

#### ***a) Dolo directo***

El tercer y último grupo de problemas específicos que se plantean en muchos casos de responsabilidad penal por productos defectuosos tiene que ver con el dolo. En realidad, se trata de dos problemas diferentes, aunque estrechamente relacionados. En primer lugar, en una primera aproximación “ingenua” (es decir, si hacemos caso de los estereotipos), podría pensarse que las conductas relacionadas con la responsabilidad penal por productos defectuosos se ubican siempre en el ámbito de las conductas culposas, no en el de las dolosas. En efecto, dejando de lado infrecuentes casos de conspiración (infrecuentes, pero desde luego no imposibles: piénsese, por ejemplo, en el caso, hoy demostrado, de la conspiración de la industria del tabaco para ocultar, durante muchos años, los efectos nocivos de este producto para la salud), lo cierto es que la situación más verosímil en estos supuestos no suele ser la de que los fabricantes o vendedores de un producto lo fabriquen y comercialicen a conciencia de que va a dar lugar a graves daños en la salud o en la vida de los consumidores. Es decir, no parece frecuente (aunque, desde luego, tampoco imposible) que las conductas que pueden dar lugar a la responsabilidad penal por productos defectuosos tengan lugar con dolo directo, de primero o de segundo grado.

#### ***b) Dolo eventual***

De lo anterior, sin embargo, no cabe deducir que únicamente se puedan sancionar dichas conductas a través de la imprudencia. Y ello, porque en todos los delitos de los

que estamos hablando en el correspondiente tipo penal doloso (arts. 138, 144, 147 ss., 157 y 263 CP) resultan subsumibles no sólo las conductas con dolo directo, sino también (puesto que los tenores literales respectivos no imponen ninguna restricción en este sentido) las conductas realizadas con dolo eventual. Constituiría, pues, un error grave excluir por principio la aplicación de estos delitos dolosos a los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos, puesto que no existe ninguna razón legal que obligue a ello. La cuestión, entonces, es más bien decidir cuándo, habiéndose probado la negligencia, existen pruebas bastantes para apreciar además dolo eventual en el autor o autores y cuándo, por el contrario, es evidente que no lo ha habido, o cabe al menos una duda razonable al respecto.

Para determinarlo, el problema interpretativo central estriba en establecer qué es lo que un autor ha de conocer, con razonable certeza, para que su conducta pueda ser calificada como dolosa (doloso-eventual). O, dicho en otros términos, es preciso precisar cuál es aquel conocimiento que han de tener el autor o autores y que fundamenta psicológicamente la calificación de una conducta como dolosa.

En este sentido, es preciso recordar que aquello que justifica el mayor desvalor de la acción dolosa (también de la doloso-eventual) en comparación con la imprudente es el hecho de que en aquella la intención del autor va referida a la lesión del bien jurídico. Es decir, es el conocimiento del riesgo (de lesión del bien jurídico) lo que resulta relevante: un conocimiento que ha de ser de tal naturaleza que implique una auténtica aceptación de la elevada probabilidad de lesión. De este modo, carecen de relevancia los conocimientos que el autor o autores posean acerca de los detalles técnicos de la deficiencia del producto que fabrican o comercializan. Basta con que sean suficientemente conscientes de su elevada peligrosidad para (la vida, integridad física o los cosas de) el consumidor (o, en el caso del aborto y de las lesiones al feto, para la vida en formación que está a su cargo).

Así, queda claro, en primer lugar, que cuando se demuestre que nadie con capacidad de decisión en el seno de la empresa llegó a considerar siquiera la posibilidad de que el producto que fabricaba o comercializaba fuese peligroso (o lo que es lo mismo: cuando no se pueda demostrar lo contrario), la pregunta por el dolo eventual estará fuera de lugar, de manera que la conducta a lo sumo podrá ser calificada como imprudente.

En cambio, cuando se pueda probar que alguno de los autores llegó a tener cierto conocimiento del riesgo potencial del producto, surgirá la duda de si su acción puede ser calificada como dolosa (doloso-eventual), o más bien como imprudente (como una

imprudencia consciente). En este sentido, creo que conviene distinguir dos hipótesis: de una parte, aquellos casos en los que el producto (un alimento, por ejemplo), de estar en buen estado, no tiene por qué implicar ningún riesgo para el consumidor y, de otra, aquellos otros en los que el consumo o utilización del producto (es el caso, por ejemplo, de muchos medicamentos) conlleva siempre algún riesgo, aunque éste se vea incrementado de existir deficiencias. La razón para hacer esta distinción estriba en que el conocimiento que fundamenta el dolo eventual es, en un caso y en otro, diferente. Así, cuando consumir el producto en buen estado no es en principio peligroso, son dos cosas las que hay que demostrar para afirmar el dolo. Primero, que el autor o autores supieran que la probabilidad de que el consumo del producto diese lugar a una lesión de la vida, integridad física, etc. era relevante (no, pues, una mera posibilidad remota). Y segundo, que dicho conocimiento de la probabilidad de lesión revistiera un grado de detalle razonable. “Razonable” quiere decir aquí un conocimiento suficiente, teniendo en cuenta la capacidad técnica del sujeto, para poder percibir que efectivamente el defecto del producto creaba una probabilidad de lesión que antes no existía.

Quiere ello decir, en la práctica, que en el caso del personal no técnico (directivos, vendedores, etc.) hay dolo (eventual) con tal de que sean conscientes de que un producto en principio inocuo ha dejado de serlo y genera algún riesgo relevante para la vida, la salud, etc. No necesitan, pues, conocer la concreta dinámica causal que crea el peligro. En cambio, cuando se trate de personal con formación técnica, para el dolo cabe exigir un conocimiento de las líneas esenciales del curso causal peligroso; en otro caso, si falta tal conocimiento, cabría dudar de que no se trate únicamente de imprudencia consciente.

La situación, sin embargo, es ligeramente diferente cuando el consumo del producto, aun en buen estado, conlleva ya algún riesgo para el consumidor. Pues en este supuesto, para poder hablar de dolo eventual, el nivel de detalle en el conocimiento del riesgo (del incremento del riesgo) que se deriva del defecto del producto deberá ser mucho más elevado. Así, únicamente cuando se pueda demostrar que el autor o autores eran bien conscientes de que el defecto en el producto elevaba significativamente la probabilidad de que el consumidor sufriera una lesión en alguno de sus bienes jurídicos podrá calificarse su actuación como dolosa. Lo que, en la práctica, significa que tan sólo resulta plausible imaginar tal situación (y demostrarla) para sujetos que tengan un grado de formación técnica importante, que les permita evaluar ajustadamente los eventuales incrementos de riesgo derivados del defecto en el producto. En cambio, para el resto del

personal que carezca de tal formación técnica resultará difícil distinguir entre el riesgo normal (permitido) inherente al producto y el riesgo anormal ocasionado por sus defectos, por lo que usualmente habrá que calificar su comportamiento como imprudente.

Desde luego, todo lo anterior es cierto únicamente en el caso de que el autor o autores de la conducta típica actúen sin la intervención ni apoyo de partícipes. Pues en el ámbito de la delincuencia empresarial (y también en el de la responsabilidad por productos defectuosos) no es infrecuente que quienes adoptan las decisiones que determinan el curso causal lesivo sean ayudados por otras personas, dotadas de capacitación técnica específica, que les asesoran, asumen ciertas operaciones auxiliares, etc. En tales casos, es perfectamente posible que su dolo surja –por decirlo así– “por delegación”: que, aunque ellos mismos no conozcan los suficientes detalles técnicos para comprender la peligrosidad de la deficiencia que aqueja al producto que fabrican o comercializan, sin embargo, hayan sido advertidos de la misma por parte de sus colaboradores; en cuyo caso podrá calificarse igualmente su conducta como dolosa.

*c) Dolo de los partícipes y autoría mediata*

Hay que recordar, a este respecto, que aquellos que, sin determinar el curso causal lesivo, realicen aportaciones al mismo (por ejemplo, a título de asesores técnicos) pueden responder, como partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), si concurre en ellos el dolo necesario. Dolo que, conforme a las reglas generales, deberá tener un doble objeto: el interviniente deberá ser consciente de la peligrosidad de la conducta del autor o autores y, además, deberá saber también que su comportamiento ayuda al desarrollo del proceso de fabricación y/o comercialización del producto defectuoso. Ayuda que puede consistir, justamente, en contribuir (por ejemplo, con un mal asesoramiento técnico a quien diseña el proceso productivo) a que surja la deficiencia del producto. Pero que también puede ser cualquier otra aportación (almacenamiento, transporte, etc.) que favorezca que el producto defectuoso llegue a manos del consumidor: eso sí, con tal, en este caso, de que tal aportación sea hecha a conciencia de que el producto en cuestión tiene un defecto y es peligroso para éste.

A falta de tales conocimientos (del doble dolo del partícipe), la conducta de quienes no revistan la condición de autores será atípica, pues hay que entender que la participación imprudente generalmente no resulta subsumible en las formas legales de participación previstas en los arts. 28 y 29 CP. De manera que únicamente si puede ser castigada a

través de alguno de los delitos de peligro que se verán a continuación podría considerarse penalmente típica, mas no en otro caso.

Debe observarse, por lo demás, que el ámbito empresarial es uno de los más propicios para el surgimiento de casos plausibles de autoría mediata, a causa de lo frecuente que resulta que existan grandes desniveles de conocimiento (sobre el riesgo) entre quienes ocupan posiciones distintas dentro de la empresa. Así, en primer lugar, existe generalmente autoría mediata en aquellos supuestos de inducción por parte de un superior en las que éste obra con conocimiento del riesgo (dolo) o con franca inadvertencia del mismo (imprudencia), si el ejecutor de sus órdenes actúa en error invencible de tipo, es decir, no cabría exigírsele que se diese cuenta de la peligrosidad que implica ejecutarlas: por ejemplo, en los casos normales, entre el obrero que fabrica con sus manos (o maneja la máquina con sus manos) y el director técnico que diseña y dirige el proceso productivo se da tal relación.

Además, en segundo lugar, puede suceder también que quienes dirigen el proceso productivo o de comercialización sean conscientes, en alguna medida incierta, de los defectos de su producto, pero que, movidos por informes técnicos deficientes, desprecien los riesgos inherentes. En tal caso, si quienes han proporcionado el asesoramiento técnico obran sin dolo, nos hallaremos ante un caso de autoría imprudente, en la que los inductores –los técnicos asesores- quedan impunes. Pero si se pudiera demostrar que los técnicos eran conscientes (del modo aproximativo que más arriba se ha expuesto) del riesgo de producir y comercializar el producto, puede suceder (aunque habrá que comprobarlo caso por caso) que el desnivel de conocimientos técnicos entre los asesores y los directivos justifique construir una autoría mediata e imputar responsabilidad, por delito doloso, a aquellos. Y ello, incluso aunque los directivos respondiesen a título de imprudencia.

***d) Dolo en la comisión por omisión***

En nuestro ordenamiento, las conductas de autoría en comisión por omisión de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto y daños resultan típicas tanto si son realizadas con dolo como si lo son con imprudencia (en el caso del homicidio y de las lesiones, únicamente si se trata de imprudencia grave). No ocurre así cuando la conducta sea de mera cooperación por omisión (incluso aunque constituya cooperación necesaria): en tal supuesto, sólo la conducta dolosa resulta típica, pero no la meramente imprudente.

A este respecto, hay que recordar que el conocimiento necesario para calificar la conducta del autor o cooperador, en comisión por omisión, como dolosa es aquel que versa sobre el riesgo de lesión del bien jurídico. En concreto, en el caso de los autores y cooperadores en comisión por omisión de un delito de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto o daños en cosa ajena, será dolosa aquella conducta omisiva por su parte (por ejemplo: la decisión de no retirar un producto defectuoso del mercado –conducta de autoría- o la de no hacer una comprobación cuidadosa del grado de toxicidad del producto –conducta de cooperación) que sea realizada a conciencia de que no se está impidiendo un curso causal de fabricación y comercialización del producto que vuelve muy probable un daño para el consumidor. Y, por supuesto, habrá dolo directo (de primer o de segundo grado) si, en cambio, existe una colusión entre el autor o cooperador omisivo y los autores activos, para no evitar el riesgo para el consumidor.

### **III. APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA**

#### **1. Tipos penales aplicables**

De acuerdo con todo lo que hemos ido viendo, puede haber distintas razones por las que los delitos de resultado lesivo no resulten aplicables a un caso de responsabilidad penal por productos defectuosos. Primero de todo, porque no llegue a producirse un daño efectivo al consumidor, aunque sí que haya habido una conducta peligrosa y negligente por parte de la empresa productora o comercializadora del producto, pero sea imposible demostrar la existencia de dolo por parte del autor o autores. Supuesto en el que, a la vista de la definición legal de tentativa del art. 16.1 CP, no podría ser subsumido y sancionado como forma imperfecta de ejecución del correspondiente delito de resultado. Además, en segundo lugar, hemos visto que, aun existiendo resultado lesivo para los bienes jurídicos del consumidor, puede ocurrir que pese a todo dicho resultado no pueda ser imputado objetivamente a la actuación empresarial negligente: por falta de prueba suficiente de la relación de causalidad o por la concurrencia de otras conductas también negligentes. Por fin, en tercer lugar, puede suceder también que haya alguna conducta que, a pesar de haber contribuido al curso causal lesivo, no haya tenido la suficiente trascendencia en su determinación objetiva como para ser calificada como una conducta de autoría. Supuesto en el que pueden ocurrir dos cosas que impidan su punición: primero, que la conducta del partícipe sea meramente imprudente, quedando por ello fuera del ámbito de aplicación de los arts. 28 y 29 CP; y segundo, aun en el caso de que la conducta del partícipe resultase

ser dolosa, si el autor, por cualquier razón (error de tipo, causa de justificación), no hubiera actuado de modo típicamente antijurídico, en virtud de la regla de la accesoriedad de la participación, tampoco cabría sancionar al partícipe.

En todos los casos mencionados se plantea el problema de la existencia de lagunas de punición. Para intentar llenar tales lagunas, el legislador ha recurrido a la solución de crear un numeroso elenco de delitos de peligro: delitos en los que lo que se sanciona penalmente, con una pena proporcionalmente más baja, es una conducta peligrosa y negligente, sin necesidad de que la misma dé lugar a daño alguno. Como es sabido, este recurso a la técnica de los delitos de peligro tiene numerosos detractores en la doctrina penal. No obstante, hay que decir que no parece existir ningún argumento sólido que impida por principio emplear esta técnica de tipificación, puesto que difícilmente puede negarse que allí donde existe una conducta peligrosa para un bien jurídico digno de protección existe ya una forma de lesividad cuya prevención, a través de la amenaza de pena, puede (si se eligen bien los casos y se fijan penas proporcionadas) ser razonable.

En el ámbito que nos ocupa, el legislador español viene empleando de manera profusa la técnica de tipificar conductas peligrosas a través de delitos de peligro. Ello ocurre, señaladamente, a través de los delitos contenidos en el Título XVII del Libro II del CP, que, bajo la rúbrica de “*delitos contra la seguridad colectiva*”, contiene un conjunto muy heterogéneo de delitos, pero que en su inmensa mayoría tienen en común dos cosas: su estructura de delitos de peligro y su referencia, en última instancia, a los bienes jurídicos vida e integridad física y salud. Debido a estas dos características, se trata de delitos que podrán entrar frecuentemente en juego en aquellos casos de responsabilidad penal por productos defectuosos en los que, por cualquiera de las razones indicadas más arriba, no resulten aplicables los correspondientes delitos de lesión.

En concreto, ello puede ocurrir frecuentemente con los delitos contra la salud pública en materia alimentaria (arts. 363-367 CP), farmacéutica (arts. 361-362 quater CP) y química (arts. 359-360 CP); con los delitos en materia de manipulación de explosivos y sustancias peligrosas (arts. 348-350 CP); y con los delitos de estragos (arts. 346-347 CP).

## **2. La “seguridad colectiva” como bien jurídico intermedio**

Para que la aplicación de estos delitos sea adecuada, es importante comprender cuál es su auténtica estructura. Pues ocurre que la “*seguridad colectiva*” o la “*salud pública*”

no son, en realidad, verdaderos bienes jurídicos. O, por expresarlo de otro modo, sólo son lo que se ha dado en llamar bienes jurídicos intermedios. Un bien jurídico intermedio es el objeto de protección de un delito o grupo de delitos que carece de entidad autónoma y que se define única y exclusivamente por referencia al aseguramiento de las condiciones de preservación de otro bien jurídico final. Así, la seguridad colectiva o la salud pública no son sino formas de aseguramiento de los bienes jurídicos vida, integridad física y salud: anticipaciones en la intervención (a través, precisamente, de delitos de peligro), para evitar la lesión de dichos bienes, frente a conductas que muchas veces no podrían ser sancionadas, ni siquiera como tentativas, a través de los correspondientes delitos de lesión.

Esta íntima conexión material (a pesar de la diferencia en la ubicación sistemática y en el *nomen iuris*) entre los delitos de peligro contra la seguridad colectiva y los delitos contra la vida y la integridad física y la salud es importante a la hora de interpretar aquellos, cuando menos en tres aspectos diferentes: para definir los conceptos de peligro y de negligencia aplicables, para determinar el objeto del dolo y para fijar cuál es la relación concursal entre los delitos de peligro y los delitos de lesión cuando concurren, eventualmente, en un caso concreto.

### **3. Peligro, normativa administrativa e imprudencia**

De acuerdo con lo expuesto, aquel peligro que dota de antijuridicidad material suficiente a las conductas descritas en los tipos penales que estamos examinando ha de ser, en última instancia, siempre un peligro referido a los bienes jurídicos vida e integridad física y salud. No existe, pues, dicha antijuridicidad material sin una probabilidad relevante de lesión de dichos bienes.

Así, en el caso de aquellos tipos penales que están configurados como delitos de peligro abstracto (arts. 359, 360, 364 y 365 CP), para que el delito no sea una infracción puramente formal, hay que exigir que la conducta típica tenga una conexión de peligrosidad demostrable en el caso concreto con la salud, la integridad física y/o la vida. Es decir, hace falta que, con independencia de la falta de autorización administrativa, se demuestre que las características de la sustancia nociva, del aditivo no autorizado, etc. empleados en el alimento, en el medicamento, etc. dan lugar a una probabilidad estadística relevante (de acuerdo con los estudios científicos disponibles) de que tenga lugar muertes o daños en la salud. Por su parte, en el caso de aquellos otros tipos penales configurados como delitos de peligro concreto (arts. 346, 348.1, 349, 361, 362, 362 bis y

363 CP), se ha de exigir que se demuestre que ha habido alguien determinable cuya vida o salud han corrido, debido a la conducta típica, grave probabilidad de verse lesionadas (de manera objetivamente imputable).

No basta, por consiguiente, en ningún caso con que la conducta enjuiciada resulte subsumible, en términos literales, en el tipo penal. Ni siquiera es suficiente que exista infracción de la normativa administrativa o ausencia de autorización administrativa. Por el contrario, para que la conducta pueda ser considerada negligente será necesario que se demuestre el peligro, además de una infracción efectiva –no puramente formal- del deber de conducta impuesto al autor.

Hay que observar, por lo demás, que entre los delitos que estamos examinando hay muchos en los que la tipicidad penal se condiciona de forma expresa al estatus administrativo de la actividad productiva o comercial realizada. En unos casos (arts. 348, 349, 360 y 364.2 CP) se condiciona al hecho de que la conducta infrinja normas administrativas. Esta accesoriedad de la tipicidad penal respecto de la normativa administrativa tiene por dos efectos diferenciales: primero, implica naturalmente que no por regla general, sino en todos los casos, el respeto a las reglas de cuidado contenidas en la normativa administrativa es suficiente para excluir la imprudencia penal; además, puesto que aquellas normas administrativas que poseen rango meramente reglamentario pueden ser creadas, modificadas y derogadas por ministerios, consejerías autonómicas, administraciones locales y otras corporaciones, puede suceder que un cambio por esta vía en la normativa afecte de hecho al ámbito de aplicación del tipo penal, para ampliarlo, restringirlo o modificarlo de manera significativa. En cualquier caso, en este primer grupo de delitos la existencia o inexistencia de un acto administrativo de autorización es irrelevante.

Hay otros delitos, en cambio (los de los arts. 359, 361, 362.2 y 364.1 CP) en los que el legislador ha optado por vincular la tipicidad penal a la existencia o inexistencia de autorización administrativa de la actividad. En tales supuestos, salvo que la autorización otorgada sea ilegal, y lo sea por razones sustantivas (es decir, salvo que la autorización nunca hubiera podido ser otorgada), la actuación cubierta por la misma será siempre atípica. De manera que incluso una autorización administrativa irregular, o una autorización administrativa otorgadas por cualquier órgano administrativo competente afectará al ámbito de la tipicidad penal, para modificarla.

#### 4. Dolo

De todos los delitos de peligro que se han enumerado, los recogidos en los arts. 348-350 (relativos a la manipulación de explosivos y sustancias peligrosas), 359-362 quater (relativos a medicamentos) CP sólo son punibles en su modalidad dolosa. En cambio, los delitos alimentarios (arts. 363-366 CP) y los delitos de estragos (art. 346 CP) también son sancionados, aunque con una pena significativamente inferior, cuando sean cometidos por imprudencia grave (a tenor de lo dispuesto, respectivamente, en los arts. 367 y 347 CP). Por consiguiente, en todos los supuestos, la imprudencia menos grave carece de relevancia penal. Existiendo, desde luego, también aquí grandes dificultades para establecer con nitidez el límite entre uno y otro grado de la imprudencia.

Por lo que hace a la distinción entre la conducta dolosa y la conducta imprudente penalmente típica (la conducta con imprudencia consciente grave), hay que recordar que, al tratarse en todos los casos que estamos examinando de delitos de peligro, y no de lesión, el objeto del dolo varía en relación con estos últimos. Es decir, el dolo necesario para que la conducta típica resulte dolosa es el dolo de peligro: un nivel de conocimiento y de aceptación del riesgo inherente a la acción equivalente al que en los delitos de lesión se exige para la imprudencia consciente. Un nivel, pues, menor que el exigido para apreciar el dolo eventual de lesión. De manera que, por una parte, es perfectamente posible que concurra un delito de peligro doloso y, sin embargo, la ulterior lesión no sea dolosa: como hemos visto más arriba, porque, aunque el autor fuera consciente en principio de la peligrosidad de su acción, falte en él un conocimiento suficiente de las características del curso causal que acaba por devenir lesivo. Por otra parte, además, esto significa también que el ámbito de aplicación del tipo imprudente es mucho más reducido en estos casos: prácticamente tan sólo será aplicable a los supuestos de imprudencia inconsciente, en los que el autor o autores no llegaran a percatarse siquiera de la peligrosidad de su conducta (pese a que debería haber resultado previsible).

Esto significa que en aquellos tipos penales que tienen la estructura de delitos de peligro concreto (recuérdese: arts. 346, 348.1, 349, 361, 362, 362 bis y 363 CP), existe dolo cuando el autor o autores tienen conocimiento de la significación de la acción que están realizando (por ejemplo, en el art. 361 CP: que se están comercializando medicamentos sin autorización) y de que dicha acción probablemente va a dar lugar a un riesgo relevante para la vida o salud de los consumidores. Por su parte, cuando se trate de un delito de peligro abstracto (recuérdese: arts. 359, 360, 364 y 365 CP), lo necesario será

únicamente el conocimiento de la significación de la acción típica realizada (por ejemplo, en el art. 359 CP: que se está elaborando un determinado producto tóxico) y de la peligrosidad estadística, según el conocimiento técnico más acreditado, de dicha acción (de dicho producto). No siendo preciso en este caso demostrar, para calificar la conducta como dolosa, que el autor o autores fuesen conscientes en el momento de actuar del grave riesgo que podía llegar a correr el consumidor: así, en nuestro ejemplo, aunque el fabricante del producto tóxico desconociera el plan de comercialización del producto, seguiría obrando dolosamente, con tal de que fuese consciente de que el producto fabricado era, efectivamente, tóxico para las personas.

## 5. Concurso entre delitos de peligro y delitos de lesión

De acuerdo con lo visto, los delitos de peligro “*contra la seguridad colectiva*” que estamos analizando son, en realidad, también, indirectamente, delitos contra la vida, la integridad física y la salud. Por ello, a falta de alguna disposición legal concursal específica que establezca explícitamente otra cosa, hay que entender que, por regla general, la relación concursal que eventualmente pueda existir entre estos delitos y los delitos de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto ha de estar regida por la regla de la consunción (art. 8,3ª CP). Y, por consiguiente, hay que interpretar que, de producirse una conducta típica subsumible en alguno de los delitos de lesión (sea como delito consumado como como tentativa), el desvalor propio del delito de peligro queda absorbido por aquél: aplicándose, pues, preferentemente el delito de lesión, con exclusión del de peligro.

Esta solución es válida, no obstante, únicamente para los casos en los que haya identidad entre los bienes jurídicos afectados por el delito de peligro y por el subsiguiente delito de lesión. Por el contrario, cuando la acción negligente y peligrosa del autor o autores haya creado peligro para una pluralidad de consumidores, el hecho de que alguno o algunos hayan sufrido, a consecuencia de ello, una ulterior lesión no excluirá la aplicación del delito de peligro en relación con el resto de los consumidores amenazados. Concurriendo, en tales casos, delito de peligro y delito de lesión, a través de las reglas propias del concurso de delitos: concurso ideal, generalmente, aunque también podría en ciertos supuestos (señaladamente: cuando la conducta peligrosa sea de tracto sucesivo) apreciarse un concurso real.

Todo lo anterior no vale, en cambio, para el caso de que el daño sufrido por el consumidor no sea en su persona, sino en sus bienes. En efecto, dado que en este caso, en

vista de la heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos en una y otra figura delictiva, no es posible predicar que exista relación de consunción entre el delito de lesión (daños) y el delito de peligro contra la seguridad colectiva, la relación concursal entre los mismos será en todo caso de concurso de delitos, no de leyes.

#### **IV. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

De entre todos los delitos que hemos estado considerando, únicamente los contenidos en el Capítulo III del Título XVII del Libro II del CP (“*delitos contra la salud pública*”), entre los arts. 359 y 365 CP, son susceptibles de dar lugar a penas para las personas jurídicas: en efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 366 CP, cuando concurra alguno de los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica contemplados en el art. 31 bis CP por aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, la comisión de alguno de los hechos típicos de los mencionados tipos penales dará lugar, además de a la responsabilidad penal individual de los autores y partícipes, a una pena para la persona jurídica, Pena que en principio será de multa (proporcional al valor de los productos fabricados o comercializados, o al beneficio), aunque se prevé también la posibilidad de que la multa sea sustituida por una pena privativa de derechos (disolución, suspensión, etc.), en atención a la eventual concurrencia de especiales necesidades preventivas, a tenor de lo dispuesto en el art. 66 bis CP.

Téngase en cuenta además que, en virtud de lo dispuesto en el art. 129 CP, las privaciones de derechos que están previstas como penas para las personas jurídicas por el art. 33.7 CP, pueden ser aplicadas en estos delitos también en calidad de consecuencias accesorias del delito, allí donde la persona jurídica no haya incurrido en responsabilidad conforme al art. 31 bis CP, pero exista pese a ello necesidad de asegurar que la persona jurídica no va a seguir siendo utilizada como instrumento delictivo. La lógica de imposición de la privación de derechos es, pues, diferente en esta hipótesis: no la del castigo, sino la del aseguramiento.

Fuera de estos supuestos, en el resto de los delitos a los que pueden dar lugar los casos de responsabilidad penal por productos defectuosos únicamente existirá responsabilidad penal individual, de los autores y otros eventuales partícipes del delito. Mientras que la persona jurídica tan sólo se verá afectada por la posible responsabilidad civil, mas nunca por la criminal (lo que, desde un punto de vista preventivo, no deja de resultar paradójico).

## V. RESPONSABILIDAD CIVIL

De acuerdo con las reglas generales, si no se opta por la reserva de las acciones civiles, en el proceso penal se sustanciará también la cuestión de la responsabilidad civil de los criminalmente responsables (autor o autores, directos o mediatos, por acción o por omisión, inductores, cooperadores necesarios y cómplices, por acción o por omisión, y en su caso, las personas jurídicas) por los daños causados al consumidor por el producto que fabricaban o comercializaban. Esto suscita la cuestión de cuál es la normativa y los criterios de atribución de responsabilidad aplicables. Pues en este ámbito existe una regulación civil específica, contenida en los arts. 135 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, Texto Refundido de 2007), que se aleja en algunos aspectos significativos de las reglas generales de la responsabilidad civil. Dicho alejamiento se manifiesta particularmente en tres aspectos: en el criterio de enjuiciamiento de la responsabilidad, en la identificación de los sujetos responsables y en el baremo de graduación de la obligación de indemnizar.

Así, por lo que hace al criterio de enjuiciamiento, el art. 139 de la LGDCU establece que aquello que ha de ser probado para que exista responsabilidad civil es únicamente *“el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”*. Es decir, prescinde por completo del desvalor de la acción (imprudencia o dolo) como factores de determinación de la responsabilidad, optando por la solución de la responsabilidad objetiva. Puesto que tal solución obviamente no puede ser trasladada al ámbito de la responsabilidad penal, ello significa que allí donde, habiéndose probado el daño (muerte, lesiones, etc.) y su imputación objetiva, haya que absolver por cualquier otra razón (falta de autoría, falta de imprudencia, falta de imprudencia grave, falta de dolo), la eventual responsabilidad civil subsistente deberá sustanciarse ante la jurisdicción civil. Por el contrario, si es posible la condena penal, entonces, por definición, se darán también las condiciones para la atribución de responsabilidad civil establecidas en la LGDCU.

En este supuesto (condena penal y responsabilidad civil indemnizable) surgen las otras dos dificultades señaladas. Se derivan estas del hecho de que la LGDCU establezca quiénes son los sujetos civilmente responsables (arts. 5, 135, 138 y 146 LGDCU) por los daños causados por productos defectuosos y también conforme a qué baremo han de valorarse dichos daños (arts. 140-142 LGDCU). En especial, las disposiciones señaladas de los arts. 5, 135, 138 y 146 LGDCU abren la posibilidad de que, en algunos casos, no exista coincidencia entre aquellos identificados como

penalmente responsables (a título de autores o de partícipes) del daño y quienes, conforme a la LGDCU, lo son civilmente. Así, por ejemplo, el art. 5 LGDCU establece que “*se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*”. Y el art. 138.2 LGDCU dispone que “*si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto*”. Es evidente que mucho de estos sujetos, hechos civilmente responsables, no tienen por qué serlo por ser autores o partícipes en el delito correspondiente.

En este sentido, la solución más razonable pasa por entender que en estos casos, si no hay plena coincidencia entre sujetos penalmente responsables y sujetos civilmente responsables, el perjudicado puede ejercer su acción de responsabilidad tanto contra unos como contra otros: contra los sujetos penalmente responsables, en virtud de lo dispuesto por el art. 109 CP, pero también contra los declarados civilmente responsables por el art. 135 LGDCU. La única cuestión dudosa sería la de índole procesal: si, en los casos de coincidencia parcial (si alguno de los autores de delito es también “*productor*” en el sentido de la LGDCU, pero no todos los productores son penalmente responsables), es posible sustanciar todos los problemas de responsabilidad civil en el proceso penal, o si sería obligatorio separarlos en dos procesos –uno penal y otro civil- diferenciados. Solución esta que, aunque siempre se encuentre a disposición del perjudicado (si éste prefiere reservarse las acciones civiles), parece contrario al principio de economía procesal imponerla en contra de su voluntad. De manera que, si no hay reserva explícita de acciones civiles, habría que entender que siempre cabe resolver todos los problemas de responsabilidad civil en el seno del proceso penal.

Esto significa, entonces, que necesariamente habrá ocasiones en las que se deberán aplicar los criterios de valoración del daño indemnizable establecidos en los arts. 140-142 LGDCU en el seno del proceso penal. Desde luego, para fijar la responsabilidad civil de aquellos “*productores*” que no sean penalmente responsables. Pero, en realidad, parece más razonable aplicarlos en todos los casos: en efecto, puesto que el art. 115 CP dispone que “*los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones*”, hay que entender que dicha motivación debería

basarse directamente en los criterios de valoración de la LGDCU, y no en criterios diferentes inventados por los propios jueces penales (invención que en este caso tendría poca justificación). Lo cual no significa que dichos criterios, cuando se apliquen a los sujetos penalmente responsables, no tengan en este caso que ser matizados y completados, ya que el 113 CP exige que, cuando los daños sean derivados de delito, se indemnicen también los daños morales, mientras que, por su parte, el art. 128 LGDCU excluye tales daños de la obligación de indemnizar que regula. Así, cuando se sustancien todos los problemas de responsabilidad civil en el seno del proceso penal, los criterios de valoración del daño deberán ser diferentes (aunque sólo parcialmente) para determinar el contenido de la obligación de indemnizar de unos y de otros: los sujetos penalmente responsables responderán, por lo que hace a los daños materiales causados, conforme a los criterios establecidos en la LGDCU, pero además deberán indemnizar por los daños morales; en cambio, aquellos otros responsables civilmente que no lo sean también penalmente deberán responder únicamente por los primeros.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BOIX REIG, J./ BERNARDI, A. (coords.): Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005; ESCOBAR VÉLEZ, S.: Responsabilidad penal por productos defectuosos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: El Derecho Penal ante los fraudes alimentarios, Civitas, Madrid, 2010; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: Daños causados por productos defectuosos, Aranzadi, Pamplona, 2009; HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.: La responsabilidad por el producto en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; ÍÑIGO CORROZA, M. E.: La responsabilidad penal del fabricante por defecto de sus productos, J. M. Bosch, Barcelona, 2001; IZQUIERDO CARRASCO, M.: La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores, Marcial Pons, Madrid, 2000; MENDOZA CALDERÓN, S.: Responsabilidad penal por medicamentos defectuosos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; PAREDES CASTAÑÓN, J. M./ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

\* \* \* \* \*

## Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo. Patrono de la FICP.

### ~El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia~

**Sumario.-** I. Introducción: la “competencia” como bien jurídico supraindividual socioeconómico. II. Gobernanza de los mercados y política jurídica. III. Las interacciones competitivas entre empresas: características. IV. Control de los *outputs* de los mercados. V. “Competencia” como concepto normativo. VI. Gobernanza de los mercados y maximización del bienestar social. 1. Concepto económico de bienestar social. 2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social. a) Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia. b) Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social. c) Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social. d) Efecto de exclusión. e) Efecto de colusión. VII. Otros objetivos de la gobernanza de los mercados. 1. Perjuicio a los competidores. a) Reducción del excedente de los competidores. b) Daño patrimonial al competidor. c) Política industrial: protección de la diversidad empresarial. 2. Excedente del consumidor. 3. ¿“Competencia desleal”?

#### I. INTRODUCCIÓN: LA “COMPETENCIA” COMO BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL SOCIOECONÓMICO

Como es sabido, la cuestión de la determinación del contenido de los bienes jurídicos supraindividuales es una de las más discutidas y confusas de cuantas forman parte de la teoría de la antijuridicidad: en relación con la misma, en efecto, cabe encontrar opiniones de toda índole, desde la negación del concepto mismo de bien jurídico supraindividual como categoría conceptualmente autónoma hasta (mucho más frecuentemente) quienes reconocen que dichos bienes han de tener un contenido material propio, pero que luego hacen unas propuestas de definición de dicho contenido que, por su formulación extremadamente vaga o funcional, apenas resuelven realmente la cuestión. A este respecto, en un trabajo anterior he propuesto no solo preservar la sustantividad propia de los bienes jurídicos supraindividuales como objeto de protección de las normas prohibitivas y sancionadoras (siguiendo en ello la doctrina que es ampliamente mayoritaria); sino, sobre todo, definir su contenido de lesividad propio en términos claros, materializados en estados de cosas (valiosos), cuya incolumidad intentarían preservar las prohibiciones y sanciones<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 226-229, 232-235. La única diferencia, pues, con los bienes jurídicos individuales estibaría en la titularidad: los supraindividuales resultarían ser bienes públicos, en el sentido económico del término, por cuanto que su disfrute no es rival y no resulta posible excluir a nadie de dicho disfrute; debido a ello, ningún individuo ni grupo podrá por sí solo consentir en su lesión o puesta en peligro, sino únicamente la comunidad en su conjunto (a través de normas jurídicas, o de decisiones administrativas adoptadas en el marco de aquellas).

Uno de los ámbitos en los que el problema de confusión y de vaguedad que estoy señalando aparece en toda su magnitud es, precisamente, el del Derecho Penal económico: en este sector, no es fácil hallar definiciones precisas del contenido material de los bienes jurídicos supraindividuales que se reputan parte del “orden socioeconómico”. Y, por ello, tampoco es fácil encontrar tesis claras acerca de la relación entre dicho “orden socioeconómico” y el bien jurídico (individual) patrimonio, a pesar de que evidentemente entre éste y aquellos existen cotidianamente, en la realidad de la vida económica, constantes interrelaciones e interacciones (que dan lugar a las consiguientes superposiciones y concurrencias entre delitos patrimoniales y socioeconómicos)<sup>2</sup>.

En lo que sigue, se intentará reducir o eliminar la dificultad que se acaba de señalar en un ámbito muy concreto: el de la protección de “los mercados” y de “la competencia”, como objetos de protección de infracciones administrativas y de delitos socioeconómicos (pero, como veremos, no solo de delitos socioeconómicos, sino también, en algún caso, patrimoniales: vid. infra VII.1). Se intentará, pues, hacer una propuesta de definición clara y especificada en términos lo más materialistas posibles del contenido que ha de darse a dichos objetos de protección. Una propuesta que, además, se justifique suficientemente desde el punto de vista de una política criminal racional: justificada tanto desde un punto de vista moral como desde el meramente instrumental.

No obstante, con el fin de no argumentar en unos términos que parezcan excesivamente abstractos, he optado por analizar un problema (político-criminal) concreto como piedra de toque, para comprobar si la propuesta de definición de bienes jurídicos que se realiza resulta plausible, al aplicarla a dicho problema. Por ello, concentraré el análisis en el problema del tratamiento jurídico de las restricciones verticales a la competencia, como manifestación del problema más general de la regulación de los mercados y de la competencia dentro de los mismos<sup>3</sup>.

El objetivo último es proponer una definición tan concreta y materialista del bien jurídico protegido como sea posible. Todo ello, con el fin de facilitar tanto las operaciones de interpretación de las cláusulas generales contenidas ya hoy en el Derecho positivo

---

<sup>2</sup> Sobre todas estas cuestiones generales, que aquí no serán exploradas, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp.77 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>3</sup> Por supuesto, la esperanza es que el método de análisis que se propone para este grupo de casos pueda luego ser generalizado: cuando menos, a todos los problemas de regulación que tienen que ver con la competencia y con la configuración de los mercados como objetos de protección; y, en el mejor de los casos, a otros sectores del Derecho Penal económico.

(tanto español como comunitario europeo)<sup>4</sup>, proporcionando criterios valorativos y teleológicos fundados para justificar ciertas interpretaciones y excluir otras; como, de otra parte, sugerir líneas de evolución y de reforma de la legislación, que respeten las bases que se propondrán de una política jurídica razonable en la materia.

## II. GOBERNANZA DE LOS MERCADOS Y POLÍTICA JURÍDICA

Pues el problema último es, en efecto, justamente el de la gobernanza de los mercados, de cada mercado. Es importante no perder la perspectiva: dada la naturaleza del Derecho regulador (y de su apéndice, el Derecho –prohibitivo y- sancionador), aquello que constituye el objeto de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas que lo componen es en todos los casos una conducta o conjunto de conductas, individuales o grupales, respecto de las que se imponen estándares de comportamiento y/o se prescriben deberes y prohibiciones de acción<sup>5</sup>. No obstante, el objetivo último del Derecho regulador (y del sancionador que le acompaña) es siempre –si está diseñado de un modo racional- de índole sistémica: (contribuir a) gobernar un sector de la vida social, de la interacción social. Así, el Derecho regulador y el Derecho sancionador son instrumentos que, junto con otros, permiten intentar gobernar las interacciones sociales que tienen lugar en los mercados. Y, por ello, para determinar cuáles son los objetivos justificados de las

---

<sup>4</sup> Cláusulas como, por ejemplo, la de las “prácticas concertadas” entre empresas (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), o la del “abuso de posición dominante” (art. 102), y su desarrollo en la normativa de rango inferior (vid., para el caso de las restricciones verticales a la competencia, ARAUJO, M. Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales, en J. M. BENEYTO/ J. MAILLO -dirs.-, Tratado de Derecho de la Competencia, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, pp. 393-428).

<sup>5</sup> Aunque, por supuesto, toda delimitación conceptual tiene siempre un punto de artificiosa y de convencional, creo que es posible y conveniente distinguir entre dos clases de acciones de gobernanza sobre las interacciones sociales mediante el uso del Derecho público (sobre el uso de los remedios propios del Derecho privado, vid. infra VII.1). De una parte, la *regulación de interacciones sociales* (aquí, económicas) a través de normas jurídicas tiende a fijar estándares de conducta para quienes decidan interactuar en un cierto ámbito de actividad y de vida social: en este caso, el control sobre los efectos causales de la interacción social pretende tener lugar a través del intento de, mediante prescripciones, establecer niveles mínimos de optimización en la actuación de los agentes que participan en la interacción (OGUS A., *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Portland, Hart, 2004, pp. 150-213; SCOTT, C., *Standard-Setting in Regulatory Regimes*, en BALDWIN/CAVE/LODGE -eds.-, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 104-119; WINDHOLZ, E. L., *Governing through Regulation*, London/New York, Routledge, 2018, pp. 153-160). De otra parte, en cambio, la prohibición de ciertas interacciones sociales (y la sanción a quienes infrinjan dicha prohibición) intenta evitar que ciertas modalidades, particularmente subóptimas (dañosas), de interacción social tengan lugar siquiera. Por supuesto, una y otra forma de intervención del Derecho en la vida social están hoy íntimamente relacionadas, pues, en sociedades desarrolladas, en las que buena parte de la vida social está en mayor o menor medida regulada (YEUNG K., *The Regulatory State*, en BALDWIN/ CAVE/LODGE -eds.-, *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, pp. 64-83) las prohibiciones y sanciones actúan básicamente como herramientas para hacer respetar (*to enforce*) las regulaciones: intentando motivar a los agentes a que respeten los estándares regulatorios; y a que determinadas conductas, claramente alejadas de dichos estándares de calidad, no tengan lugar en las interacciones (WINDHOLZ, *Governing through Regulation*, 2018, pp. 170-172). Pese a todo, es cierto que la técnica de intervención es diferente en un caso y en el otro.

regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas que componen dichos sectores del ordenamiento, es preciso hacer referencia a los objetivos globales de la gobernanza: en este caso, de los mercados. Pues carecería de sentido (= daría lugar a normas carentes de justificación político-jurídica) un conjunto de normas jurídicas guiadas por objetivos que resultasen diferentes de aquellos que deben orientar el conjunto de la estrategia de gobernanza de la interacción social de que se trate (aquí, de la gobernanza de las interacciones en los mercados).

El significado del término “*gobernar*” está estrechamente conectado con el de términos tales como “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*”. Y, sin embargo, estos tres términos pueden –dependiendo del uso que se les dé– poseer connotaciones ligeramente diferentes de la que el término “*gobernar*” conlleva siempre (cuando es usado con propiedad): en efecto, “*gobernar*” es siempre “*controlar*”<sup>6</sup>.

“*Controlar*” y “*control*” son términos que, en su uso propio, pertenecen al lenguaje de la ciencia matemática<sup>7</sup>: a aquella parte de la matemática aplicada que tiene por objeto la manipulación, mediante la introducción de las señales que resulten necesarias, de la magnitud de una determinada variable propia de un proceso que tiene lugar dentro de un cierto sistema dinámico, con el fin de mantenerla dentro de ciertos límites<sup>8</sup>. Los marcadores semánticos principales que permiten acotar el significado del término “*controlar*” son, pues: (*sistema*), (*proceso*), (*variable controlada*), (*magnitud*), (*medición de la variable*), (*señal*), (*manipulación de la variable*) y (*límite*).

Cabría, pues, decir que gobernar es una subespecie de la actividad de controlar: más exactamente, que gobernar (aunque ciertamente hablar de “*gobernar una máquina*” –un buque, por ejemplo– no sea un uso incorrecto del idioma) significa (= resulta más usual emplear el término para hacer referencia a) controlar una cierta clase de sistema dinámico, a saber, un sistema de naturaleza social; es decir, un sistema cuyos procesos dinámicos consisten en acciones humanas, observadas por los propios agentes y por terceros<sup>9</sup>. Así,

---

<sup>6</sup> En cambio, “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*” ciertamente pueden significar también eso mismo... pero pueden, en otros contextos, significar algo bastante menos terminante: cuando son empleados en situaciones o con intenciones que los aproximan más al campo semántico de términos como “*tener autoridad*” o “*tener influencia*”, en vez de “*ejercer el control*”.

<sup>7</sup> ZABCZYK J., *Mathematical Control Theory. An Introduction*, Boston, Birkhäuser, 1995.

<sup>8</sup> OGATA, K., *Modern Control Theory* (5ª ed.), Upper Saddle River, Prentice Hall, p. 3.

<sup>9</sup> Como se comprenderá, la caracterización del sistema social sobre la base de la combinación de acciones humanas y de la observación –e interpretación– de las mismas por parte del propio agente y del resto de los sujetos co-presentes no es más que un intento (un tanto simplista, ciertamente) de hacer referencia a los conceptos de sistema social que Talcott PARSONS (PARSONS, T., *El sistema social*, Madrid,

governar una sociedad o una parte de ella significa mantener dentro de ciertos límites (= bajo control), gracias a las actuaciones apropiadas, alguna o algunas de las propiedades que caracterizan a las consecuencias causales que se derivan de aquellas acciones humanas que tienen lugar en la misma (o de la reacción de terceros ante dichas acciones)<sup>10</sup>.

Cabe observar que casi necesariamente (en última instancia, por una necesidad biológica del psiquismo de la especie humana) cualquier sistema artificial –trátese de una máquina o de un sistema social- ha de ser sometido a control, puesto que nuestra especie apenas puede soportar la incertidumbre que le acomete si las consecuencias causales derivadas de la dinámica del sistema (especialmente, si el sistema es obra suya o de sus congéneres) se producen de manera puramente aleatoria. Esta preocupación por el control (por el gobierno) de la sociedad, que aparece ya en cuanto surgen las primeras sociedades mínimamente complejas<sup>11</sup>, no ha hecho más que agudizarse en el trascurso del proceso de racionalización y de desencantamiento del mundo característico de la modernidad. Hasta el punto de que hoy nos encontramos permanentemente inmersos en una auténtica cultura de la gobernanza, en la que, en el plano teórico, se han desarrollado de manera notable las investigaciones acerca de las alternativas disponibles y de las consecuencias previsibles de la actuación humana dirigida a controlar sistemas sociales y, en el plano práctico, se discute y decide constantemente sobre cómo debe ser dicha actividad de gobierno<sup>12</sup>.

Es en este contexto histórico-social en el que hay que enmarcar el problema que se aborda en este estudio: el de la *gobernanza de las interacciones competitivas (por el poder de mercado y, en último extremo, por el beneficio económico que de ello se deriva) entre agentes económicos (muy mayoritariamente, empresas) en los mercados de las economías capitalistas contemporáneas, y el del papel que en dicha gobernanza cumplen el Derecho regulador y el Derecho sancionador*. Problema que, como ya se indicó, se examinará no solo en sus términos generales, sino principalmente seleccionando una de

---

Alianza Editorial, 1999) y Niklas LUHMANN (LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos/Univ. Iberoamericana/CEJA, 1998) han desarrollado. Espero que se me excusará el simplismo por el hecho de que aquí no nos interesa tanto la caracterización descriptiva de la sociedad como un todo cuanto ciertos rasgos específicos del subsector estudiado (mercados con competencia monopolista entre empresas), a los que luego se hará referencia más detallada, así como las alternativas de actuación política sobre dicha realidad social disponibles.

<sup>10</sup> KOOIMAN, J., *Social-Political Governance: Introduction*, en KOOIMAN J., (ed.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, p. 2.

<sup>11</sup> MANN, M., *Las fuentes del poder social*, vol. 1, Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 59 y ss.

<sup>12</sup> DELEON, P., *The Historical Roots of the Field*, en MORAN/REIN/GODIN (eds.), *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 39-57.

sus específicas manifestaciones como piedra de toque: el caso –conjunto de casos, en realidad- de las *restricciones verticales a la competencia*.

En concreto, lo que en el trabajo se intenta es definir con precisión cuáles son esas magnitudes de la interacción social que, en el ámbito de las interacciones de mercado, deben ser mantenidas bajo control mediante acciones de gobierno (y, entre otras, mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas), si es que el resultado (*output*) de los mercados ha de satisfacer las necesidades sociales y no, en cambio, oponer obstáculos a dicha satisfacción. Ello, con el fin último de establecer de forma clara y suficientemente justificada las bases de una política jurídica (regulatoria y sancionadora) racional en dicho ámbito.

### III. LAS INTERACCIONES COMPETITIVAS ENTRE EMPRESAS: CARACTERÍSTICAS

Esta forma de acotar el objeto de la investigación resulta relevante, por varias razones:

1ª) Se van a estudiar mercados. Un mercado (en el sentido sociológico, no geográfico) es una estructura de interacción social cuya función es el intercambio de derechos sobre objetos dotados de valor económico<sup>13</sup>, a través de la competencia entre los oferentes del derecho por que su oferta sea aceptada por los demandantes del mismo<sup>14</sup> (proceso en el cual un precio para el intercambio acaba por ser fijado). Lo que acontece en un mercado son, pues, interacciones sociales: individuos, grupos y/u organizaciones ofrecen derechos, compitiendo entre sí, por ser aceptados por otros individuos, grupos y/u organizaciones que pretenden adquirir tales derechos. Y, como en toda interacción social, importan tanto las posibilidades materiales de acción como las intenciones y acciones de los agentes intervinientes como, en fin, las expectativas de todos ellos (y, a veces, también de los terceros observadores) acerca de qué puede ocurrir, qué va a ocurrir y qué debería ocurrir<sup>15</sup>.

2ª) Las interacciones de mercado sobre las que principalmente voy a concentrar mi atención estarán protagonizadas por una categoría específica de agentes económicos: las

---

<sup>13</sup> ASPERS, P., *Markets*, Cambridge/ Malden, Polity, 2011, p. 4.

<sup>14</sup> Sobre la dinámica micro-social de la competencia en los mercados, vid. BURT, R. S., *Structural Holes. The Social Structure of Competition*, Cambridge/ London, Harvard University Press, 1995, pp. 8 ss.

<sup>15</sup> ARCHER, M. S., *Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 163 ss.

empresas. Se trata de organizaciones (aunque con un grado de complejidad que puede ser muy diferente de unas a otras) cuya función consiste en maximizar la rentabilidad económica<sup>16</sup> de aquellas actividades de producción y comercialización de (derechos sobre) bienes y/o servicios que incorpora a su misión organizativa<sup>17</sup>. Esta restricción del estudio a las interacciones entre empresas resulta particularmente importante, pues en este ámbito los agentes (organizaciones) actúan de manera predominantemente premeditada y racional, a la búsqueda de la maximización de su utilidad (de la rentabilidad económica de su actividad organizativa). Algo que, desde luego, no ocurre (o, para ser más precisos, ocurre en una medida muchísimo menor) en otros ámbitos de interacción social, en los que bien las conductas automatizadas (ejemplo: conducción de un automóvil) o bien las conductas emocionalmente muy cargadas (ejemplos: relaciones sexuales o actuaciones violentas) son muy habituales<sup>18</sup>. (De hecho, incluso en el ámbito de las interacciones con contenido económico, el comportamiento de otros agentes distintos de las empresas (de los consumidores finales, por ejemplo) suele distar de ser siempre y en todos los casos tendientes a maximizar la utilidad propia<sup>19</sup>.

Desde nuestro punto de vista, esta naturaleza máximamente racional –hasta el límite de lo humanamente posible<sup>20</sup>– de las actuaciones de las empresas en sus interacciones con

---

<sup>16</sup> En efecto, el principio de maximización de la rentabilidad parece ser, en una economía capitalista, constitutivo de toda empresa digna de tal nombre: TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MIT Press, 1988, pp. 34-35.

<sup>17</sup> TOLBERT, P. S./ HALL, R. H., *Organizations. Structures, Processes and Outcomes* (10ª ed.). London, New York, Routledge, 2009. Las razones por las que una empresa decide incorporar a su misión organizativa ciertas actividades económicas y no otras es objeto de estudio en la teoría de la empresa: vid., por todos, TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 17 ss., con ulteriores referencias.

<sup>18</sup> Hay que distinguir dos cuestiones. De una parte, la tipología de las estructuras sociales de interacción, que enmarcan los límites de las alternativas de acción que resultan físicamente posibles, o (culturalmente) aceptables, en una determinada situación. En este sentido, las estructuras de interacción de mercado, en las que los agentes se comunican a través del intercambio de mercancías y de dinero (vid. LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt, Suhrkamp, 1988, pp. 43 ss.), no es más que una de las varias clases de estructuras sociales que existen: vid. FISKE, *Structures of Social Life*, New York, London, Free Press, 1991, pp. 41 ss. Cuestión diferente es, de otra parte, la de las clases de acciones (de interacción), desde el punto de vista de sus rasgos psicológicos, que en cada una de esas estructuras sociales tienen lugar: vid. KELLEY/HOLMES/KERR/REIS/RUSBULT/VAN LANGE, *An Atlas of Interpersonal Situations*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 111 ss. Obviamente, aunque en cada clase de estructura social de interacción tienden a predominar ciertas clases (desde el punto de vista psicológico) de acciones, la correlación nunca es más que aproximada, probabilística.

<sup>19</sup> KOOPER, D. J./ KAGEL, J. H., *Other Regarding Preferences*, en KAGEL/ ROTH (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, vol. 2, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2015, pp. 217-289.

<sup>20</sup> Pues, pese a todo, es cierto que la distinción entre unas y otras clases de interacciones es tan solo de grado (aunque bastante intensa), pues también en el ámbito de las interacciones empresariales existen las conductas automatizadas (ejemplo: decisiones de inversión adoptadas conforme a protocolos preestablecidos) o emocionalmente cargadas (ejemplo: decisiones adoptadas sobre la base de rivalidades personales entre empleados o entre competidores). Y, en general, los estudios de economía experimental han puesto de manifiesto cómo la racionalidad con la que actúan los agentes económicos es siempre

otras empresas resulta interesante, porque hace posible esperar que las conductas de los agentes se atengan en general a los principios del comportamiento instrumentalmente racional, de manera que el análisis de las situaciones de interacción, de las estrategias de acción que en ellas son posibles (y resultan dominantes o dominadas) para cada uno de los intervinientes y, en definitiva, de la estructura de incentivos en cuyo marco adoptan sus decisiones competitivas permitirá explicar en buena medida los comportamientos. Y, por ende, también ofrecerá luz sobre las alternativas de actuaciones de gobernanza que resultan posibles, eficaces y eficientes en dichas situaciones.

3ª) En tanto que estructura social, los mercados pueden ser caracterizados en principio como juegos no cooperativos: esto es, como unas estructuras en las que las interacciones entre los agentes económicos (empresas) no se rigen por acuerdos vinculantes entre los mismos, sino por actuaciones individuales de cada uno de los agentes, en virtud de las que cada uno de ellos pretende maximizar su propia utilidad<sup>21</sup>, aunque no necesariamente siempre en detrimento de los demás agentes concurrentes<sup>22</sup>. Ahora bien, es importante tener en cuenta que, como antes se señaló, los agentes a los que nos estamos refiriendo son organizaciones, no individuos. Debido a ello, dos problemas pueden surgir. El primero, es que no resulta necesario (antes al contrario, de hecho es más bien improbable) que todos los individuos implicados en el liderazgo de la organización<sup>23</sup> persigan (la maximización de) las mismas utilidades. En este sentido, parece existir evidencia suficiente (tanto evidencia empírica como procedente del análisis formal) como

---

limitada: CAMERER, Individual Decision Making, en KAGEL, J. H./ROTH, A. E. (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1995, pp. 590 ss.

<sup>21</sup> MESTERTON-GIBBONS, M., *An Introduction to Game-Theoretic Modelling* (2ª ed.), Providence, American Mathematical Society, 2001, pp. 6, 25 y ss. MAZALOV, V., *Mathematical Game Theory and Applications*, Chichester, Wiley, 2014, pp. 64-65, 68-69. No obstante, como señalaré a continuación, esta caracterización solamente sería perfectamente adecuada para un mercado en el que los oferentes fuesen precio-aceptantes; esto es, para un mercado de competencia perfecta (KATZ/ROSEN/MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., Madrid, McGraw Hill, 2006, pp. 362-363). En cambio, en los mercados realmente existentes en las economías capitalistas contemporáneas (que en general distan de ser mercados de competencia perfecta), las interacciones que se producen, aunque en general es cierto que obedecen a la estructura de juegos no cooperativos, pueden en ocasiones, sin embargo, verse acompañadas de coaliciones o acuerdos cooperativos. (Por lo demás, como MESTERTON-GIBBONS, *An Introduction to Game-Theoretic Modelling*, 2ª ed., 2001, p. xxi, señala, la propia distinción en abstracto entre juegos cooperativos y juegos no cooperativos es más una distinción de grados que de especie).

<sup>22</sup> Pues, efectivamente, no es necesario que la competencia sea un juego de suma cero, en el que las ganancias de unos agentes hayan de corresponderse con pérdidas de los restantes (MAZALOV, *Mathematical Game Theory and Applications*, 2014, p. 28): así, por ejemplo, puede suceder que las copiosas ventas de su producto por parte de una de las empresas tenga un efecto publicitario que conduzca a más consumidores a intentar comprar productos de la misma clase (más o menos perfectamente sustitutivos del primero), beneficiándose así a todos los oferentes presentes en el mercado. De cualquier modo, para que podamos seguir hablando de competencia, debe tratarse de un efecto no intencional de actuaciones individuales de agentes, no de la consecuencia de un acuerdo entre ellos.

<sup>23</sup> TOLBERT/HALL, *Organizations*, 2009, pp. 89 ss.

para poder afirmar que diferentes clases de (co-)propietarios de la empresa (en atención a su grado de aversión al riesgo y de otros intereses económicos que puedan tener en ese mercado<sup>24</sup>) y, desde luego, los directores de empresa que no son propietarios de la misma –algo muy frecuente– probablemente tiendan a maximizar, mediante la actuación empresarial, utilidades diferentes<sup>25</sup>. El segundo es que, como ocurre habitualmente en toda organización, la cultura organizativa<sup>26</sup> puede dar lugar (y, según parece, así sucede de forma habitual) a que la conducta empresarial se guíe por reglas de conducta no fundadas –cuando menos, no directamente– en consideraciones de maximización de la racionalidad instrumental, sino más bien en prácticas tradicionales (cómo la empresa ha venido actuando siempre en ese ámbito, si ha habido buenos resultados) y de innovación mediante prueba y error (construir nuevas reglas a partir de las preexistentes, modificándolas en la medida mínima imprescindible<sup>27</sup>).

A pesar de ello, también es cierto que existen mecanismos internos de (auto) control<sup>28</sup> y constricciones externas (en esencia, la necesidad de no ser expulsados del mercado<sup>29</sup>) que parecen forzar en la mayoría de los casos<sup>30</sup> a las empresas, si no a optimizar la rentabilidad de su actividad en sentido estricto (en sentido matemáticamente estricto)<sup>31</sup> sí cuando menos a aproximarse en buena medida a dicha optimización a medio plazo. Aumentando, pues, en el medio plazo, al máximo los beneficios y reduciendo también lo máximo los costes de la actividad<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, n. 61, p. 35.

<sup>25</sup> SCHERER, F. M., *Industrial Market Structure and Economic Performance* (2ª ed.), Chicago, Rand McNally College Publishing, 1980, pp. 32-37. Surge, así, un problema específico de incentivos, de riesgo moral y de selección adversa (el problema principal-agente), que aquí no será examinado: cfr., no obstante, en general, LAFFONT, J.-J./ MARTIMORT, D., *The Theory of Incentives*. Princeton/ Oxford, Princeton University Press, 2002; y, para un análisis más matizado del problema de incentivos que surge en situaciones de agencia en el seno de las empresas, dependiendo de las diferentes clases de estructura organizativa que estas puedan adoptar, FAMA, E. F./ JENSEN, M. C., *Separation of Ownership and Control*. *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 301-325.

<sup>26</sup> TOLBERT/HALL, *Organizations*, 2009 p. 7.

<sup>27</sup> WINTER, S. G., *Satisficing, Selection, and The Innovating Remnant*. *The Quarterly Journal of Economics* 85, 1971, pp. 240-244.

<sup>28</sup> TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 35-41.

<sup>29</sup> WINTER, *The Quarterly Journal of Economics* 85, 1971, pp. 244 ss.; SCHERER, *Industrial Market Structure*, 1980, pp. 37-41.

<sup>30</sup> HART, O. D., *The Market Mechanism as an Incentive Scheme*. *The Bell Journal of Economics*, 14, 1983 especifica cuáles son esos casos: aquellos en los que los costes de producción de las diferentes empresas que compiten en un mismo mercado no son completamente independientes entre sí, sino que poseen al menos una parte común. Una condición que, aunque no siempre, sí que parece plausible que concurra en buena parte de las situaciones que estudiamos.

<sup>31</sup> SUNDARAM, R. K., *A First Course in Optimization Theory*, New York, Cambridge University Press, 1996, pp. 74 ss.

<sup>32</sup> Sobre los métodos para determinar la rentabilidad máxima posible, vid. PERLOFF, J. M., *Microeconomics* (4ª ed.), Harlow, Pearson, 2018, pp. 278-280.

4ª) Son varias las formas en las que una empresa puede aumentar su rentabilidad. En condiciones de competencia perfecta, la única alternativa disponible parece ser la de asignar de manera óptima los factores de producción, incrementando hasta el límite de lo posible la productividad de los mismos, y determinando la cuantía óptima de la producción<sup>33</sup>.

Ocurre, empero, que obviamente hoy son muy numerosos (y justamente sobre ellos concentraré mi atención, pues son los casos que resultan más relevantes desde el punto de vista del Derecho de la competencia) los mercados cuyas características se alejan considerablemente de las condiciones de competencia perfecta y más bien se aproximan a una situación de competencia monopolística: a una situación en la que aunque varias empresas compiten entre sí y en principio existe libertad de entrada en el mercado para nuevos oferentes, sin embargo, cada una de las empresas tiene cierta capacidad (que, sin duda, puede variar en grado) para fijar el precio del producto que ofrece en el mercado, debido a que cada uno de esos productos es, respecto de los restantes, únicamente un bien sustitutivo imperfecto, por lo que de hecho cada oferente actúa como monopolista sobre dicho producto, fijando su precio... aunque –a diferencia de los mercados completamente monopolizados- corriendo el riesgo de que el demandante prefiera a cualquiera de sus competidores y sus productos (imperfectamente) sustitutos del suyo o de que nuevas empresas entren en el mercado, quitándole clientes y beneficios<sup>34</sup>. En estas condiciones, la competencia por maximizar la rentabilidad puede transformarse en (= volverse aproximadamente equivalente a) una competencia por maximizar el poder de mercado.

En efecto, cuando menos en el corto plazo, en un mercado de competencia monopolística, si existe un número suficientemente pequeño de oferentes y los bienes que cada uno de estos ofrece no son perfectamente sustitutos los unos de los otros, cada una de las empresas oferentes puede en principio disponer del poder de fijar para su producto precios por encima del coste marginal (puesto que la demanda resultará poco elástica, de manera que el incremento de precios no reducirá necesariamente la cuantía demandada del producto), aumentando así extraordinariamente su rentabilidad<sup>35</sup>. Aunque, por supuesto, a medio plazo dicho poder de mercado puede verse amenazado por la reacción de las demás empresas oferentes y por la eventual entrada de nuevas empresas<sup>36</sup>. De

---

<sup>33</sup> PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, pp. 280 ss.

<sup>34</sup> KATZ/ROSEN/MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., 2006, pp. 507-510.

<sup>35</sup> PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, pp. 397-399.

<sup>36</sup> KATZ/ROSEN/MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., 2006, pp. 510-516.

cualquier forma, lo que aquí nos interesa es el hecho de que muchas veces, en condiciones de competencia monopolística, la competencia entre empresas no tiene por qué reflejarse –o no solo- en competencia por la productividad y la eficiencia, sino en competencia por aumentar el propio poder de mercado. Y que esta competencia por el poder de mercado puede conducir a diversas formas de comportamiento estratégico<sup>37</sup> (frente a los competidores, frente a otras empresas que participan en la cadena de producción y comercialización y/o frente a los consumidores finales) que resultan relevantes desde la perspectiva de la gobernanza de los mercados<sup>38</sup>.

5ª) La idea de que los mercados –y las interacciones que en ellos tienen lugar- puedan y deban ser gobernados, de que ciertas consecuencias causales de dichas interacciones deban ser sometidas a control y manipuladas desde fuera, es eminentemente contemporánea. En efecto, un somero repaso a la historia del pensamiento económico permite concluir dos cosas. Primero, que a la largo de la mayor parte de la historia de la cultura escrita, la actividad económica fue concebida como una actividad “natural” de las sociedades humanas, que apenas demandaba estudio, y mucho menos intervención, por parte del poder, que en general era y debía ser completamente ajeno a los procesos económicos, salvo para acotar alguna consecuencia particularmente acuciante de los

---

<sup>37</sup> Un comportamiento estratégico es aquel que parte del hecho de que (dada la estructura de la interacción) los resultados de la propia acción dependen en buena medida de las acciones que lleven a cabo otros individuos y lo toma en consideración a la hora de adoptar decisiones acerca de cómo actuar: MESTERTON-GIBBONS, *An Introduction to Game-Theoretic Modelling*, 2ª ed., 2001, pp. xvii. (Vid. una definición más formal en JEHLE/ RENY, *Advanced Microeconomic Theory*, 3ª ed., Harlow, Pearson, 2011, pp. 307-308.) Por supuesto, de hecho la interdependencia entre las acciones de agentes que interactúan es más la regla que la excepción en cualquier ámbito de la sociedad. Sin embargo, ocurre que en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el ámbito económico, cuando se dan condiciones de competencia perfecta, en las que demandantes y oferentes son precio-aceptantes) la falta de información o la ausencia de posibilidades reales de influir efectivamente sobre el comportamiento de los demás lleva a los agentes a decidir sus acciones teniendo en cuenta el medio social en el que actúan (la curva de demanda del mercado), pero no las posibles acciones de cada individuo (de cada demandante o de cada competidor, individualmente considerados). En cambio, en otras situaciones resulta racional que cada agente económico –o, cuando menos, algunas categorías de agentes- tome decisiones teniendo en cuenta las probables actuaciones de los restantes. Precisamente, esto es lo que ocurre en condiciones de competencia monopolística, porque en tal situación las empresas ya no son precio-aceptantes, porque muchas veces poseen cierta posición de monopolio, y poder de mercado, porque es frecuente que el número de agentes económicos que interactúan sea más reducido, etc.

<sup>38</sup> Como se verá más adelante, no necesariamente cualquier forma de poder de mercado en manos de una empresa tiene por qué resultar preocupante desde el punto de vista del Derecho de la competencia: así, una cuestión es el hecho de que en condiciones de competencia monopolística las empresas luchan por incrementar su poder de mercado y otra muy diferente es la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la gobernanza del mercado (TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, p. 284; NIELS, G./ JENKINS, H./ KAVANAGH, J., *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 106-107.

mismos –pobreza, usura, etc<sup>39</sup>. Y, en segundo lugar, que incluso a partir del momento en el que estudio de la actividad económica comienza a cobrar un cariz científico (a partir del siglo XVIII y, sobre todo, del siglo XIX) y se empiezan a conocer sus dinámicas casuales internas, pese a ello, la idea de una intervención sistemática de los poderes sociales para controlar los efectos de dicha actividad siguió resultando (más allá, otra vez, de ciertas circunstancias extremas: hambrunas, etc.) entre exótica y antinatural<sup>40</sup>. O, para expresarlo con mayor precisión: ya en tiempos modernos se admitía que en ocasiones el poder tendría, inevitablemente, que intervenir en el ámbito de la actividad económica<sup>41</sup>; pero lo que de ningún modo se aceptaba es que pudiera o debiera existir una supervisión constante sobre el producto de dicha actividad, para mantenerlo en todo momento bajo control (gobernado).

No obstante, el desarrollo (a lo largo del siglo XIX, pero sobre todo en el siglo XX) de la idea de “*gubernamentalidad*” (“*gouvernementalité*”), como praxis de la dirección racional, desde el poder, de las conductas humanas realizadas en el seno de la sociedad<sup>42</sup>, produce también en el ámbito del pensamiento económico el desenvolvimiento de la idea de que las actividades económicas pueden y deben ser gobernadas. Idea que comienza a desarrollarse a partir del nacimiento de la economía del bienestar y –precisamente- del análisis de las “imperfecciones de la competencia” y que llega a su culminación en las

---

<sup>39</sup> EKELUND, R. B., Jr./ HÉBERT, R. F., *A History of Economic Theory & Method*, 6ª ed., Longrove, Waveland, 2014, pp. 9 ss. –especialmente el tratamiento, en las pp. 29-31, 33-35, de la discusión medieval sobre el “*iustum pretium*” y sobre el tratamiento de la usura).

<sup>40</sup> Una (relativa) excepción a esta generalización la constituye el pensamiento económico mercantilista. No obstante, lo cierto es que en el mismo existió un notorio hiato entre las ambiciosas pretensiones de que el reino tuviese una política económica (centrada en las necesidades de financiación de la fortaleza política del estado) y la realidad de una economía real que operaba prácticamente sin gobierno (sometida únicamente a las presiones procedentes de la búsqueda por parte de muchos agentes económicos de rentas mediante la obtención de regulaciones estatales que les resultasen favorables: EKELUND/HÉBERT, *A History of Economic Theory & Method*, 6ª ed., 2014, pp. 47 ss.

<sup>41</sup> Vid., por ejemplo, la posición de Adam SMITH al respecto (SAN EMETERIO MARTÍN, *La Escuela Clásica (I): Adam Smith*, en Perdices de Blas, L. (ed.), *Historia del pensamiento económico*, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 126-127), muy ilustrativa de la opinión general del momento: el estado puede y debe intervenir en ocasiones para poner límites a las actividades económicas, pero debe hacerlo cuando concurren razones (extraeconómicas) específicas, relativas a la defensa, a la seguridad nacional, a la política exterior, a la pobreza, etc. O las propuestas de política económica de John Stuart MILL y de Edwin CHADWICK para combatir la pobreza: EKELUND/HÉBERT, *A History of Economic Theory & Method*, 6ª ed., 2014, pp. 231 ss.

<sup>42</sup> La elaboración teórica (contemporánea) inicial del concepto de “*gubernamentalidad*” es obra de Michel FOUCAULT (FOUCAULT, *La “gubernamentalidad”*, en FOUCAULT, M., *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999). Vid. un buen desarrollo del mismo en DEAN, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society* (2ª ed.), London, Thousand Oaks, New Delhi, Singapore, Sage, 2010, especialmente pp. 17 ss. Y su aplicación –bien que en términos muy genéricos- al ámbito de la actividad económica en MILLER/ROSE, *Governing the Present*, Cambridge, Polity, 2008, pp. 26 ss.

diferentes variedades de keynesianismo que predominan en el pensamiento económico desde los años 30 del pasado siglo<sup>43</sup>.

En concreto, por lo que hace a las interacciones competitivas, lo cierto es que la historia de la intervención estatal para intentar regularlas y gobernarlas se remonta más atrás (la práctica en este ámbito llegó –fruto de crisis políticas y económicas que resultaban insoslayables- antes que la teoría), a los Estados Unidos posteriores a la guerra civil<sup>44</sup>. Si bien la sistematización y generalización de estos intentos de regulación y de gobernanza tendrán que esperar igualmente al desarrollo de la teoría de las imperfecciones de la competencia y de la economía del bienestar<sup>45</sup>... y, ya mucho más recientemente (como resultado combinado de la praxis de las reformas neoliberales de las políticas económicas<sup>46</sup> y del paralelo desarrollo teórico de la teoría económica neoinstitucionalista<sup>47</sup>, al desarrollo de la teoría económica de la regulación<sup>48</sup>.

En la actualidad, parece que la necesidad y justificación de la adopción de medidas regulatorias y de gobernanza de los mercados, y de las interacciones competitivas dentro de los mismos apenas admite discusión<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> MÉNDEZ IBISATE, F., La escuela de Cambridge: A. Marshall y sus discípulos, en PERDICES DE BLAS, L. (ed.), Historia del pensamiento económico, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 394 ss; GALINDO MARTÍN, John Maynard Keynes, en PERDICES DE BLAS (ed.), Historia del pensamiento económico, 2003, pp. 465 ss.

<sup>44</sup> MOTTA, M., Competition Policy. Theory and Practice, New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 1-5.

<sup>45</sup> EKELUND/HÉBERT, A History of Economic Theory & Method, 6ª ed., 2014, pp. 507 ss.

<sup>46</sup> HARVEY, D., El nuevo imperialismo, Madrid, Akal, 2003, pp. 79 ss.; HARVEY, D., Breve historia del neoliberalismo, Madrid, Akal, 2007, pp. 79-90.

<sup>47</sup> RAMOS GOROSTIZA, J. L., Historicismo, institucionalismo y neoinstitucionalismo, en L. PERDICES DE BLAS (ed.), Historia del pensamiento económico, 2003, pp. 436 ss.; EKELUND/HÉBERT, A History of Economic Theory & Method, 6ª ed., 2014, pp. 493-494.

<sup>48</sup> EKELUND/HÉBERT, A History of Economic Theory & Method, 6ª ed., 2014, pp. 606 ss.

<sup>49</sup> Es cierto, no obstante, que toda una corriente de pensamiento político libertario conservador, inspirándose en las ideas de F. A. HAYEK sobre los “*órdenes sociales espontáneos*”, en contraposición a los “*órdenes sociales planificados*” (HAYEK, The principles of a liberal social order, en HAYEK, F.A., Studies in Philosophy, Politics and Economics, Chicago, University of Chicago Press, 1967, pp. 162-163; HAYEK, F. A., La contrarrevolución de la ciencia, Madrid, Unión Editorial, 2003, pp. 149 ss.), viene poniendo en cuestión dicha justificación: vid. ARMENTANO, D. T., Antitrust: The Case for Repeal (2ª ed.), Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2007; BOUDREAUX, D. J., Antitrust and competition from a market-process perspective, en ZYWICKI, T./BOETTKE, P. J. (eds.), Research Handbook on Austrian Law and Economics, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. Aunque hasta ahora dicha corriente haya obtenido en el plano político unos resultados más bien magros. Pues, de hecho, nadie con capacidad para gobernar en ningún estado económicamente desarrollado, por muy neoliberales que sean sus planteamientos ideológicos, ha querido ni podido renunciar al régimen de gubernamentalidad también en el ámbito económico; y, consiguientemente, a unas funciones de gobernanza que parecen, hoy, irrenunciables: vid. DE VEGA GARCÍA, Neoliberalismo y Estado. Pensamiento Constitucional, 4, 1997, pp. 34-36; PLANT, The Neo-Liberal State, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 167 ss.; KONINGS, Neoliberalism and the State, Alternate Routes, 23, 2012, pp. 86 ss. Por ello, en la práctica ha sido mucho más relevante el intento –como examinaremos luego- de reconfigurar los objetivos y las estrategias de las políticas públicas en materia de protección de la competencia conforme a una orientación más *business-friendly* que emprendió, con algún éxito, la escuela económica de Chicago.

#### IV. CONTROL DE LOS *OUTPUTS* DE LOS MERCADOS

Si todo esto es así, hay que preguntarse cuál o cuáles deben ser los objetivos de la gobernanza de los mercados. Por supuesto, cualquier estrategia contemporánea que pretenda atender a todas las necesidades de gobernanza que tienen que ver con la actividad de los mercados ha de tomar en consideración una gran cantidad de objetivos diferentes, pues también muy variados son los valores, derechos y objetivos de políticas públicas que los sistemas políticos contemporáneos vienen a aceptar y promover: desde la salud de todas las personas hasta el medio ambiente, desde la prevención de la violencia hasta la igualdad de género, etc., son todos ellos objetivos que pueden y deben enmarcar una estrategia de gobernanza de los mercados, en la medida en que estos constituyen hoy, en todas las sociedades desarrolladas, uno de los tipos de estructura de interacción social más importantes. Debido a ello, tanto las estrategias de gobernanza, las políticas públicas y las regulaciones realmente existentes (estatales, supraestatales e infraestatales) de la actividad de los mercados son tan variadas en cuanto a los objetos de regulación<sup>50</sup>.

Aquí, no obstante, nos limitaremos a examinar específicamente el problema de cuáles deben ser los objetivos de la *gobernanza de la competencia* (= de las interacciones competitivas) en los mercados. (Más precisamente, como ya advertí más arriba: en mercados en los que interactúan empresas y en los que existe una situación de competencia monopolista.) Dejando, pues, de lado otros problemas y objetivos que la gobernanza de los mercados pueden –y deben– afrontar. La gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados es el conjunto de acciones de gobernanza que van orientadas al diseño y a la gestión de los entornos institucionales en los que las interacciones económicas tienen lugar, con el fin de optimizar los costes de transacción de las mismas y la capacidad de los agentes económicos dentro de dichos entornos para adaptarse al cambio<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid., por ejemplo, para el caso español, PAREJO ALFONSO, L. (dir.), *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 119 ss.

<sup>51</sup> WILLIAMSON, O., *The Economics of Governance*, *American Economic Review*, 95, 1-18, 2005; DIXIT, A. K., *Economic Governance*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed., London, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 3289-3299. Por supuesto, el día y a día de la gobernanza económica tiene que ver más con la gestión de entornos institucionales (manteniendo, dentro de ellos, bajo control las variables objeto de observación en las interacciones que tengan lugar) que con el diseño de nuevos entornos o la modificación sustancial de los ya existentes. Específicamente sobre esta última faceta de la gobernanza (el diseño de mercados), que aquí no será explorada, vid. ROTH, A. E., *The Economist as Engineer: Game Theory, Experimentation, and Computation as Tools for Design Economics*, *Econometrica*, 70, 2002, pp. 1341 ss.; VULKAN, N./ ROTH, A. E./ NEEMAN, Z. (eds.), *The Handbook of Market Design*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

En todo caso, y aun limitando de este modo el objeto de análisis, a la cuestión de la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados, sigue siendo imprescindible precisar cuál es el objetivo de las actividades de gobernanza que se puedan llevar a cabo. Pues si, como más arriba se señaló, gobernar un ámbito de la vida social implica –si es algo más que pura retórica- controlar determinadas variables, entonces es imprescindible especificar cuáles son las variables (producto de las interacciones competitivas en el mercado) que una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debe intentar mantener bajo control mediante sus acciones. Solamente con un nivel tal de concreción es posible intentar diseñar racionalmente la gobernanza, así como evaluarla.

## V. “COMPETENCIA” COMO CONCEPTO NORMATIVO

En este sentido, la primera cuestión que se plantea es si el propio término “*competencia*” posee ya un significado suficientemente claro y concreto como para convertirse en una de las magnitudes (o en la única magnitud) que deben ser mantenidas bajo control<sup>52</sup>. Algo que creo que puede negarse<sup>53</sup>. En efecto, como en otro lugar he expuesto con mayor detenimiento, desde la perspectiva de una gobernanza que respete ciertos principios básicos de teoría de la justicia y de filosofía política, hoy comúnmente aceptados (autonomía, igualdad moral, perfeccionismo moderado, republicanismo, gobierno limitado,...), los únicos estados de cosas valiosos que pueden llegar a justificar la coerción inherente al Derecho regulador y sancionador son aquellos que pueden ser puestos en relación con algunas condiciones particularmente importantes para la interacción social<sup>54</sup>. Así, en el caso de los mercados, el mero hecho de la concurrencia de una gran cantidad de agentes económicos (empresas) en un mismo mercado intentando obtener el favor de los demandantes presentes no parece un estado de cosas que resulte moralmente valioso en sí mismo (y, por consiguiente, menos aún de los que constituyen

---

<sup>52</sup> Algo así (“*la competencia como institución*”) afirma, por ejemplo (para el Derecho alemán), BOESCHE, K. V., *Wettbewerbsrecht* (5ª ed.), Heidelberg, C. F. Müller, 2016, p. 1.

<sup>53</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, *Nuevo Foro Penal*, 82, 2014, p. 50, n. 44, examiné ya las diferentes formulaciones (en mi opinión, inaceptablemente vagas) que se suelen defender, en la doctrina penal española, del concepto de “*competencia*”.

<sup>54</sup> PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, 2013, pp. 141 ss., 176 ss. En concreto, en ese trabajo detallo que únicamente pueden llegar a estar justificadas regulaciones y prohibiciones que protejan frente a la violencia, que protejan la libertad frente a interferencias injustificadas de terceros, que protejan la autonomía, que protejan el desarrollo libre de la propia personalidad, que protejan la posibilidad de comunicación intercomunitaria, que protejan la igualdad y que protejan el entorno material necesario para la existencia humana.

condiciones esenciales para la interacción), sino únicamente en la medida en que dicho hecho tenga ciertos efectos, benéficos, sobre la interacción social.

Por lo tanto, cabe decir que, en la discusión (de política jurídica) que aquí nos interesa (la de la gobernanza de los mercados), no es posible dar al término “*competencia*” la definición –lexicográfica- que es usual en el ámbito de la ciencia económica<sup>55</sup>, sino que, por el contrario, el mismo ha de ser definido de modo estipulativo<sup>56</sup>. Así, el estado de cosas valioso que, bajo la denominación de “*competencia*”, puede ser protegido a través de regulaciones y de prohibiciones y sanciones jurídicas es una combinación de elementos cuantitativos y de elementos conductuales: de una parte, aquel nivel mínimo de concurrencia de empresas en un determinado mercado que permite asegurar que ciertas magnitudes económica y socialmente relevantes son mantenidas bajo control y optimizadas en dicho mercado; y, de otra, ciertos patrones de conducta (de interactuar) de dichas empresas, que contribuyen a dicha optimización<sup>57</sup>.

## **VI. GOBERNANZA DE LOS MERCADOS Y MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR SOCIAL**

### **1. Concepto económico de bienestar social**

En este sentido, en general parece haber bastante consenso acerca de algunos de los objetivos de dicha labor de gobernanza, aunque no tanto sobre otros. Así, en primer lugar, parece existir un consenso generalizado –de principio, cuando menos- acerca de la idea de que uno de los objetivos que ha de buscar la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados es la maximización del bienestar social<sup>58</sup>. En concreto, se trataría principalmente de intentar aproximar la asignación de recursos que la sucesión de interacciones competitivas entre empresas en el mercado produce al óptimo de Pareto: esto es, a una situación en la que resulte imposible cambiar la asignación sin perjudicar a alguien, porque tanto la producción como el consumo han sido fijados según la alternativa más eficiente posible<sup>59</sup>. El óptimo de Pareto, en efecto, constituye un criterio para determinar el máximo de eficiencia que resulta posible obtener

---

<sup>55</sup> STIGLER, G. J., *Competition*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed., London, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 1930-1931.

<sup>56</sup> BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., New York, Free Press, 1993, pp. 51, 61

<sup>57</sup> MOTTA, *Competition Policy*, 2004, p. 30.

<sup>58</sup> MOTTA, *Competition Policy*, 2004, pp. 17-22.

<sup>59</sup> KATZ/ ROSEN/ MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., 2006, pp. 427-429.

en la asignación de los recursos económicamente valiosos y escasos<sup>60</sup>. Y parece que la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados debe intentar aproximarse a dicho óptimo de eficiencia.

No obstante, lo cierto es que el consenso sobre la importancia de intentar asegurar, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del bienestar social resultante de las interacciones en su seno no puede ocultar el hecho de que, en realidad, existen algunas relevantes dificultades de naturaleza metodológica, acerca de cómo afrontar la persecución de dicho objetivo, además de cierta división de opiniones –de índole político-jurídica- respecto de si debe ser el único, o siquiera el más importante.

En efecto, en principio el punto de conexión entre la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados y el objetivo de maximizar el bienestar social a través de las mismas está en los dos teoremas de optimalidad de la economía del bienestar. A tenor del primero, en condiciones de competencia perfecta una situación de equilibrio<sup>61</sup> constituye siempre un óptimo de Pareto<sup>62</sup>. Y de acuerdo con el segundo, para cualquier situación de óptimo de Pareto es posible hallar una situación de equilibrio competitivo que la preserve (siempre la asignación inicial de la propiedad de los factores de producción y el espectro de precios sean los adecuados<sup>63</sup>).

Así, hablando en términos generales, las restricciones a la competencia hacen que se produzcan distorsiones en el proceso de intercambio en el mercado, de manera que la asignación de recursos que éste acaba produciendo no tiene por qué ser necesariamente un óptimo de Pareto. Dichas distorsiones pueden ser de diferente índole: pueden afectar a los precios (que, a diferencia de lo que ocurre en situación de competencia perfecta, no se corresponderán con el coste marginal, sino que frecuentemente son superiores a éste), a las cantidades producidas (muchas veces menores que las que la demanda existente

---

<sup>60</sup> BOADWAY, R. W./ BRUCE, N., *Welfare Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 82-84

<sup>61</sup> Una situación de equilibrio es una en la que ninguno de los agentes económicos desea modificar su patrón de comportamiento en el mercado, porque su conducta actual es la óptima (PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, p. 42). Así, en una situación de equilibrio: a) el conjunto de demandantes están adquiriendo la cantidad máxima de bienes que les es posible, en vista de sus restricciones presupuestarias y de los precios; b) el conjunto de oferentes están ofreciendo la cantidad máxima de bienes que les resulta razonable producir, a la vista de sus precios; y c) la primera y la segunda cantidad coinciden (KATZ/ROSEN/MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., 2006, pp. 370-371).

<sup>62</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2004, pp. 24-28.

<sup>63</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 28-29

requeriría), a la diversidad de productos disponibles para los demandantes en el mercado y/o, en fin, a la innovación tecnológica y a la productividad<sup>64</sup>.

Debido a ello, parecería que la búsqueda de las condiciones de competencia perfecta ha de constituir el necesario desiderátum de cualquier estrategia de gobernanza de los mercados, puesto que, obtenidas tales condiciones, la maximización del bienestar social caería por su propio peso (en virtud del primer teorema de optimalidad). De modo que el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas debería ser la eliminación o, cuando menos, la reducción aquellas imperfecciones de los mercados realmente existentes que los separan del modelo ideal de competencia perfecta<sup>65</sup>: la no convexidad de las funciones relevantes (de utilidad, de restricciones presupuestarias, de producción, etc.), el poder de mercado, las externalidades (por ausencia de precios o de derechos de propiedad, por producción o consumo conjuntos, los dilemas derivados de las peculiaridades de las situaciones de producción y/o de consumo conjuntos (diferentes clases de bienes públicos o semi-públicos y contratos incompletos), los costes de transacción, los problemas de asimetrías informativas y de incertidumbre y los de descuento intertemporal<sup>66</sup>.

Sin embargo, existen varias dificultades metodológicas que hacen que la reducción de las imperfecciones de la competencia, para maximizar el bienestar social, no resulte siempre un objetivo tan claramente determinado y viable como en un primer momento pudiera parecer. Señalaré únicamente cuatro:

1ª) Para aplicar el criterio de eficiencia de Pareto, es preciso que sea posible la comparación interpersonal de las funciones de utilidad (y, en la medida de lo posible, que estas sean también medibles). Sin embargo, parece claro que hay muchas ocasiones en las que tal condición no puede ser satisfecha<sup>67</sup>. En tales situaciones, la determinación de la función de bienestar social resulta problemática<sup>68</sup>, ya que no parece existir ninguna

---

<sup>64</sup> Vid. en JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 262-268; AREEDA/ KAPLOW/ EDLIN, *Antitrust Analysis*, 7ª ed., New York, Wolter Kluwer, 2013, pp. 10-18. Una exposición sintética de los efectos de precios por encima del coste marginal (social) y por debajo del mismo, de restricciones en las cantidades ofrecidas, etc.

<sup>65</sup> Recuérdese (KATZ/ ROSEN/ MORGAN, *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., 2006, pp. 362-363): a) un mercado en el que tanto oferentes como demandantes son precio-aceptantes; b) un mercado en el que es libre la entrada, como oferente o como demandante; y c) un mercado en el que los oferentes no tienen razones para comportarse de forma estratégica.

<sup>66</sup> BOADWAY/BRUCE, *Welfare Economics*, 1984, pp. 103 ss.; LEDYARD, J. O., *Market failure*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed., London, Palgrave Macmillan, pp. 8246.

<sup>67</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 29-30.

<sup>68</sup> BOADWAY/ BRUCE, *Welfare Economics*, 1984, pp. 147-152; JUST/ HUETH/ SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 40-45.

manera de establecer un método no arbitrario para pasar de las funciones de preferencias individuales a la función de bienestar social<sup>69</sup>. De manera que la determinación de los valores de esta función distaría de resultar intersubjetivamente aceptable.

2ª) En la práctica, es frecuente que existan varios equilibrios de mercado que sean óptimos de Pareto y que, sin embargo, desde otros puntos de vista (de justicia distributiva, por ejemplo) puedan ser valorados de manera bastante diferente<sup>70</sup>. Ello parecería indicar que el análisis de eficiencia apenas puede ser suficiente en ningún caso en el ámbito económico; tampoco en el caso de los problemas derivados de distorsiones de la competencia (vid. infra VII).

3ª) Tanto la evidencia empírica como el análisis formal parecen indicar que, allí donde no se cumplen todas las condiciones del óptimo de Pareto, la mejora de alguna de dichas condiciones, sin lograr al tiempo que se cumplan las restantes, no siempre resulta deseable, sino que muchas veces puede llevar a situaciones peores en términos de bienestar (teoría del *second best*)<sup>71</sup>. Si esto es así, entonces no es en absoluto claro que la persecución de ciertas correcciones en alguna restricción a la competencia (por ejemplo, la reducción o eliminación de una cierta externalidad) produzca siempre un efecto positivo global sobre el bienestar social.

4ª) Por fin, existen serias dudas sobre la completa adecuación de la métrica monetaria del bienestar, a través de la conversión de las funciones de utilidad en funciones de gasto<sup>72</sup>. Métrica que, a lo sumo, puede considerarse que proporciona un reflejo

---

<sup>69</sup> La justificación de este teorema de imposibilidad se encuentra en ARROW, K. J., *Social Choice and Individual Values*, 2ª ed., New York, London, Sydney, Wiley, 1963, pp. 48 ss. Cfr. ARROW, K. J., *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, *The Journal of Philosophy*, 70, 1973, pp. 252-257, para una aplicación práctica de este teorema a la crítica a la viabilidad epistemológica de cualquier teoría de la justicia (y, por ende, del bienestar social) que –como la contractualista o la utilitarista– pretenda fundarse en las preferencias individuales.

<sup>70</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 30-31.

<sup>71</sup> Sobre la teoría en general, vid. LIPSEY/LANCASTER, *The General Theory of Second Best*. *Review of Economic Studies*, 24, 1956. Y vid. BUCHANAN, *External Diseconomies, Corrective Taxes, and Market Structure*, *The American Economic Review*, 59, 1969, para su aplicación al problema de las restricciones a la competencia.

<sup>72</sup> La función de gasto es la cantidad mínima de ingresos monetarios que un individuo necesita para alcanzar un cierto nivel de utilidad, a la vista del nivel precios existente (MUÑOZ-GARCÍA, F., *Advanced Microeconomic Theory*, Cambridge, MIT Press, 2017, p. 124-127).

incompleto (y, sin duda, distorsionado<sup>73</sup>) cuya utilización solamente se justifica por la dificultad de hallar un mejor instrumento<sup>74</sup>.

Por supuesto, todas estas dificultades no tienen por qué conducir a poner en cuestión completamente ni toda la teoría económica del bienestar, ni tampoco las estrategias de gobernanza que persiguen maximizar el bienestar social. Pero sí que parece razonable ser cautelosos a la hora de aplicar los instrumentos que dicha teoría nos proporciona y al diseñar estrategias de gobernanza que tengan el bienestar social por objeto, al ser conscientes de que esos instrumentos y esa estrategia no son sino aproximaciones –las mejores de las que disponemos– al concepto de bienestar. Por ello, por todas estas razones metodológicas, además de por las razones morales y políticas que se examinarán más adelante, cualquier enfoque unilateral acerca de la política jurídica pertinente para el diseño de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados parece fuera de lugar.

## **2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social**

En todo caso, no cabe discutir que, sin duda alguna, uno de los objetivos de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados entre empresas ha de ser la maximización del bienestar social. O, por mejor decir (y a tenor de todas las matizaciones que ya han sido realizadas), la reducción (y, en el mejor de los casos, la eliminación) de aquellos obstáculos a la maximización del bienestar social que procedan de imperfecciones de los mercados realmente existentes. Por ello, es necesario discutir precisamente cuál es el impacto en el bienestar social de cada una de las situaciones de mercado y de los patrones de conducta empresarial que se reputan anticompetitivos.

### ***a) Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia***

En este sentido, el caso de las restricciones verticales a la competencia resulta particularmente interesante, pues se ha discutido mucho cuál es el impacto real, en términos de bienestar, de este tipo de patrones de interacción empresarial. Entendemos por restricciones verticales a la competencia aquellos acuerdos entre empresas que

---

<sup>73</sup> BERGSON, A., A Note on Consumer's Surplus. *Journal of Economic Literature*, 13, 1975, pp. 38-44. MCKENZIE, G. W., *Measuring economic welfare. New Methods*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, especialmente pp. 139 ss.; BOADWAY/ BRUCE, *Welfare Economics*, 1984, pp. 5-7; JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 170 ss.).

<sup>74</sup> Cfr. un par de intentos de elaborar métricas más ajustadas del bienestar social: SAIKH/TONAK, *Measuring the wealth of nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; STIGLITZ/SEN/FITOUSSI, *Mis-Measuring Our Lives*, New York, London, Free Press, 2010; ADLER, M. D., *Measuring Social Welfare. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

pertencen a distintos pasos del proceso de producción y comercialización de un mismo bien o servicio y que limitan las condiciones bajo las cuales dichas empresas van a operar en el mercado<sup>75</sup>. En particular, cuatro formas de restricciones verticales son las que suelen presentarse con más frecuencia<sup>76</sup>:

— Acuerdos de exclusividad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $D_I$  que éste será el vendedor único del producto  $p$  en el mercado  $m$ ; y, usualmente, también que  $F$  no distribuirá  $p$  a ningún otro comerciante presente en  $m$ .

— Acuerdo sobre precios o sobre cantidad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $D_I$  que el precio de  $p$  en  $m$  será, como mínimo, de  $x$  por unidad; o, como máximo, de  $y$  por unidad; o que deberá ser el precio fijo de  $z$  por unidad; o fijación unos precios no lineales (precios con una parte fija y otra proporcional, precios con descuentos por cantidad, etc.). O acuerda que  $D_I$  deberá comprar como mínimo una cierta cantidad de unidades de  $p$ .

— Acuerdo de paquetización (*bundling*): un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $D_I$  que éste, cuando desee comprar unidades de  $p$ , deberá hacerlo siempre comprando además otro número determinado de unidades del producto  $q$  (también producido o distribuido por  $F$ ).

— Acuerdo de integración vertical: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $D_I$  comprar su empresa e incorporarla a  $F$ ; o bien es el comerciante  $D_I$  quien acuerda con  $F$  incorporar su empresa a  $D_I$ <sup>77</sup>.

Aquella estructura del mercado  $m$  que produce incentivos para que las empresas que interactúan entre sí ( $F$  y  $D_I$ ) lleven a cabo acuerdos de esta índole es una de competencia monopolista entre empresas (entre  $F_1, F_2, \dots, F_n$ , y/o entre  $D_1, D_2, \dots, D_n$ ) en

---

<sup>75</sup> LANDEO, C. M., Exclusionary vertical restraints and antitrust, experimental law and economics contributions, en TEITELBAUM/ ZEILER (eds.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics Cheltenham/ Northampton, Edward Elgar, 2018, p. 75.

<sup>76</sup> REY, P./VERGÉ, T., Economics of Vertical Restraints, en BUCCIROSSI (ed.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, MIT Press, 2008, pp. 354-355.

<sup>77</sup> En principio, desde el punto de vista de los efectos sobre la restricción de la competencia, los dos casos parecen el mismo caso. Aunque, por supuesto, en la práctica, dependiendo de la estructura de los mercados (del mercado en el que opera  $F$  –el de la distribución de productos a comerciantes- y del mercado en el que opera  $D_I$  –el de la venta al consumidor final) y, consiguientemente, también de las diferentes características financieras, estructuras de costes, aversión al riesgo y nivel de información (sobre costes, rentabilidad y demanda de la otra empresa, así como sobre sus posibles acciones ocultas), los resultados de la fusión pueden ser muy diferentes según quién sea el que tome la iniciativa: vid. HART/TIOLE, Vertical Integration and Market Foreclosure. Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics, 21, 1990, pp. 208-211.

la que cada una ofrece un producto  $p$  diferenciado, pero también imperfectamente sustitutivo de los ofrecidos por las restantes empresas<sup>78</sup>. Además,  $m$  (el conjunto de potenciales demandantes de  $p$ ) ha de estar (aproximadamente) acotado, delimitado geográficamente o según algún otro criterio suficiente<sup>79</sup>.

En una estructura con estas características, ocurre lo siguiente<sup>80</sup>:

— En el caso de  $F$ , se trata principalmente de asegurar su poder de mercado, frente al riesgo de conductas oportunistas por parte de sus distribuidores (ya que, en principio, ni  $D_I$  ni ningún otro comerciante tienen, en condiciones de competencia, incentivos suficientes para confiar en  $F$  y, por consiguiente, para hacer esfuerzos para distribuir de forma óptima  $p$  en  $m$ , y ni siquiera para no anteponer otros productos a  $p$ , si es de su conveniencia) y frente a la dificultad para obtener información sobre las características de la demanda de  $p$  en  $m$  (precio que es razonable aplicar, qué bienes sustitutivos de  $p$  están disponibles en  $m$ , etc.). Asimismo, un acuerdo de restricción vertical le permite aislar  $m$  de otros mercados para  $p$  en los que la demanda tenga una elasticidad diferente (por lo que el precio que en ellos puede fijarse razonablemente para  $p$  también resulta diferente).

---

<sup>78</sup> TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 287-300.

<sup>79</sup> El criterio de delimitación que parece más pertinente –bien que siempre imperfecto, relativo- atiende al grado de substitutividad entre los bienes (y, por consiguiente, a la intensidad de la relación entre sus respectivos precios): un mercado  $m$  es una estructura social compuesta por todos aquellos oferentes que ofrecen  $p$  y aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$  y por el conjunto de demandantes potenciales de  $p$  y –eventualmente- de aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$ , y por las interacciones entre ellos (TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 12-13; ASPERS, *Markets*, 2011, pp. 100-107). Por supuesto, en los casos concretos, la cuestión –que, sin embargo, no será abordada aquí- de cómo delimitar un mercado como objeto de análisis, evaluación e intervención resulta esencial para poder acotar el alcance de la estrategia de gobernanza de las interacciones competitivas que en él se producen: cfr. MOTTA, *Competition Policy*, 2004, pp. 101-115; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed., 2016, pp. 23 ss.

<sup>80</sup> GALLINI, N. T./ WINTER, R. A., *On Vertical Control in Monopolistic Competition*. *International Journal of Industrial Organization*, 1, 1983, pp. 285 ss.; MATHEWSON/WINTER, *An Economic Theory of Vertical Restraints*, *RAND Journal of Economics* 15, 1984, 27-38; REY, P./TIROLE, J., *Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint*, en PELLEGRINI L. / REDDY S. K. (eds.), *Marketing Channels* Lexington, Lexington Books, 1986, pp. 3-30; REY, P./TIROLE, J., *The Logic of Vertical Restraints*. *American Economic Review*, 76, 1986, 924-930, 936-937; REY, P./TIROLE, J., *A Primer on Foreclosure*, en ARMSTRONG M./ PORTER R. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, Amsterdam, North Holland, 2007, pp. 2158-2164; REY, P./ J. STIGLITZ, *Vertical Restraints and Producers' Competition*, *European Economic Review*, 32, 1988, 561-568; TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 170 ss.; O'BRIEN, D. P./SCHAFFER, G., *Vertical Control with Bilateral Contracts*. *RAND Journal of Economics*, 23, 1992, pp. 300-306.; MCAFFEE, R. P./ SCHWARTZ, M., *Opportunism in Multilateral Vertical Contracting, Non Discrimination, Exclusivity and Uniformity*, *American Economic Review*, 84, 1994, pp. 213 ss.; REY/ VERGÉ, en BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, pp. 360-369; AREEDA/KAPLOW/ EDLIN, *Antitrust Analysis* (7ª ed.), 2013, pp. 592-595, 643-648, 712-714; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed., 2016, pp. 273-282.

— En el caso de  $D_I$ , y ante la incertidumbre probablemente existente tanto sobre la demanda de  $p$  como sobre los costes de comercializarlo en  $m$ , si tiene un grado suficiente de aversión al riesgo (lo cual no es infrecuente, al menos en el caso de pequeños distribuidores), las restricciones verticales constituye un incentivo razonable, ya que evitan la competencia en torno a  $p$  con otros comerciantes y le protegen, además, frente a comportamientos propios de *free riders* que estos pudieran adoptar (y, por ello, le incentivan a asumir costes –publicidad, servicios posventa, etc.– que favorezcan la comercialización de  $p$ , seguro de que nadie más va a aprovecharse de su esfuerzo); asegura a  $D_I$  acerca del compromiso de  $F$  con su acuerdo; y, por fin, le permiten gestionar con más flexibilidad las dificultades que pudieran derivarse del tamaño de  $m$  (si  $m$  es demasiado pequeño, por ejemplo, o aprovechando las economías de escala, si no lo es).

Si esto es así, entonces puede decirse que, en términos de teoría de juegos,  $F$  afronta un problema de diseño de un mecanismo<sup>81</sup> que dé lugar a la revelación de preferencias (que en principio permanece ocultas) por parte de  $D_I$ <sup>82</sup>. Y que éste, a su vez, afronta dos problemas de estrategia: primero, un dilema acerca del nivel de compromiso del otro jugador – $F$ – en un juego de señalización (un juego de forma extensiva, con una sucesión de acciones de cada jugador y con información incompleta<sup>83</sup>); y, además, un dilema a la hora de proveer bienes públicos (publicidad, servicios posventa, etc.), que le benefician a él y a cualquier otro distribuidor  $D_n$  presente en  $m$ , con lo que existe el grave riesgo de que surjan conductas de *free-riding* por parte de  $D_2, \dots, D_n$ <sup>84</sup>. Un juego dinámico, pues (el que configura la interacción de  $D_I$  con  $F$ , en el que existe una secuencia de movimientos por parte de cada uno de los dos jugadores) y dos juegos estáticos (el que configura la interacción de  $F$  con  $D_I$  y el que configura la interacción de  $D_I$  con  $D_2, \dots, D_n$ , puesto que en ambos los movimientos de cada jugador pueden ser simultáneos). Y dos juegos con información incompleta (los dos que se juegan entre  $F$  y  $D_I$ ), y otro más con información

---

<sup>81</sup> GREEN, J. R./LAFFONT, J.-J., *Incentives in Public Decision-Making*, Amsterdam, North Holland, 1979, pp. 49-53; FUDENBERG, D./TIROLE, J., *Game Theory*, Cambridge/ London, MIT Press, 1991, pp. 243 ss.; MAS-COLELL, A./WHINSTON, M. D./GREEN, J. R., *Microeconomic Theory*. Oxford/ New York, Oxford University Press, 1995, pp. 858-869, 897-910; LAFFONT/MARTIMORT, 2002, pp. 28-55; MYERSON, R. B., *Mechanism Design*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed., London, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 8632-8644.

<sup>82</sup> MYERSON, R. B., *Optimal coordination mechanisms in generalized principal-agent problems*. *Journal of Mathematical Economics*, 10, 1982, pp. 67-75, examina específicamente el problema de diseño de mecanismos de revelación de preferencias que se plantea en este caso.

<sup>83</sup> FUDENBERG/TIROLE, *Game Theory*, 1991, pp. 67-83, 324 ss.; BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1994, pp. 57-63; BOLTON/DEWATRIPONT, *Contract Theory*, Cambridge, London, MIT Press, 2005, pp. 99 ss.; GINTIS, *Game Theory Evolving*, 2ª ed. Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2009, pp. 179 ss.

<sup>84</sup> FUDENBERG/TIROLE, *Game Theory*, 1991, pp. 211-213

completa (el que se juega entre  $D_1$  y  $D_2, \dots, D_n$ ). Juegos todos ellos en los que los acuerdos (de restricción vertical de la competencia) entre  $F$  y  $D_1$  resultan ser (conjuntos de) movimientos estratégicos, racionalmente explicables.

**b) *Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social***

A la vista de ello, se ha discutido mucho la medida en la que estos comportamientos (mayoritariamente racionales, en atención a las estructuras de los mercados en los que tienen lugar) de los agentes económicos pueden ser reputados lesivos para el bienestar social. Esto es, si verdaderamente se trata de conductas que no resultan (dada la situación en la que los agentes tienen que operar: competencia monopolística, poder de mercado, externalidades, acciones e información ocultas) Pareto-óptimas. Así, se ha sostenido que, en realidad, si en un mercado en situación de competencia monopolista una empresa, ejerciendo su poder de mercado, opta por llegar a acuerdos que restrinjan las condiciones del intercambio con otra u otras de las empresas que participan en el proceso de producción y comercialización de un bien o servicio (restricciones verticales), dichos acuerdos tendrán para ella un coste:  $F$  estaría obligada, para que  $D_1$  aceptase las restricciones, a venderle las unidades de  $p$  a un precio inferior al que  $D_1$  aceptaría si no se hubiesen acordado; pues, de otro modo,  $D_1$  se volvería hacia otros fabricantes, o bien preferiría interactuar con  $F$  en un entorno plenamente competitivo, sin restricciones. De este modo, el ejercicio del poder de mercado por parte de  $F$  no alteraría verdaderamente las condiciones estructurales del mercado  $m$ , ni el bienestar social global, sino que se trataría únicamente de una estrategia de discriminación de precios: racional desde el punto de vista de  $F$ , en la medida en que le permite adaptar al máximo –a cambio de un coste, claro está– el precio de  $p$  al grado de elasticidad de la demanda y a los diferentes tipos (funciones de utilidad y restricciones presupuestarias) de consumidor, según las características de  $m$ . Así, por ejemplo, si  $F$  llega a un acuerdo de exclusividad con  $D_1$ , ello obedecería principalmente al deseo de  $F$  de asegurarse de que el producto  $p$  llega al consumidor final en  $m$  en las condiciones adecuadas: aquellas que maximizan la rentabilidad (a la vista de la disposición marginal a pagar por parte de un determinado consumidor  $C_n$ )<sup>85</sup>, dadas las características de los consumidores presentes en  $m$ <sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Esto es, de la determinación de la cantidad máxima que un consumidor  $C_n$  pagaría por una unidad adicional de  $p$ , dada su función de preferencias y las restricciones presupuestarias que soporta: PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, p. 166.

<sup>86</sup> Como señala TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 137-152, en la práctica la discriminación perfecta de precios según la disposición a pagar de cada demandante individual resulta

Por ejemplo: una marca de relojes de alta gama (característico bien posicional, puesto que usualmente dará la hora con la misma exactitud que relojes mucho más baratos, pero llevará asociadas connotaciones de lujo, exclusividad, etc.), conociendo las características de su función de demanda de su producto, desea que su producto no se venda nada más que en establecimientos comerciales particularmente lujosos, céntricos, bien publicitados, etc., y no desea que se vendan al lado de otros relojes. Pero, naturalmente, el acuerdo de exclusividad ha de tener sus compensaciones para el comerciante.

Se trataría, por consiguiente, de una redistribución del beneficio entre  $F$  y  $D_I$  (acordada voluntariamente), que en ningún caso repercutiría en el efecto global –de bienestar– de la asignación de recursos a que el proceso de interacción da lugar: el consumidor final  $C_n$  seguiría aceptando (= el equilibrio de mercado se seguiría fijando en) aquel precio y aquella cantidad que se correspondan con su disposición a pagar; mientras que, si la discriminación de precios es perfecta, el beneficio empresarial global (conjunto de  $F$  y de  $D_I$ ) quedaría maximizado, al extraerse en el intercambio de cada consumidor todo su excedente<sup>87</sup>. Mas lo que pierde en excedente el consumidor quedaría compensado por el incremento en el excedente del productor<sup>88</sup>, de manera que el bienestar social global no variaría<sup>89</sup>.

---

infrecuente, a causa de los costes que conlleva obtener la información necesaria para ello. Por ello, es mucho más habitual que se recurra a métodos de discriminación de segundo grado (clasificación de los demandantes en grupos diferenciados) o de tercer grado (introducción de mecanismos de que promueven la revelación de información por parte del propio consumidor), según cuál sea el coste de la información.

<sup>87</sup> El excedente de un consumidor  $C_n$  es la diferencia entre el precio actual de una unidad de  $p$  y la disposición de  $C_n$  a pagar por dicha unidad: PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, pp. 166-168. Si  $D_I$  (o  $F$ , empleando a  $D_I$  como su agente) es capaz de detectar perfectamente la disposición a pagar de cada consumidor  $C_n$  (su función inversa de demanda), podrá determinar un precio para  $p$  que se corresponda exactamente con dicha cantidad, extrayendo todo el excedente del consumidor: TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, pp. 135-137.

<sup>88</sup> El excedente del productor (aquí tomamos como tal a la coalición entre  $F$  y  $D_I$ , considerando a este último como agente de aquél) es la diferencia entre el precio actual de  $p$  en  $m$  y aquel precio mínimo por el que  $F$ - $D_I$  seguirían estando dispuestos a vender unidades de  $p$  (precio que generalmente equivaldrá al coste de producir  $p$ ): PERLOFF, *Microeconomics*, 4ª ed., 2018, p. 315. Si  $F$ - $D_I$  poseen, en la venta final de  $p$  a  $C_n$ , un gran poder de mercado –no son precio-aceptantes– y pueden además proceder a una perfecta discriminación de precios, el excedente del productor será máximo.

<sup>89</sup> Han mantenido esta opinión BORK, R., *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*. *University Of Chicago Law Review*, 22, 1954, pp. 194 ss.; BORK, R., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II*. *Yale Law Journal*, 75, 1966, pp. 381-384, 397-424, 429-464. BORK, *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., 1993, pp. 225 ss., 288-298, 299 ss., 372-381, 391-401; DIRECTOR, A./ LEVI, E. H., *Law and the Future: Trade Regulation*, *Northwestern University Law Review*, 51, 1956, pp. 290-294; BOWMAN Jr., W. S., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*. *Yale Law Journal*, 67, 1957, pp. 23-29; TESLER, L. G. *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* *Journal of Law & Economics*, 3, 1960, pp. 88 ss.; MCGEE, J. S./ BASSETT, L. R., *Vertical Integration Revisited*. *Journal of Law & Economics*, 19, 1976, pp. 22-32; POSNER, R. A./ EASTERBROOK, F. H., *Antitrust*. *Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2ª ed. St. Paul, West Publishing, 1981, pp. 802-810, 869-876, 885-887, 951-954; POSNER, R. A., *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1976, pp. 147 ss.; POSNER, R. A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1979, pp. 926-928, 934-939; POSNER, R. A., *Antitrust Law*, 2ª ed., Chicago/ London, University of Chicago Press, 2001, pp. 171 ss.; EASTERBROOK, F. H., *Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, 63, 1984, pp. 20-21, 25-26, 28-33.

c) *Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social*

Para poder evaluar adecuadamente esta interpretación económica de las conductas de restricción vertical de la competencia, es importante clarificar cuáles son las verdaderas causas de eventuales reducciones del bienestar social a consecuencia de conductas empresariales restrictivas de la competencia. A este respecto, el punto de partida tiene que ser la discusión de la cuestión general de si existe o no algo como la competencia vertical, que deba ser regulada y protegida, y en qué se concreta.

En efecto, de acuerdo con la concepción de la competencia que se acaba de exponer, la misma se caracterizaría por ser una relación exclusivamente horizontal: la competencia sería la relación existente entre diferentes agentes económicos –aquí, empresas- que concurren (o, potencialmente, podrían llegar a concurrir) en un mismo mercado, con la pretensión de ocupar la posición de oferentes dentro del mismo, pugnando por hacer con la demanda de un determinado producto o clase de productos que persiguen los demandantes presentes en el mercado<sup>90</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, en todos aquellos mercados distintos de aquel en el que la empresa interactúa con el consumidor final del bien (por ejemplo, en el mercado en el que interactúan los fabricantes y los distribuidores de un mismo producto), la determinación del poder de mercado de una determinada empresa depende no solo de su capacidad, en tanto que oferente, para fijar precios a sus productos por encima del coste marginal, sino también de su capacidad, en tanto que demandante, para forzar a las empresas oferentes a fijar precios por debajo del coste marginal, reduciendo los márgenes de rentabilidad de aquellas en su propio beneficio. De hecho, no es infrecuente que el poder de mercado de una determinada empresa en las relaciones horizontales (con el resto de los oferentes presentes en el mismo mercado) esté de algún modo estrechamente relacionado con su poder de mercado en sus relaciones verticales (con sus proveedores –hacia arriba- o, hacia abajo, con los distribuidores de sus productos<sup>91</sup>.

Así, un gran distribuidor (una empresa propietaria de gran número de grandes superficies comerciales), si es capaz de conseguir que sus proveedores mejoren las condiciones en las que adquiere los productos que va a poner a la venta para el consumidor final (el precio unitario de compra, las condiciones de calidad, los plazos de entrega, la exclusividad, etc.),

---

<sup>90</sup> AHLERT, D./ SCHEFER, B., Vertical Price Coordination and Brand Care. Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, 2013, pp. 33-34.

<sup>91</sup> STEINER, R. L., Vertical competition, horizontal competition, and market power. Antitrust Bulletin, 53, 2008, pp. 251-270.

puede obtener, gracias a su posición de monopsonio o de oligopsonio, importantes ventajas competitivas o una rentabilidad extraordinaria. Y algo similar puede suceder del lado de la oferta: el monopolista u oligopolista que puede conseguir de sus distribuidores mejores condiciones de venta para sus productos se hallará también en una condición de ventaja comparativa.

Por lo tanto, parece que no es posible aceptar, como posición de principio, la de que la competencia vertical resulte completamente irrelevante para la gobernanza de las interacciones en los mercados. Por el contrario, es preciso establecer, caso por caso (grupo de casos por grupo de casos) si se producen, y en qué medida, los efectos negativos anticompetitivos; vale decir, sobre el bienestar social.

Estos efectos pueden ser de dos clases<sup>92</sup>:

— Efecto de colusión: por una parte, existe una reducción directa del bienestar social allí donde la conducta de las empresas ( $F$  y  $D_I$ ) implicadas en un acuerdo de restricción vertical de la competencia –un acuerdo de exclusividad, por ejemplo- da lugar a una asignación de recursos (en atención a la cantidad de  $p$  ofertada en  $m$  y del precio de venta) que resulta globalmente inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la asignación de recursos subóptima puede derivarse tanto de un nivel de producción de  $p$  por debajo de la cantidad que sería en principio económicamente posible (dados los costes de producción) y socialmente necesaria, dada la curva de demanda (por ejemplo, porque el precio fijado para  $p$  resulta superior a la disposición a pagar de la mayor parte de los consumidores presentes en  $m$ ), de unos costes de producción por encima de los que resultaría técnicamente posibles, por falta de inversión y – consiguientemente- de productividad...

— Efecto de exclusión: por otra parte, existe también una reducción del bienestar, causada en este caso de forma indirecta, cuando el acuerdo entre  $F$  y  $D_I$  produce un efecto de exclusión de terceros competidores (fabricantes y/o distribuidores) del tal calibre que dicha restricción adicional a la competencia ocasiona que la asignación global de recursos en  $m$  (ya no solo de unidades de  $p$ , sino de cualquier otro producto –aproximadamente sustitutivo- que se intercambie en  $m$ ) resulte inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la pérdida de bienestar se deriva del primer teorema de optimalidad de la economía del bienestar: dado que en condiciones de competencia perfecta, cualquier equilibrio de mercado resulta ser un óptimo de Pareto, la creación o

---

<sup>92</sup> WHINSTON, M. D., Lectures on Antitrust Economics. Cambridge, MIT Press, 2006, p. 2.

ampliación de oligopolios o monopolios tiende a producir el efecto de crear situaciones de equilibrio de mercado que son subóptimas<sup>93</sup>.

A la hora de evaluar si se produce –y en qué casos se produce- cada uno de estos efectos, dos son los recursos de los que disponemos: de una parte, el análisis formal de las situaciones de interacción estratégica entre empresas en condiciones de competencia monopolística, mediante la teoría de juegos; y, de otra, la evidencia empírica –aún limitada- disponible, procedente de los estudios de economía experimental.

#### *d) Efecto de exclusión*

El análisis formal permite llegar a las siguientes conclusiones:

1ª) En presencia de economías de escala, un acuerdo de restricción vertical de la competencia entre  $F$  y  $D_1, \dots, D_n$  puede producir un efecto de exclusión sobre terceros potenciales competidores de  $F$ , al dificultarle que pueda rentabilizar su entrada en  $m$ , por falta de un suficiente número de distribuidores<sup>94</sup>, incrementando significativamente sus costes<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, 2004, pp. 376-381.

<sup>94</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/TIROLE, *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 1990, pp. 211, 222-224, 227-228; ORDOVER/SALONER/SALOP, *Equilibrium Vertical Foreclosure*. *American Economic Review*, 80, 1990, pp. 134-136; BOLTON/WHINSTON, *The “Foreclosure” Effect of Vertical Mergers*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 147, 1991, pp. 209-219; RIORDAN/SALOP, *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. *Antitrust Law*, 63, 1995, pp. 527-561. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. AGHION/BOLTON, *Contracts as a Barrier to Entry*. *American Economic Review*, 77, 1987, pp. 389-392; RASMUSEN/RAMSEYER/WILEY, *Naked Exclusion*, *American Economic Review*, 81, 1991, pp. 1138-1144; REY/STIGLITZ, *The role of exclusive territories in producers' competition*, *RAND Journal of Economics*, 26, 1995, pp. 433-440; BERNHEIM/WHINSTON, *Exclusive Dealing*. *Journal of Political Economy*, 106, 1998, pp. 77-86; SEGAL/WHINSTON, *Naked Exclusion: Comment*. *American Economic Review*, 90, 2000, pp. 299-305, 307; WHINSTON, *Lectures on Antitrust Economics*, 2006, pp. 144-148; REY/VERGÉ, en BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, pp. 377-384. Para el caso de los acuerdos de paquetización, vid. WHINSTON, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*. *American Economic Review*, 80, 1990, pp. 843-846, 852-855; CARLTON/WALDMAN, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*. *RAND Journal of Economics*, 33, 2002, pp. 194 ss.; NALEBUFF, *Bundling as an Entry Barrier*. *Quarterly Journal of Economics*, 119, 2004, pp. 163-173.

<sup>95</sup> SALOP, S. T./SCHEFFMAN, D. C., *Raising Rivals' Costs*. *American Economic Review*, 73, 1983, pp. 267-271; SALOP, S. T./SCHEFFMAN, D. C., *Cost-Raising Strategies*. *Journal of Industrial Economics*, 36, 1987, pp. 19-34. El caso de los acuerdos sobre precios parece un tanto particular en este sentido, puesto que, según pone de manifiesto el análisis formal, solamente en ciertos casos puede dar lugar a este efecto de exclusión (STEINER, R., *Exclusive Dealing and Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination*. *Southwestern University Law Review*, 33, 2004, pp. 449-457; ASKER/ BAR-ISAAC, *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*. NYU Working Paper No. 2451/31609, 2011; REY/VERGÉ, *Resale Price Maintenance And Interlocking Relationships*. *Journal of Industrial Economics*, 58, 2010, pp. 934 ss.; BENNETT/FLETCHER/GIOVANNETTI/STALLIBRASS, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, 33, 2011, pp. 1290-1293; GIOVANNETTI/MAGAZZINI, *Resale Price Maintenance: An Empirical Analysis of UK Firms' Compliance*, *Economic Journal*, 123, 2013, p. F589; JEDLICKOVÁ, B., *Resale Price Maintenance*

2ª) Sin embargo, no es claro que este efecto de exclusión tenga siempre un impacto verdaderamente relevante en el bienestar social<sup>96</sup>, en efecto, en mercados oligopolísticos con economías de escala puede ocurrir que la entrada de nuevos competidores no produzca una mejora del bienestar social y que el nuevo competidor se limite a “robar” parte del negocio de  $F$ , sin incrementar con ello el bienestar<sup>97</sup>.

3ª) La cuestión es ligeramente diferente cuando  $F$  tiene, en relación con los varios distribuidores  $D_1, D_2, \dots, D_n$  presentes en  $m$ , la posibilidad de negociar con todos ellos y hacerles competir por lograr un acuerdo de restricción vertical (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo) con él. En este caso, si  $D_1, D_2, \dots, D_n$  son indistinguibles (todos ellos actúan en  $m$ , venden al mismo tipo de clientes, la misma clase de bienes, etc.), la consecuencia será que  $F$  llegará a un acuerdo con uno de los distribuidores (con  $D_1$ , por ejemplo), excluyendo con ello los riesgos derivados de la eventual competencia de  $D_2, \dots, D_n$ . Y que, debido a ello (a la condición de monopolio), el precio de  $p$  subirá, disminuirá la cantidad vendida; y también disminuirá el bienestar social total (= el excedente agregado)<sup>98</sup>, aunque aumente el beneficio de  $F$ <sup>99</sup> pues el acuerdo entre  $F$  y  $D_1$  tiene externalidades negativas, que perjudican a  $D_2, \dots, D_n$ , y también a  $C_n$ <sup>100</sup>.

Aunque ciertamente no existe un cuerpo de investigaciones empíricas que resulte suficiente para hacer afirmaciones tajantes<sup>101</sup>, no obstante, esa posibilidad de que –en

---

and Vertical Territorial Restrictions, Cheltenham, Northampton, 2016, p. 284), mientras que muchos otros supuestos, en cambio, produce un efecto neutro sobre la competencia: IPPOLITO, P. M., Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, *Journal of Law & Economics*, 34, 1991, pp. 281-282, 291-292; MARVEL, H. P., The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom, *Antitrust Law Journal*, 63, 1994, pp. 84-90; AHLERT/ SCHEFER, Vertical Price Coordination and Brand Care, 2013, pp. 33 ss.

<sup>96</sup> WHINSTON, Lectures on Antitrust Economics, 2006, p. 151.

<sup>97</sup> MAKIWI, N. G./WHINSTON, M. D., Free entry and social inefficiency. *Rand Journal of Economics*, 17, 1986, pp. 50-54; REY/TIROLE, en ARMSTRONG M./ PORTER R. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, 2007, pp. 2210-2211.

<sup>98</sup> Que equivale al excedente del consumidor  $C_n$  más el excedente conjunto obtenido por  $F$  y por  $D_1, D_2, \dots, D_n$  en  $m$ : MAS-COLELL/ WHINSTON/ GREEN, *Microeconomic Theory*, 1995, pp. 326, 328.

<sup>99</sup> HART/ TIROLE, *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 1990, pp. 232-239; WHINSTON, Lectures on Antitrust Economics, 2006, pp. 155-165.

<sup>100</sup> SEGAL, I., Contracting with Externalities. *Quarterly Journal of Economics*, 114, 1999, pp. 351-352, 358-360. Siendo más precisos (SEGAL, *Quarterly Journal of Economics*, 114, 1999, pp. 357 ss.), cuando la negociación es pública (=  $D_1, D_2, \dots, D_n$  conocen las condiciones que  $F$  les ofrece a cada uno), las externalidades negativas –y la consiguiente reducción del excedente agregado– perjudican a  $D_2, \dots, D_n$  y a  $C_n$ ; en cambio, si la negociación es privada, también  $D_1$  –el distribuidor que llega a contratar con  $F$ – se verá afectado por la búsqueda de rentas por parte de este último, a no ser que se encuentre en condiciones de poder inducir a  $F$  a introducir en la negociación algún mecanismo que le comprometa de antemano con el contenido del contrato que se está negociando (vid. MUTHOO, Abhinay, *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 211 ss.).

<sup>101</sup> LAFONTAINE/ SLADE, Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, en BUCCIROSSI, P. (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, 2008, p. 399.

determinadas circunstancias- los acuerdos de restricción de la competencia produzcan dicho efecto de exclusión parece estar confirmada por los estudios hasta ahora disponibles<sup>102</sup>.

e) *Efecto de colusión*

Sobre la base del análisis formal, cabe concluir que, incluso allí donde los acuerdos de restricción vertical de la competencia no dan lugar a ningún efecto de exclusión relevante (por ejemplo, porque el incentivo principal para alcanzarlos tiene que ver sobre todo con asegurar el compromiso entre las partes, entre  $F$  y de  $D_I$ , para proteger las inversiones que las mismas han hecho en el negocio), pese a ello, sin embargo, pueden producirse pérdidas de bienestar, derivadas bien de un exceso o defecto de inversión (en relación con el nivel óptimo) por parte de los agentes que interactúan, o bien del incremento extraordinario de precios (y la consiguiente reducción del excedente del consumidor) derivado de la posición de monopolio<sup>103 104</sup>. Así, en concreto, ello sucederá

---

<sup>102</sup> Vid. NORMANN/SNYDER, C. M., Vertical Foreclosure in Experimental Markets, *RAND Journal of Economics*, 32, 2001, pp. 479, 481-488; LANDEO/SPIER, Naked Exclusion: An Experimental Study of Contracts with Externalities. *American Economic Review*, 99, 2009, pp. 1863-1868; SMITH, An experimental study of exclusive contracts. *International Journal of Industrial Organization*, 29, 2011, pp. 7-8; BOONE/MÜLLER/SUETENS, Naked Exclusion in the Lab: The Case of Sequential Contracting. *Journal of Industrial Economics*, 62, 2014, pp. 146-158; HINLOOPEN/MÜLLER/NORMANN, 2014, p. 171. Cfr., sin embargo, COOPER/FROEB/O'BRIEN/VITA, Vertical antitrust policy as a problem of inference. *International Journal of Industrial Organization*, 23, 2005, pp. 648-658; CALISKAN/PORTER/RASSENTI/SMITH/WILSON, Exclusionary Bundling and the Effects of a Competitive Fringe. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163, 2007, pp. 117-127.

<sup>103</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/TIOLE, *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 1990, pp. 228; ORDOVER/SALONER/SALOP, 1990, pp. 136-138; BOLTON/WHINSTON, Incomplete Contracts, Vertical Integration, and Supply Assurance. *Review of Economic Studies*, 60, 1993, pp. 134-136; NOCKE/WHITE, 2007, p. 1329; REY/TIOLE, en ARMSTRONG M./PORTER R. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, 2007, pp. 2172-2173. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. REY/TIOLE, *American Economic Review*, 76, 1986, pp. 931-932; HART/TIOLE, *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 1990, pp. 268-270; REY/STIGLITZ, *RAND Journal of Economics*, 26, 1995, p. 449; REY/TIOLE, en ARMSTRONG M./PORTER R. (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, 2007, p. 2177; SEGAL/WHINSTON, Exclusive contracts and protection of investments. *RAND Journal of Economics*, 31, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, *Lectures on Antitrust Economics*, 2006, pp. 185-186. En relación con los acuerdos de paquetización, NALEBUFF, *Quarterly Journal of Economics*, 119, 2004, p. 181, argumenta que, aunque los mismos ciertamente producen un efecto de exclusión de terceros competidores (y de este modo puede llegar a afectar al bienestar), sin embargo, no dan lugar ningún efecto de colusión, ninguna reducción directa del excedente agregado, que en cambio tiende a aumentar en estos casos.

<sup>104</sup> Al igual que más arriba se indicó, el caso de los acuerdos sobre precios resulta ser aquí también algo diferente de las restantes restricciones verticales de la competencia, por cuanto que, si bien es cierto que en ocasiones producen un efecto de colusión que afecta negativamente al bienestar (JULLIEN/REY, *Resale Price Maintenance and Collusion*, *RAND Journal of Economics* 38, 2007, pp. 989-995; JEDLICKOVÁ, *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions*, 2016, pp. 274-277, 281-284), también lo es que en muchos otros casos, por el contrario, su efecto es netamente beneficioso, contribuyendo a la eficiencia: MARVEL, *Antitrust Law Journal*, 63, 1994, pp. 69-71; WINTER/MATHEWSON, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, *Review of Industrial Organization*, 13, 1998, pp. 81-82; MEESE, A. J., *Property Rights and Intra-brand Restraints*. *Cornell Law Review*, 89, 2004, pp. 595-611; GUNDLACH/CANNON/

si: 1º) la inversión tiene efectos externos (es decir, no solo sobre la relación entre  $F$  y  $D_1$ , sino además también sobre la competitividad de  $D_1$  frente a  $D_2, \dots, D_n$ ); 2º) los efectos externos como los internos van en sentido contrario (es decir, la inversión incrementa el excedente del inversor, pero no la competitividad de la coalición frente a terceros<sup>105</sup>).

Así, por ejemplo (el ejemplo está tomado de KLEIN<sup>106</sup>), si un fabricante de automóviles llega a un acuerdo de exclusividad para sus adquisiciones con una empresa proveedora de carrocerías, si el fabricante asume el coste de las inversiones vinculadas a dicho acuerdo (publicidad, servicios a clientes, etc.) y estas solamente tienen efectos internos, en la relación entre fabricante y proveedor (asegurando a este, a la hora de planificar su producción), o bien tienen efectos externos, en la competitividad del fabricante, pero estos son contradictorios con los efectos internos (la publicidad sobre la calidad de las carrocerías de sus vehículos, por ejemplo, tiene efectos positivos para la competitividad del fabricante, pero también incrementa sus costes y le compromete de forma estable con el proveedor), entonces el resultado final será una reducción de bienestar (del excedente agregado): una reducción de las inversiones por parte del fabricante, una elevación de precios y/o reducción de calidad de su producto por parte del proveedor, etc.

También en este caso la evidencia empírica disponible (que, de todas formas, ya se ha señalado que resulta aún insuficiente para ser contundentes al respecto) parecería avalar las conclusiones obtenidas a través del análisis formal<sup>107</sup>.

## VII. OTROS OBJETIVOS DE LA GOBERNANZA DE LOS MERCADOS

Hasta aquí llega el consenso: a pesar de ciertas dificultades de determinación en algunos grupos de casos, parece haberlo –como ya he señalado– acerca de que la reducción del bienestar social (del excedente agregado), a causa de los acuerdos de restricción vertical de la competencia, es una condición suficiente para que puedan establecerse prescripciones jurídicas de regulación y de control de estas formas de

---

MANNING, Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice, *The Antitrust Bulletin*, 55, 2010, pp. 391 ss.; BENNETT/ FLETCHER/ GIOVANNETTI/ STALLBRASS, *Fordham International Law Journal*, 33, 2011, pp. 1288-1290.

<sup>105</sup> SEGAL/WHINSTON, *RAND Journal of Economics*, 31, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, *Lectures on Antitrust Economics*, 2006, pp. 185-186

<sup>106</sup> KLEIN, Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4, 1988, pp. 199-204.

<sup>107</sup> NORMANN, H.-T., Vertical Mergers, Foreclosure and Raising Rivals' Costs: Experimental Evidence. *Journal of Industrial Economics*, 59, 2011, pp. 518-519; HINLOOPEN, J./ MÜLLER, W./NORMANN, H.-T., Output commitment through product bundling: Experimental evidence, *European Economic Review*, 65, 2014, p. 172. En todo caso, obviamente, el análisis que se acaba de presentar sirve únicamente para marcar las líneas generales dentro de las que debería diseñarse una política jurídica razonable, en atención a la lesividad de cada clase de conducta. Pero, por supuesto, para el examen y enjuiciamiento de casos concretos no es suficiente con esto, sino que es preciso comprobar además que los efectos de exclusión y/o –sobre todo– de colusión tienen lugar efectivamente, (contrato por contrato, (inter-)acción por (inter-)acción). Sobre la forma de indagar y probar esta cuestión en el procedimiento, a través del examen del grado de rentabilidad producido por las restricciones a la competencia (*profitability test*), vid. NIELS/JENKINS/KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed., 2016, pp. 115-129.

actuación empresarial, de manera que aquellos acuerdos que no conlleven reducción de bienestar no podrían en ningún caso ser regulados, prohibidos o sancionados (cuando menos, como hemos visto, desde la perspectiva de la gobernanza de la competencia en los mercados). La pregunta que hay que hacer, no obstante, es si, además de ser una condición suficiente, resulta también condición necesaria. Es decir, si puede haber otras magnitudes, además del bienestar social, que, por sí solas o acompañando a éste, justifiquen la intervención jurídica regulatoria y/o prohibitiva.

En este sentido, existe una importante corriente de opinión teórica (abanderada por la denominada “*escuela de Chicago*”) que ha venido manteniendo que no, que solamente los casos en los que las restricciones a la competencia afectan al bienestar social (= al excedente agregado) justificarían dicha intervención, y que ningún otro objetivo político-jurídico podría justificarla, puesto que en tal caso el resultado final sería económicamente contraproducente<sup>108</sup>.

Sin embargo, pienso que la cuestión no puede ser respondida de manera satisfactoria en términos tan genéricos, sino que, por el contrario, exige un examen más detenido, de los diversos objetivos –diferentes de la maximización del bienestar social– que puede perseguir una regulación jurídica de la competencia. Dicho examen, no obstante, nos acabará conduciendo a la conclusión de que cualquier fundamentación excesivamente unilateral de la gobernanza de la competencia resulta inadecuada: no se compatibiliza bien con los objetivos de política jurídica –múltiples– que, dependiendo de los grupos de casos, puede resultar justificable perseguir a través de la misma<sup>109</sup>.

## 1. Perjuicio a los competidores

La primera posibilidad que en este sentido cabe discutir es si la regulación (y, en su caso, la prohibición) de las restricciones verticales a la competencia puede o no justificarse no porque las mismas restrinjan el bienestar social (el excedente agregado), sino por razones de justicia correctiva. En efecto, como más arriba se indicó, un acuerdo de restricción de la competencia entre  $F$  y  $D_I$  (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo)

---

<sup>108</sup> BORK, Yale Law Journal, 75, 1966, pp. 429 ss.; BORK, The Antitrust Paradox (2ª ed.), 1993, pp. 54-61, 81-88, 107-110, 110-115, 135-160; POSNER, Antitrust Law, 1976, pp. 18-22; POSNER, Antitrust Law, 2ª ed., 2001, pp. 23-27; MEESE, Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation. UCLA Law Review, 45, 1997, pp. 175 ss.

<sup>109</sup> KLING Thomas, Kartellrecht, 2ª ed., München, Vahlen, 2016, pp. 18-23; BENEYTO PÉREZ/TRONCOSO FERRER, Objetivo, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia, en BENEYTO, J. M. /MAILLO, J. (dtors.), Tratado de Derecho de la Competencia, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, pp. 35-40; EMMERICH/LANGE, Kartellrecht, 14ª ed., München, C. H. Beck, 2018, pp. 2-3.

suele tener externalidades negativas, que perjudican a los competidores de  $D_1$  ( $D_2, D_3, \dots, D_n$ )<sup>110</sup>. ¿Cabría entonces proteger, a través de regulaciones y de prohibiciones jurídicas, los intereses económicos de dichos competidores, aun en detrimento del bienestar social?

Es preciso distinguir, aquí, tres facetas diferentes en dichos intereses:

**a) Reducción del excedente de los competidores**

En este primer caso, lo que está en juego es exclusivamente el interés de cada competidor en preservar y aumentar su patrimonio, a través del incremento de la rentabilidad de su actividad empresarial. Es decir, se produce la reducción de aquel excedente del que  $D_2$  ó  $D_3$  ó...  $D_n$  son capaces de apropiarse en  $m$  (merced a la captura de una parte de la demanda de  $p$  y del nivel de precios que la libre competencia en principio tendería a fijar para dicho producto), reducción debida al acuerdo de restricción suscrito entre  $F$  y  $D_1$ .

En ausencia de acuerdos previos entre  $D_2, D_3, \dots, D_n$  y  $D_1$  y/o  $F$  (que sean vueltos ineficaces por el posterior acuerdo de restricción de la competencia  $F$  y  $D_1$ ), no se comprende por qué debería aceptarse que, en general, la reducción de los excedentes de los competidores constituya ninguna cuestión de justicia correctiva; ni, menos aún, por qué dicha reducción podría llegar a justificar regulaciones y prohibiciones incluso aunque no se haya producido ninguna reducción del excedente social agregado.

Pues, por una parte, los daños derivados de conflictos de justicia correctiva en principio deben remediarse mediante soluciones de Derecho privado, no de Derecho público (por lo que el recurso a regulaciones y a prohibiciones no resultaría justificado)<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> WHINSTON, Lectures on Antitrust Economics, 2006, p. 151. En algunas ocasiones se afecta también al excedente agregado (que es el caso menos polémico). En otras, al excedente del consumidor final: sobre esto, vid. infra VII.2. Ahora, no obstante, me concentraré tan solo en el daño a los restantes competidores  $D_1, D_2, \dots, D_n$ .

<sup>111</sup> Aunque la cuestión precisaría de un examen más profundo, se puede señalar que, en general, allí donde el conflicto entre las partes de una interacción da lugar a que una de las partes vea defraudadas sus expectativas legítimas acerca del comportamiento de las restantes, existe un problema de justicia correctiva (de desequilibrio injustificado en la interacción, que genera obligaciones de reparación del daño sufrido por quien se ve defraudado): WEINRIB, La idea de Derecho privado, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 89 ss. En principio, los problemas de justicia correctiva deben resolverse a través de los remedios propios del Derecho privado: remedios dirigidos (principalmente) a reintegrar, en lo posible, al sujeto defraudado a la situación previa a la defraudación de expectativas o, cuando menos (cuando ello no es posible), a la situación de seguridad en la efectividad de sus derechos subjetivos (FISCHER, Understanding Remedies (3ª ed.), Durham, Carolina Academic Press, 2014, p.1-3; REGLERO CAMPOS PEÑA LÓPEZ, Conceptos generales y elementos de delimitación, en REGLERO CAMPOS, L. F./BUSTO LAGO, J. M. (coords.), Tratado de responsabilidad civil, vol. I, 5ª ed., Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014; RIPSTEIN, Private Wrongs, Cambridge, London, Harvard University Press, 2016, pp. 235 ss.); y remedios que están disponibles tan solo en tanto que poderes otorgados al perjudicado para que pueda, si así lo desea (pero solamente si lo desea), reclamar la reparación

Por otra, en la gran mayoría de casos de acuerdos de restricción de la competencia entre  $F$  y  $D_1$  no existe siquiera un auténtico conflicto de justicia correctiva, en el sentido estricto de la expresión, puesto que (en ausencia de acuerdos previos con  $F$  ó con  $D_1$ ) los competidores  $D_2, D_3, \dots, D_n$  no podían albergar racionalmente ninguna expectativa de un comportamiento más benigno para ellos por parte de sus competidores verticales u horizontales<sup>112</sup>.

**b) Daño patrimonial al competidor**

En este segundo caso, el acuerdo de restricción vertical de la competencia entre  $F$  y  $D_1$  (un acuerdo sobre precios máximos, por ejemplo) da lugar a la infracción de un deber que bien  $F$ , bien  $D_1$ , tenían para con  $D_2, D_3, \dots$  ó  $D_n$ .

Esto sucede, por ejemplo, si  $F$ , antes de contratar con  $D_1$ , había llegado previamente con  $D_2$  a otro acuerdo sobre precios mínimos, en el que, sin embargo, se establecía un nivel de precios para  $p$  en  $m$  mucho más elevado que el precio máximo previsto en el segundo acuerdo. Con el evidente riesgo de que los consumidores acudan a comprar sus unidades de  $p$  a  $D_1$  y no a  $D_2$ , y en perjuicio de este último, por consiguiente.

La infracción del deber puede fundarse bien –como en el ejemplo- en un acuerdo voluntario entre las partes, o bien en una actuación unilateral de una de ellas. En todo caso, lo decisivo es que la actuación defraude las expectativas legítimas de la otra parte, se deriven estas de una promesa específica (infracción de un deber relacional) o de normas generales de comportamiento conforme al rol (infracción de deberes generales, no relacionales).

Es evidente que en estos supuestos sí que existe un conflicto de justicia correctiva. Sin embargo, como ya se señaló, ello, por sí solo, no justifica necesariamente una intervención jurídica coercitiva, a través de regulaciones y/o de prohibiciones, sino tan solo –en su caso- una intervención a través de los remedios jurídicos propios del Derecho

---

(ZIPURSKY, Civil Recourse, Not Corrective Justice. Georgetown Law Journal, 91, 695-756, 2003, pp. 733-738).

<sup>112</sup> También la cuestión del concepto de daño reparable exigiría un desarrollo más detenido, pero, a los efectos que ahora nos interesan, baste con decir que el daño existe siempre que una expectativa de conducta de terceros puede ser albergada legítimamente por el agente, en tanto que dicha conducta no es solo una posibilidad fáctica, sino un compromiso normativamente asumido por parte del tercero (bien por imposición normativa, o bien en virtud de un acuerdo voluntario): MACCORMICK, The Obligation of Reparation. Proceedings of the Aristotelian Society, 78, 1977, pp. 177-183; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9ª ed., München, C. H. Beck, 2004, pp. 243-244, 511-512. De este modo, allí donde el compromiso no existe, no hay tampoco daño en sentido jurídico. (Aunque, desde luego, pueda haberlo desde el punto de vista económico. Pero éste solo será relevante si afecta al excedente agregado o –como veremos a continuación- por razones de justicia distributiva o de justicia política.)

privado (otorgando poderes jurídicos a la parte de la interacción que se ha visto perjudicada por la infracción del deber)<sup>113</sup>.

Es cierto, no obstante, que puede haber algunos grupos de casos en los que la aparición del daño obedezca no solo a un incumplimiento de las expectativas legítimas que  $D_2, D_3, \dots, D_n$  albergaban respecto del comportamiento de  $F$  o de  $D_1$ , sino además a la concurrencia de algún factor adicional, que podría llegar a justificar la intervención estatal (por existir una necesidad específica de prevención), a través de regulaciones y de prohibiciones

Así, por ejemplo: la durabilidad o masividad del daño, la intensidad de la infracción del deber por parte del incumplidor, la intencionalidad de su acción...

En supuestos así, hay que preguntarse si podría llegar a estar justificada la imposición de regulaciones y/o de prohibiciones a acuerdos de restricción vertical de la competencia que no reducen el bienestar social (que incluso pueden llegar a incrementarlo), con el fin de proteger a los competidores frente al daño patrimonial así causado.

Ejemplo:  $F$  llega a un acuerdo sobre precios máximos con  $D_1$ , en detrimento del acuerdo previo sobre precios mínimos que había suscrito con  $D_2$ , a quien había engañado con una promesa de no llegar a acuerdos con otros distribuidores; reduciendo así sustancialmente las ventas de  $p$  que puede realizar éste (y, por consiguiente, la rentabilidad de su empresa). Y lo hace, justamente, con el fin de intentar poner en riesgo la viabilidad económica de  $D_2$ , uno de los distribuidores de  $p$ : por ejemplo, porque  $D_2$  comercializa, además de  $p$ , algún otro producto que compite con  $p$ , y en mejores condiciones que éste.

---

<sup>113</sup> Otra vez, se trata de una cuestión que ha de ser fundamentada con mayor detenimiento. En todo caso, aquí se está partiendo de la idea de que, como regla general, el objetivo justificable del Derecho público (tanto del regulador como del sancionador) es la prevención de conductas (de manera coercitiva, por parte del Estado), no la reparación de daños (que, recuérdese, en el Derecho privado es siempre un mero poder en manos del perjudicado, de uso facultativo). Y de que dichos objetivos preventivos no tienen por qué concurrir siempre que existe un daño a una de las partes de la interacción, sino tan solo cuando existan además determinadas circunstancias adicionales (vid., una primera aproximación en REIFF, *Punishment, Compensation, and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 45 ss.; STOBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 18ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2015, pp. 11, 229; HAACK, *Theorie des öffentlichen Rechts*, vol. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 68-73). Desde luego, ello contradice la visión más clásica de la escuela del “análisis económico del Derecho” (la representada, por ejemplo, por SHAPELL, *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Madrid, Ramón Areces, 2004, pp. 195 ss.; o por POSNER, *El análisis económico del Derecho*, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 160 ss., 271 ss.), que tiende a entremezclar en una misma concepción extremadamente instrumentalista del Derecho todos los sectores del ordenamiento, tendiendo además a confundir las funciones fácticamente cumplidas por las normas e instituciones con los objetivos cuya persecución podrían justificarlas (PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 361-380). y favorece en cambio una concepción diferenciadora, que atribuye objetivos (justificables) diferentes a cada uno de ellos.

En casos como éste (restricción a la competencia mediante acuerdo que causa un daño a una tercera empresa, siempre que la acción dañosa revista determinados caracteres –conspiración, engaño, etc.- que podría justificar una intervención con fines preventivos), puede llegar a producirse una colisión entre el interés en maximizar el bienestar social (el excedente agregado) y el interés en evitar conductas dañosas de una cierta naturaleza (de colusión, de engaño, etc.). En efecto, si la conducta dañosa de  $F$  produce una reducción de bienestar social, entonces no cabe duda de que la intervención coercitiva mediante regulaciones y prohibiciones podría llegar a estar justificada. Sin embargo, la solución no resulta tan clara en los casos en los que la conducta de  $F$ , aun produciendo daño a  $D_2$ , y pese a revestir características que podrían volver justificable la prevención frente a la misma (mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones), no afecta al excedente agregado, o incluso lo aumenta.

Esto puede suceder, por ejemplo, si los acuerdos de restricción vertical de la competencia (los acuerdos sobre precios mínimos y máximos suscritos por  $F$ , respectivamente, con  $D_2$  y  $D_1$ ) van dirigidos a proteger el valor de una marca renombrada<sup>114</sup>, garantizando a los potenciales demandantes de  $p$  que el producto que adquieren es de la calidad y porta los signos distintivos deseados, favoreciendo así el consumo de los demandantes que se sienten motivados por la marca (al atribuir a  $p$  la condición de bien posicional: un determinado modelo de ordenador personal, por ejemplo, conocido por su elevada calidad)<sup>115</sup> y el desarrollo de la eficiencia empresarial de  $F$  para producir productos de alta calidad para un determinado segmento de mercado. Y aumentando de esta forma el excedente agregado.

En mi opinión, en estos casos dudosos no cabe dar una respuesta única a la pregunta de si debe o no intervenir, regulando y/o prohibiendo este tipo de acuerdos de restricción de la competencia, sino que hay que reconocer que deberá ser la valoración (político-jurídica) de los intereses preponderantes en cada grupo de casos los que determinen si la intervención jurídico-pública está justificada o si, por el contrario, hay que conformarse con los remedios propios del Derecho privado (dirigidos exclusivamente a compensar el daño causado a  $D_2$ , pero no a evitar nuevos casos de acuerdo restrictivo de la competencia que perjudique a otros competidores).

Así, por ejemplo, puede suceder que en el ámbito de un determinado sector productivo (pongamos por caso, el de la tecnología electrónica) el interés preponderante sea el fomento

---

<sup>114</sup> AHLERT/SHEFER, *Vertical Price Coordination and Brand Care*, 2013, pp. 10 ss.

<sup>115</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, *Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?*, en BAJO FERNÁNDEZ, M./JORGE BARREIRO, A. /SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, me ocupé ya de estudiar la forma en la que los signos distintivos –y, en especial, las marcas comerciales- operan en el contexto de una economía de consumo dominada por el *branding* (creación del valor de marca).

del desarrollo tecnológico y de la producción de productos de alta calidad. En tal caso, el interés en evitar conductas dañosas para competidores, si con ello no se produce ninguna reducción del bienestar social, debería ceder. En cambio, en otros sectores productivos (pongamos: el de la cerveza) puede no existir tal interés de política industrial y, debido a ello, podría llegar a justificarse la prohibición de dichos acuerdos de restricción vertical de la competencia, aun si con ello se reduce algo –pero no muchísimo– el excedente agregado.

**c) *Política industrial: protección de la diversidad empresarial***

El caso acabado de examinar suscita una cuestión más general: ¿resulta justificable la intervención, mediante regulaciones o prohibiciones, frente a acuerdos de restricción de la competencia que, aunque no afecten al excedente agregado, causan daños a los competidores, si se hace para proteger cualquier otro interés de política industrial? Y, en concreto, ¿resulta justificable hacerlo para preservar un cierto grado de pluralidad de oferentes en un determinado mercado, o a los oferentes económicamente más débiles frente a los más fuertes?<sup>116</sup>

El problema que se plantea es, en definitiva, si resulta o no razonable que la gobernanza política (y jurídica) de los mercados pretenda oponerse a la lógica económica allí donde en un determinado sector de actividad productiva, por tratarse de un monopolio natural<sup>117</sup> o, más en general, por existir en ella notables de economías de escala<sup>118</sup>, la solución económicamente más eficiente (la que maximiza el bienestar social) pasa por la concentración empresarial.

Así ocurre, por ejemplo, en actividades productivas con costes de entrada muy elevados (por requerir una inversión en bienes de capital muy significativa) que no pueden ser rentabilizados más que a largo plazo: la producción de energía eléctrica es un caso de este tipo, en muchas situaciones.

En este caso, me parece evidente que es preciso distinguir entre la acción jurídica regulatoria y la acción jurídica prohibitiva y sancionadora. Pues, mientras no parece haber duda alguna de que un mercado que se caracterice por su elevado grado de concentración empresarial (es decir, por una situación de monopolio o de oligopolio en el lado de la oferta) necesita en alto grado una intervención estatal orientada a regular el comportamiento de las empresas monopolistas u oligopolistas, en cambio, resulta más

---

<sup>116</sup> MOTTA, Competition Policy, 2004, pp. 22-23, 28-30.

<sup>117</sup> Existe un monopolio natural en aquel sector de la actividad productiva en el que una sola empresa puede producir toda la oferta del mercado a un coste menor del que en el que incurriría una pluralidad de empresas: PERLOFF, Microeconomics, 4ª ed., 2018, p. 406.

<sup>118</sup> Existen economías de escala si a medida que aumenta la cantidad producida disminuye el coste medio de producción: PERLOFF, Microeconomics, 4ª ed., 2018, p. 256.

dudoso que la estructura concentrada del mercado justifique la prohibición de conductas restrictivas de la competencia allí donde no exista reducción alguna del excedente agregado, del bienestar social.

En este sentido, creo que solamente hay dos razones por las que cabe defender que la estrategia de gobernanza de los mercados pueda entrar en contradicción con el principio económico de eficiencia, persiguiendo y sancionando los acuerdos de restricción de la competencia (cuando estos no causan daños a terceros competidores) incluso cuando ello vaya en detrimento del bienestar social.

### 1) *Justicia distributiva*

En primer lugar, por razones de justicia distributiva<sup>119</sup>. Pues en ocasiones ocurre que un determinado sector de la actividad productiva y un determinado mercado no cumplen solamente funciones económicas (de producción y distribución de bienes y servicios), sino también otras funciones sociales.

Así, por ejemplo, hay sociedades en las que determinadas formas de agricultura o de artesanía son decisivas para arraigar población, para el empleo de ciertas capas sociales, etc.

En estos supuestos, cabe defender que otros objetivos de política social puedan llegar a predominar sobre el interés en maximizar el excedente económico agregado. Es cierto que, en puridad, una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debería perseguir objetivos estrictamente económicos. No obstante, lo cierto es que el universo de la política (y también el de la política jurídica) jamás es el universo de los conceptos puros, sino que es el espacio de los compromisos, las soluciones menos malas y las alternativas de acción posibles. Es decir, hay situaciones en las que intervenir en un determinado mercado, mediante prohibiciones (de acuerdos restrictivos de la competencia), puede resultar justificable si ello promueve la justicia distributiva, aun al precio de reducir –en alguna medida– el bienestar social global.

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: una norma jurídica prohíbe que un fabricante  $F$  llegue a acuerdos de exclusividad con determinados distribuidores  $D_1, \dots, D_n$ , para la distribución de su producto  $p$  en  $m$ , porque existe un gran grupo de distribuidores  $D_{n+1}, \dots, D_{n+x}$ , que pertenecen a una capa social empobrecida (ciertamente, mucho más pobre que aquella a la que pertenecen  $D_1, \dots, D_n$ ) y cuyo único recurso de empleo pasa por ser (de un modo económicamente sostenible) vendedores en  $m$ .

---

<sup>119</sup> MOTTA, Competition Policy, 2004, pp. 24-27. Sobre el concepto de justicia distributiva que aquí se defiende, vid. PAREDES CASTAÑÓN, La justificación de las leyes penales, 2013, pp. 268-275.

Ciertamente, se trata de una situación excepcional, que no debería llegar a producirse (porque las políticas sociales y económicas deberían evitar que tal situación de precariedad existiese). Pero, en el universo de la política real, no cabe excluir que situaciones de esta índole se produzcan, y tengan que ser tomadas en consideración a la hora de definir la estrategia de gobernanza de los mercados.

Por supuesto, lo único que cabe advertir aquí es que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones. Ahora bien, en todo caso es preciso siempre llevar luego a cabo un análisis de racionalidad instrumental de las alternativas de intervención disponibles. Con lo que puede ocurrir que, aun resultando justificable en principio la intervención, existan, para afrontar los retos de justicia distributiva suscitados, fórmulas de gobernanza (impuestos, subvenciones, incentivos, etc.) que sean mejores desde un punto de vista instrumental: más viables, más eficaces, más eficientes. Algo que, desde luego, no es posible excluir, cuando de perseguir objetivos de estricta naturaleza monetaria, como es el caso<sup>120</sup>.

## 2) *Justicia política*

En segundo lugar, la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia puede fundarse a veces en razones de naturaleza estrictamente política: relativas a la distribución del poder político dentro de la sociedad<sup>121</sup>. En efecto, dado que la perspectiva estrictamente económica acerca de la estructura de los mercados no deja de ser una abstracción (puesto que, en realidad, los mercados con –como ya se señaló– espacios de interacción social, que se integran en la sociedad), puede ocurrir que la estructura monopolística u oligopolística de algunos mercados no produzca efectos exclusivamente en el plano económico (sobre los precios, las cantidades producidas, la innovación tecnológica, el excedente agregado, etc.), sino que los tenga también en el ámbito político. En concreto, existe siempre el riesgo (riesgo que se ha comprobado, en muchas ocasiones

---

<sup>120</sup> La razón tiene que ver con el hecho de que muchas veces los equilibrios de interacción posibles en un mercado no son únicos, de manera que, partiendo de una asignación inicial de recursos, no siempre es posible conocer cuál será el efecto distributivo final que las interacciones de mercado producirán: ARROW/HAHN, *General Competitive Analysis*, Amsterdam, North Holland, 1971, pp. 95, 207 ss. Razón – entre otras– por la que, en general, suele ser más racional desde el punto de vista instrumental perseguir los objetivos legítimos de justicia distributiva a través de acciones de gobernanza distintas de la limitación de la libertad de acción de los agentes económicos.

<sup>121</sup> MOTTA, *Competition Policy*, 2004, p. 27. Sobre el concepto de justicia política que subyace al análisis expuesto en este apartado, vid. PETTIT, *Justice: Social and Political*, en Sobel, D./Vallentyne, P., S. Wall (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2015.

y lugares, que era muy real) de que una empresa monopolista o un conjunto de empresa oligopolistas, cuando ocupan un sector de la actividad económica lo suficientemente central desde el punto de vista funcional para la sociedad, tengan la oportunidad de llevar a cabo operaciones de captura de los entes reguladores: del Poder Legislativo, de la Administración Pública y aun de los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, encargados de regular y supervisar sus actuaciones<sup>122</sup>.

Este potencial riesgo político de los monopolios y oligopolios no puede, desde luego, ser despreciado, aunque ciertamente no aparece en todos los casos por igual, sino que depende particularmente de cuál sea el grado de centralidad del mercado de que se trate en la vida social. En todo caso, puede ocurrir en ocasiones que la estrategia de gobernanza de los mercados tenga que tener en cuenta dicho riesgo e incorporar acciones (la prohibición, por ejemplo, de ciertos acuerdos restrictivos de la competencia) aun cuando ello vaya en detrimento del excedente agregado. Pues, como ya indiqué antes, si bien es cierto que en una concepción purista de gobernanza de los mercados solamente los factores de naturaleza económica deberían ser tomados en consideración, lo cierto es que la realidad social de los monopolios resulta en ocasiones mucho más polifacética y demanda una respuesta política consiguiente<sup>123</sup>.

Así, parece plausible defender que el riesgo de captura de las agencias reguladoras resulta inaceptable, por ejemplo, en el caso del sector bancario, dada la centralidad de este sector en la actividad económica y, en general, en el funcionamiento de la sociedad. Y que, por ello, puede que acuerdos restrictivos de la competencia que, sin embargo, no reducen el bienestar social (por ejemplo, una fusión entre un gran banco internacional y una caja de ahorros regional, que mejora la eficiencia económica de los servicios financieros que proporcionan ambos a los clientes de un determinado ámbito geográfico) puedan y deban ser prohibidos. Algo que, desde luego, no valdría si estuviésemos hablando de esos mismos acuerdos en el sector juguetero...

## 2. Excedente del consumidor

En principio, el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados no es proteger *específicamente* al consumidor: esto es, no se trata de proteger los intereses económicos (el excedente) del grupo de consumidores individuales  $C_1$ ,

---

<sup>122</sup> LAFFONT/ TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*. Quarterly Journal of Economics, 106, 1991, pp. 089-1127; LAFFONT/ TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, London, MIT Press, 1993, pp. 475-514.

<sup>123</sup> Un movimiento antimonopolios por razones políticas (no meramente económicas) ha estado siempre mucho más presente en la tradición política norteamericana que en la europea: vid. un ejemplo reciente en LYNN, *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*, Hoboken, Wiley, 2010.

$C_2, \dots, C_n$ , que están presentes –en tanto que demandantes potenciales de  $p$ - en  $m$ <sup>124</sup>, sino la maximización del excedente agregado<sup>125</sup>. De manera que aquellos acuerdos restrictivos de la competencia que afectan al excedente de los consumidores (elevando, por ejemplo, los precios de  $p$  en  $m$ ), si producen efectos beneficiosos sobre el bienestar social (por ejemplo, porque, a causa de las economías de escala, la eficiencia global del proceso de producción de  $p$  mejora, de manera que el excedente agregado es mayor, aun cuando una parte mayor del mismo quede en manos de  $F$  y de  $D_I$ ), no justificarían una intervención regulatoria.

Así, por ejemplo, si  $F$  y  $D_I$  operan en el sector de los automóviles de alta gama y, con el fin de preservar el valor de marca de  $p$ , y para discriminar mejor en los precios (en atención a las características de los demandantes potenciales presentes en dicho mercado –un grupo de, digamos, profesionales acaudalados con deseo de hacer ostentación), llegan a un acuerdo de exclusividad y sobre el precio mínimo de venta final de  $p$ , ello puede llevar a un incremento de las ventas de  $p$  (con la consiguiente reducción del coste unitario de producción) y, en definitiva, a un incremento del excedente de los productores que compense con mucho la reducción consiguiente en el excedente de los consumidores. Y, sin embargo, no se comprende por qué los intereses de esos consumidores acaudalados tendrían que ser objeto de protección específica en la gobernanza de los mercados, si todos sus derechos han estado garantizados<sup>126</sup>.

Es cierto, sin embargo, que cabría pensar en situaciones en las que razones de justicia distributiva podrían alterar este análisis. De manera que, como más arriba se señaló, puede ocurrir en ocasiones que el objetivo de maximizar el excedente agregado deba sacrificarse a estas consideraciones.

Así ocurriría, por ejemplo, si la reducción significativa en el excedente del consumidor, a causa de los acuerdos restrictivos de la competencia (de un acuerdo de exclusividad y precios mínimos, por ejemplo, entre  $F$  y  $D_I$ ), tuviese lugar en un mercado de bienes de

---

<sup>124</sup> La matización es importante: como más arriba se vio, nadie discute que la gobernanza de los mercados debe buscar la maximización del bienestar social, esto es, del excedente agregado, compuesto por el excedente de todos los consumidores ( $C_1, C_2, \dots, C_n$ ) presentes en  $m$ , más el excedente de todos los oferentes que intervienen en dicho mercado (por  $F$  y por  $D_1, D_2, \dots, D_n$ ). La cuestión que ahora se plantea es otra: ¿cabe perseguir, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del excedente de los consumidores, aun cuando ello vaya produzca una reducción del excedente agregado, del bienestar social global?

<sup>125</sup> MOTTA, *Competition Policy*, 2004, pp. 19-22.

<sup>126</sup> Pues, por supuesto, si los derechos de los consumidores no hubiesen quedado garantizados, entonces nos encontraríamos en otro supuesto, que más arriba (supra 7.1) se examinó ya: el caso en el que un acuerdo restrictivo de la competencia produce un daño (en el sentido estricto, jurídico, de la expresión: defraudación de expectativas legítimas de terceros acerca del comportamiento de  $F$  y de  $D_I$ ) a terceros, que deberá ser compensado. Así ocurriría, por ejemplo, si el acuerdo entre  $F$  y  $D_I$  sobre precios mínimos de venta final de ese automóvil de alta gama violase contratos previos entre  $D_I$  y el consumidor  $C_n$ . En tal supuesto, se justifica, desde luego, la intervención jurídica: cuando menos, a través de remedios de Derecho privado, si no –como ya vimos, en determinadas condiciones- del Derecho regulador y prohibitivo.

primera necesidad (alimentos, por ejemplo) y afectase de manera desproporcionada a los grupos sociales más pobres.

No obstante, al igual que se advirtió más arriba, advertir que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones no significa necesariamente considerar tal intervención racional en términos instrumentales. Análisis este, el de la viabilidad, eficacia y eficiencia de la intervención, que deberá ser realizado caso por caso, y que no siempre conducirá a la conclusión de que la misma esté justificada.

### 3. ¿“Competencia desleal”?

En mi opinión, hasta aquí llegan los objetivos que –como hemos visto, dependiendo del caso- puede resultar justificable perseguir a través de la intervención reguladora y del Derecho prohibitivo en el ámbito de la interacción competitiva entre empresas en los mercados; y, más específicamente, en el de los acuerdos verticales que entre ellas se concluyen para restringir la competencia.

Quiere ello decir que cualquier otro objetivo distinto de los que aquí se han expuesto (señaladamente, la maximización del bienestar social, del excedente agregado, pero también, en algunas ocasiones, la protección de terceros frente a daños y/o determinados objetivos de justicia distributiva y/o de control del poder político de los monopolios) debería quedar fuera de consideración, por no ser capaces de justificar suficientemente una intervención del Derecho público en las interacciones de mercado entre las empresas.

La conclusión posee, me parece, especial relevancia a la hora de analizar el valor que en este ámbito puede o no tener un concepto tan empleado como vago: el de “*competencia desleal*”. En efecto, no es infrecuente encontrarse (en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina) afirmaciones que evocan la idea de “*leal competencia*” como fundamento último de la intervención coercitiva por parte del Estado para regular y prohibir acuerdos entre empresas que restringen la competencia. Ello, en ocasiones, no es sino una manera de intentar expresar (acaso no muy felizmente) que la justificación de la normativa jurídica en materia de competencia obedece a alguno o a varios de los intereses que se han ido examinando ya: así, serían conductas contrarias al deber de “*leal competencia*” aquellas que perjudican el bienestar social, aquellas que causan daño a terceros, etc. La cuestión, sin embargo, resulta mucho más preocupante cuando, como ocurre otras veces, se pretende otorgar a dicho concepto una sustancialidad propia y diferenciada de los objetos de protección que hasta aquí se han analizado: cuando se

entiende que una empresa que, con su conducta restrictiva de la competencia, en nada afecta al excedente agregado, no causa daño a terceros (no, al menos, en sentido jurídico estricto), no perjudica a la justicia distributiva ni crea riesgo político alguno de captura de los reguladores, pese a ello, debe ser sancionada por haber realizado conductas económicamente racionales, pero contrarias a la “lealtad”, “equidad”, etc.

En realidad, la cuestión que se discute es si la interdicción del moralismo como justificación de la intervención coercitiva del Estado en la interacción social (a través del Derecho regulador y del Derecho prohibitivo y sancionador) ha de extenderse también a la gobernanza de los mercados. Pues, de acuerdo con lo visto, allí donde no hay afectación al bienestar social ni daño a terceros (y en ausencia además de razones de justicia distributiva, de protección del sistema político o de los derechos –que no del excedente de los consumidores), no se comprende qué otra razón podría haber para prohibir a una empresa que lleve a cabo una conducta económicamente racional, que aumenta incluso el bienestar social, por más que pueda perjudicar a sus consumidores (sin causar daño en sentido jurídico), que la prohibición de una conducta inmoral.

Así, en efecto, no se comprende por qué razón debería prohibirse a un fabricante  $F$  llegar con uno de sus distribuidores,  $D_1$ , a un acuerdo de distribución exclusiva y precios máximos de venta del producto  $p$  en un determinado mercado  $m$ , aunque ello perjudique a otros distribuidores, y aun los expulse del mercado (porque  $p$  es mejor producto que los – imperfectamente sustitutivos de  $p$ – que ellos venden, y además a un precio más barato), si ello significa un aumento del excedente agregado (ningún consumidor final sufre reducción de su excedente, el coste unitario de producción de  $p$  disminuye significativamente y el excedente apropiado por  $F$  y por  $D_1$  supera con mucho el excedente que  $D_2, \dots, D_n$  pierden como consecuencia) y no existen razones de justicia distributiva ni de riesgo político que hagan peligroso dicho acuerdo. ¿Por qué, por ejemplo, habría que proteger a los distribuidores de coches de alta gama frente a sus competidores más eficientes?

Si esto es así, entonces el concepto de “competencia desleal” debería ser también definido (no de manera lexicográfica, sino) de forma estipulativa: como otro modo –vago de expresar lo que la ciencia económica permite definir de un modo mucho más preciso: principalmente (en ausencia de circunstancias especiales: daño a terceros, problema distributivo, riesgo político), a través de los efectos que la limitación de la entrada de potenciales competidores en el mercado, o la colusión entre empresas que participan (verticalmente) en el mismo mercado, pueda llegar a producir sobre el bienestar social (entendido, en sentido económico estricto, como excedente agregado). Cualquier otra prohibición de conductas restrictivas de la competencia –señaladamente, de restricciones

verticales, las aquí examinadas- carecería en todo caso de una justificación político-criminalmente convincente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, M. D., *Measuring Social Welfare. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- AGHION, P./ BOLTON, P., *Contracts as a Barrier to Entry*. *American Economic Review*, 77, 1987, pp. 388-401.
- AHLERT, D./ SCHEFER, B., *Vertical Price Coordination and Brand Care*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, 2013.
- ARAUJO, M., *Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales*, en J. M. BENEYTO/ J. MAILLO (dtores.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1 (2ª ed.), Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, pp. 393-428.
- ARCHER, M. S., *Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- AREEDA, P./ KAPLOW, L./ EDLIN, A., *Antitrust Analysis (7ª ed.)*, New York, Wolter Kluwer, 2013.
- ARMENTANO, D. T., *Antritrust: The Case for Repeal (2ª ed.)*, Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2007.
- ARROW, K. J./ HAHN, F. H., *General Competitive Analysis*, Amsterdam, North Holland, 1971.
- ARROW, K. J., *Social Choice and Individual Values (2ª ed.)*, New York, London, Sydney, Wiley, 1963.
- ARROW, K. J., *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, *The Journal of Philosophy*, 70, pp. 245-263, 1973.
- ASKER, J. & BAR-ISAAC, H., *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*. NYU Working Paper No. 2451/31609, 2011.
- ASPERS, P., *Markets*, Cambridge/ Malden, Polity, 2011.
- BAIRD, D. G./ GERTNER, R. H./ PICKER, R. C., *Game Theory and the Law*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1994.
- BENEYTO PÉREZ, J. M./ TRONCOSO FERRER, M., *Objetivo, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia*, en BENEYTO, J. M. /MAILLO, J. (dtores.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1 (2ª ed.), Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, pp. 33-58.
- BENNETT, M./ FLETCHER, A./ GIOVANNETTI, E./ STALLIBRASS, D., *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, 33, 2011, pp. 1277-1299.
- BERGSON, A., *A Note on Consumer's Surplus*. *Journal of Economic Literature*, 13, 1975, pp. 38-44.
- BERNHEIM, B. D./ WHINSTON, M. D., *Exclusive Dealing*. *Journal of Political Economy*, 106, 1998, pp. 64-103.
- BOADWAY, R. W./ BRUCE, N., *Welfare Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- BOESCHE, K. V., *Wettbewerbsrecht (5ª ed.)*, Heidelberg, C. F. Müller, 2016.
- BOLTON, P./ DEWATRIPONT, M., *Contract Theory*, Cambridge, London, MIT Press, 2005.
- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D., *The "Foreclosure" Effect of Vertical Mergers*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 147, 1991, pp. 207-226.

- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D., Incomplete Contracts, Vertical Integration, and Supply Assurance. *Review of Economic Studies*, 60, 1993, pp. 121-148.
- BOONE, J. & MÜLLER, W. & SUETENS, S., Naked Exclusion in the Lab: The Case of Sequential Contracting, *Journal of Industrial Economics*, 62, 2014, pp. 137-166.
- BORK, R., Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception. *University Of Chicago Law Review*, 22, 1954, pp. 157-201.
- BORK, R., The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *Yale Law Journal*, 75, 1966, pp. 373-475.
- BORK, R. H., *The Antitrust Paradox* (2ª ed.), New York, Free Press, 1993.
- BOUDREAUX, D. J., Antitrust and competition from a market-process perspective, en ZYWICKI, T./BOETTKE, P. J. (eds.), *Research Handbook on Austrian Law and Economics*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017, pp. 278-295.
- BOWMAN Jr., W. S., Tying Arrangements and the Leverage Problem. *Yale Law Journal*, 67, 1957, pp. 19-36.
- BUCHANAN, J. M., External Diseconomies, Corrective Taxes, and Market Structure, *The American Economic Review*, 59, 1969, pp. 174-177.
- BURT, R. S., *Structural Holes. The Social Structure of Competition*, Cambridge/ London, Harvard University Press, 1995.
- CALISKAN, A./ PORTER, D./ RASSENTI, S./ SMITH, V. L./ WILSON, B. J., Exclusionary Bundling and the Effects of a Competitive Fringe. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163, 2007, pp. 109-132.
- CAMERER, C., Individual Decision Making, en KAGEL, J. H./ROTH, A. E. (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 1995, pp. 587-703.
- CARLTON, D. W./ WALDMAN, M., The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries. *RAND Journal of Economics*, 33, 2002, pp. 194-220.
- COOPER, J. C./ FROEB, L. M./ O'BRIEN, D./ VITA, M. G., Vertical antitrust policy as a problem of inference. *International Journal of Industrial Organization*, 23, 2005, pp. 639-664.
- DE VEGA GARCÍA, P., Neoliberalismo y Estado. *Pensamiento Constitucional*, 4, 1997, pp. 31-36.
- DEAN, M., *Governmentality. Power and Rule in Modern Society* (2ª ed.), London, Thousand Oaks, New Delhi, Singapore: Sage, 2010.
- DELEON, P., The Historical Roots of the Field, en MORAN/REIN/GOODIN (eds.), *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 39-57.
- DIRECTOR, A./ LEVI, E. H., Law and the Future: Trade Regulation, *Northwestern University Law Review*, 51, 1956, pp. 281-296.
- DIXIT, A. K., Economic Governance, en *The New Palgrave Dictionary of Economics* (3ª ed.), London, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 3289-3299.
- EASTERBROOK, F. H., Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, 63, 1984, pp. 1-40.
- EKELUND, R. B., Jr./ HÉBERT, R. F., *A History of Economic Theory & Method* (6ª ed.). Longrove, Waveland, 2014.
- EMMERICH, V./ LANGE, K. W., *Kartellrecht* (14ª ed.), München, C. H. Beck, 2018.
- FAMA, E. F./ JENSEN, M. C., Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 301-325.
- FISCHER, J. M., *Understanding Remedies* (3ª ed.), Durham, Carolina Academic Press, 2014.
- FISKE, A. P., *Structures of Social Life*, New York, London, Free Press, 1991.

- FOUCAULT, M., La “gubernamentalidad”, en FOUCAULT, M., *Estética, ética y hermenéutica*, trad. A. GABILONDO, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 175-198.
- FUDENBERG, D. & TIROLE, J., *Game Theory*, Cambridge/ London, MIT Press, 1991.
- GALINDO MARTÍN, M. A., John Maynard Keynes, en PERDICES DE BLAS (ed.), *Historia del pensamiento económico*, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 451-479.
- GALLINI, N. T./ WINTER, R. A., On Vertical Control in Monopolistic Competition. *International Journal of Industrial Organization*, 1, 1983, pp. 275-286.
- GINTIS, H., *Game Theory Evolving* (2ª ed.). Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2009.
- GIOVANETTI, E./ MAGAZZINI, L., Resale Price Maintenance: An Empirical Analysis of UK Firms' Compliance, *Economic Journal*, 123, 2013, pp. F582-F595.
- GREEN, J. R./ LAFFONT, J.-J., *Incentives in Public Decision-Making*, Amsterdam, North Holland, 1979.
- GUNDLACH, G. T./ CANNON, J. P./ MANNING, K. C., Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice, *The Antitrust Bulletin*, 55, 2010, pp. 381-422.
- HAACK, S., *Theorie des öffentlichen Rechts*, vol. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- HART, O./ TIROLE, J., Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 1990, pp. 205-286.
- HART, O. D., The Market Mechanism as an Incentive Scheme. *The Bell Journal of Economics*, 14, 1983, pp. 366-382.
- HARVEY, D., *El nuevo imperialismo*, trad. J., Mari Madariaga, Madrid, Akal, 2003.
- HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo*, trad. A. Varela Mateos, Madrid, Akal, 2007.
- HAYEK, F. A., The principles of a liberal social order, en HAYEK, F., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1967, pp. 160-177.
- HAYEK, F. A., *La contrarrevolución de la ciencia*, trad. GÓMEZ RUIZ, J., Madrid, Unión Editorial, 2003.
- HINLOOPEN, J./ MÜLLER, W./ NORMANN, H.-T., Output commitment through product bundling: Experimental evidence, *European Economic Review*, 65, 2014, pp. 164-180.
- IPPOLITO, P. M., Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, *Journal of Law & Economics*, 34, 1991, pp. 263-294.
- JEDLICKOVÁ, B., *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions*, Cheltenham, Northampton, 2016, Edward Elgar.
- JEHLE, G. A./ RENY, P. J., *Advanced Microeconomic Theory* (3ª ed.), Harlow, Pearson, 2011.
- JULLIEN, B./ REY, P., Resale Price Maintenance and Collusion, *RAND Journal of Economics* 38, 2007, pp. 983-1001.
- JUST, R. E./ HUETH, D. L./ SCHMITZ, A., *The Welfare Economics of Public Policy*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2004.
- KATZ, M./ ROSEN, H./ MORGAN, W., *Microeconomía intermedia* (2ª ed.), trad. G. Trinidad Deocón., Madrid: McGraw Hill, 2006.
- KELLEY, H. H./ HOLMES, J. G./ KERR, N. L./ REIS, H. T./ RUSBULT, C. E./ Van LANGE, P. A. M., *An Atlas of Interpersonal Situations*, New York, Cambridge University Press, 2003.
- KLEIN, B., Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4, 1988, pp. 199-213.
- KLING, M./ THOMAS, S., *Kartellrecht* (2ª ed.), München, Vahlen, 2016.

- KONINGS, M., Neoliberalism and the State, *Alternate Routes*, 23, 2012, pp. 85-98.
- KOOIMAN, J., Social-Political Governance: Introduction, en KOOIMAN J., (ed.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993, pp. 1-8.
- KOOPER, D. J./ KAGEL, J. H., Other Regarding Preferences, en KAGEL/ ROTH (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, vol. 2 Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2015, pp. 217-289.
- LAFFONT, J.-J./ MARTIMORT, D., *The Theory of Incentives*. Princeton/ Oxford, Princeton University Press, 2002.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J., The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture. *Quarterly Journal of Economics*, 106, 1991, pp. 089-1127.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, London, MIT Press, 1993.
- LAFONTAINE, F./ SLADE, M., Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, en BUCCIROSSI, P. (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, 2008, pp. 391-414.
- LANDEO, C. M. & SPIER, K. E., Naked Exclusion: An Experimental Study of Contracts with Externalities, *American Economic Review*, 99, 2009, pp. 1850-1877.
- LANDEO, C. M., Exclusionary vertical restraints and antitrust, experimental law and economics contributions, en TEITELBAUM/ ZEILER (eds.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics* Cheltenham/ Northampton, Edward Elgar, 2018, pp. 75-100.
- LARENZ, K./ M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9ª ed.), München, C. H. Beck, 2004.
- LEDYARD, J. O., Market failure, en *The New Palgrave Dictionary of Economics* (3ª ed.) London, Palgrave Macmillan, pp. 8246-8251.
- LIPSEY, R. G./ LANCASTER, K., The General Theory of Second Best. *Review of Economic Studies*, 24, 1956, pp. 11-32.
- LUHMANN, N., *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe & B. Erker. Barcelona: Anthropos/ Universidad Iberoamericana/ CEJA, 1998.
- LYNN, B. C., *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*, Hoboken, Wiley, 2010.
- MACCORMICK, D. N., The Obligation of Reparation. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 78, 1977, pp. 175-193.
- MAKIW, N. G./ WHINSTON, M. D., Free entry and social inefficiency. *Rand Journal of Economics*, 17, 1986, pp. 48-58.
- MANN, M., *Las fuentes del poder social*, vol. 1, trad. F. Santos Fontenla. Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- MARVEL, H. P., The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom, *Antitrust Law Journal*, 63, 1994, pp. 59-92.
- MAS-COLELL, A./ WHINSTON, M. D./ GREEN, J. R., *Microeconomic Theory*. Oxford/ New York, Oxford University Press, 1995.
- MATHEWSON, G. F./ WINTER, R. A., An Economic Theory of Vertical Restraints, *RAND Journal of Economics* 15, 1984, 27-38.

- MAZALOV, V., *Mathematical Game Theory and Applications*, Chichester, Wiley, 2014.
- MCAFFEE, R. P./ SCHWARTZ, M., *Opportunism in Multilateral Vertical Contracting, Non Discrimination, Exclusivity and Uniformity*, *American Economic Review*, 84, 1994, 210-230.
- MCGEE, J. S./ BASSETT, L. R., *Vertical Integration Revisited*. *Journal of Law & Economics*, 19, 1976, pp. 17-38.
- MCKENZIE, G. W., *Measuring economic welfare. New Methods*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- MEESE, A. J., *Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation*. *UCLA Law Review*, 45, 1997, pp. 143-204.
- MEESE, A. J., *Property Rights and Intra-brand Restraints*. *Cornell Law Review*, 89, 2004, pp. 553-620.
- MÉNDEZ IBISATE, F., *La escuela de Cambridge: A. Marshall y sus discípulos*, en PERDICES DE BLAS, L. (ed.), *Historia del pensamiento económico*, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 367-408.
- MESTERTON-GIBBONS, M., *An Introduction to Game-Theoretic Modelling* (2ª ed.), Providence, American Mathematical Society, 2001.
- MILLER, P./ ROSE, N., *Governing the Present*, Cambridge, Polity, 2008.
- MOTTA, M., *Competition Policy. Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- MUÑOZ-GARCÍA, F., *Advanced Microeconomic Theory*, Cambridge, MIT Press, 2017.
- MUTHOO, A., *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- MYERSON, R. B., *Optimal coordination mechanisms in generalized principal-agent problems*. *Journal of Mathematical Economics*, 10, 1982, pp. 67-81.
- MYERSON, R. B., *Mechanism Design*, en *The New Palgrave Dictionary of Economics* (3ª ed.), London: Palgrave Macmillan, 2018, pp. 8632-8644.
- NALEBUFF, B., *Bundling as an Entry Barrier*. *Quarterly Journal of Economics*, 119, 2004, pp. 159-187.
- NIELS, G./ JENKINS, H./ KAVANAGH, J., *Economics for Competition Lawyers* (2ª ed.). Oxford, Oxford University Press, 2016.
- NOCKE, V./ WHITE, L., *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*, *American Economic Review*, 97, 2007, pp. 1321-1339.
- NORMANN, H.-T. & SNYDER, C. M., *Vertical Foreclosure in Experimental Markets*. *RAND Journal of Economics*, 32, 2001, pp. 466-496.
- NORMANN, H.-T., *Vertical Mergers, Foreclosure and Raising Rivals' Costs: Experimental Evidence*. *Journal of Industrial Economics*, 59, 2011, pp. 506-527.
- O'BRIEN, D. P./ SCHAFFER, G., *Vertical Control with Bilateral Contracts*. *RAND Journal of Economics*, 23, 1992, 299-308.
- OGATA, K., *Modern Control Theory* (5ª ed.), Upper Saddle River, Prentice Hall.
- OGUS, A., *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Portland, Hart, 2004.
- ORDOVER, J. A./ SALONER, G./ SALOP, S. C., *Equilibrium Vertical Foreclosure*. *American Economic Review*, 80, 1990, pp. 127-142.
- PAPAYANNIS, D. M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid, Marcial Pons, 2014.

- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?, en BAJO FERNÁNDEZ, M./JORGE BARREIRO, A. /SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, pp. 1647-1672.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., La justificación de las leyes penales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, Nuevo Foro Penal, 82, 2014, 33-80.
- PAREJO ALFONSO, L. (dtor.), Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia (6ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PARSONS, T., El sistema social, trad. JIMÉNEZ BLANCO, J./CAZORLA PÉREZ, J., Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- PERLOFF, J. M., Microeconomics (4ª ed.), Harlow, Pearson, 2018.
- PETTIT, P., Justice: Social and Political, en Sobel, D./Vallentyne, P., S. Wall (eds.), Oxford Studies in Political Philosophy, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 9-35.
- PLANT, R., The Neo-Liberal State, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- POSNER, R. A./ EASTERBROOK, F. H., Antitrust. Cases, Economic Notes and Other Materials (2ª ed.). St. Paul, West Publishing, 1981.
- POSNER, R. A., Antitrust Law. An Economic Perspective, Chicago, London, University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, R. A., The Chicago School of Antitrust Analysis. University of Pennsylvania Law Review, 127, 1979, pp. 925-948.
- POSNER, R. A., Antitrust Law (2ª ed.), Chicago/ London, University of Chicago Press, 2001.
- POSNER, R. A., El análisis económico del Derecho, trad. E. L. Suárez (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- RAMOS GOROSTIZA, J. L., Historicismo, institucionalismo y neoinstitucionalismo, en L. PERDICES DE BLAS (ed.), Historia del pensamiento económico, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 423-449.
- RASMUSEN, E. B./ RAMSEYER, J. M./ WILEY, Jr., J. S., Naked Exclusion American Economic Review, 81, 1991, pp. 1137-1145.
- REGLERO CAMPOS, L. F./ PEÑA LÓPEZ, F. Conceptos generales y elementos de delimitación, en REGLERO CAMPOS, L. F. /BUSTO LAGO, J. M. (coords.), Tratado de responsabilidad civil, vol. I (5ª ed.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 66-263.
- REIFF, M. R., Punishment, Compensation, and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- REY, P./ J. STIGLITZ, Vertical Restraints and Producers' Competition, European Economic Review, 32, 1988, 561-568.
- REY, P./ STIGLITZ, J., The role of exclusive territories in producers' competition, RAND Journal of Economics, 26, 1995, pp. 431-451.
- REY, P./ TIROLE, J., Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint, en PELLEGRINI L. / REDDY S. K. (eds.), Marketing Channels Lexington, Lexington Books, 1986, pp. 3-30.
- REY, P./TIROLE, J., The Logic of Vertical Restraints. American Economic Review, 76, 1986, pp. 921-939.
- REY, P./TIROLE, J., A Primer on Foreclosure, en ARMSTRONG M./ PORTER R. (eds.), Handbook of Industrial Organization, vol. III, Amsterdam, North Holland, 2007, pp. 2145-2220.

- REY, P./ VERGÉ, T., Economics of Vertical Restraints, en BUCCIROSSI (ed.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, MIT Press, 2008, pp. 353-390.
- REY, P./ VERGÉ, T., Resale Price Maintenance And Interlocking Relationships. Journal of Industrial Economics, 58, 2010, pp. 928-961.
- RIORDAN, M. H./ SALOP, S. C., Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach. Antitrust Law, 63, 1995, pp. 513-568.
- RIPSTEIN, A., Private Wrongs, Cambridge, London, Harvard University Press, 2016.
- ROTH, A. E., The Economist as Engineer: Game Theory, Experimentation, and Computation as Tools for Design Economics, Econometrica, 70, 2002, pp. 1341-1378.
- SAIKH, A. M./ TONAK, E. A., Measuring the wealth of nations, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C., Raising Rivals' Costs. American Economic Review, 73, 1983, pp. 267-271.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C., Cost-Raising Strategies. Journal of Industrial Economics, 36, 1987, pp. 19-34.
- SAN EMETERIO MARTÍN, N., La Escuela Clásica (I): Adam Smith, en PERDICES DE BLAS, L. (ed.), Historia del pensamiento económico, Madrid, Síntesis, 2003, pp. 105-134.
- SCHERER, F. M., Industrial Market Structure and Economic Performance (2ª ed.), Chicago, Rand McNally College Publishing, 1980.
- SCOTT, C., Standard-Setting in Regulatory Regimes, en BALDWIN/CAVE/LODGE (Eds.), The Oxford Handbook of Regulation, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SEGAL, I., Contracting with Externalities. Quarterly Journal of Economics, 114, 1999, pp. 337-388.
- SEGAL, I. R./WHINSTON, M. D., Exclusive contracts and protection of investments. RAND Journal of Economics, 31, 2000, pp. 603-633.
- SEGAL, I. R./WHINSTON, M. D., Naked Exclusion: Comment, American Economic Review, 90, 2000, pp. 296-309.
- SHAVELL, S., Fundamentos del análisis económico del Derecho, trad. FRANCO, Y. G., Madrid, Ramón Areces, 2004.
- SMITH, A. M., An experimental study of exclusive contracts. International Journal of Industrial Organization, 29, 2011, pp. 4-13.
- STEINER, R., Exclusive Dealing and Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination. Southwestern University Law Review, 33, 2004, pp. 447-476.
- STEINER, R. L., Vertical competition, horizontal competition, and market power. Antitrust Bulletin, 53, 2008, pp. 251-270.
- STIGLER, G. J., Competition, en The New Palgrave Dictionary of Economics (3ª ed.) London: Palgrave Macmillan, 2018, pp. 1930-1938.
- STIGLITZ, J./ SEN, A./ FITOUSSI, J.-P., Mis-Measuring Our Lives, New York/ London, Free Press, 2010.
- STOBER, R., Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht (18ª ed.), Stuttgart, Kohlhammer, 2015.
- SUNDARAM, R. K., A First Course in Optimization Theory, New York, Cambridge University Press, 1996.
- TESLER, L. G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? Journal of Law & Economics, 3, 1960, pp. 86-105.

- TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MIT Press, 1988.
- TOLBERT, P. S./ HALL, R. H., *Organizations. Structures, Processes and Outcomes* (10ª ed.). London, New York, Routledge, 2009.
- VULKAN, N./ ROTH, A. E./ NEEMAN, Z. (eds.), *The Handbook of Market Design*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- WEINRIB, E. J., *La idea de Derecho privado*, trad. E. PAEZ, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- WHINSTON, M. D. Tying, Foreclosure, and Exclusion. *American Economic Review*, 80, 1990, pp. 837-859.
- WHINSTON, M. D., *Lectures on Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press, 2006.
- WILLIAMSON, O., The Economics of Governance, *American Economic Review*, 95, 1-18, 2005.
- WINDHOLZ, E. L., *Governing through Regulation*, London/New York, Routledge, 2018.
- WINTER, R./ MATHEWSON, F., The Law and Economics of Resale Price Maintenance, *Review of Industrial Organization*, 13, 1998, pp. 57-84.
- WINTER, S. G., Satisficing, Selection, and The Innovating Remnant. *The Quarterly Journal of Economics* 85, 1971, pp. 237-261.
- YEUNG, K., The Regulatory State, en BALDWIN/CAVE/LODGE (Eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 64-83.
- ZABCZYK, J., *Mathematical Control Theory. An Introduction*, Boston, Birkhäuser, 1995.
- ZIPURSKY, B. C., Civil Recourse, Not Corrective Justice. *Georgetown Law Journal*, 91, 695-756, 2003.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi**

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
Socio de la FICP.

### **~Delitos de lesa humanidad, aparatos de poder e imputación de autoría: el juzgamiento de las juntas militares en la Argentina\*~**

**Sumario.-** I. Introducción. II. Los días negros para la dignidad de los ciudadanos y el estado de derecho. El comportamiento de la clase política. III. Los hechos. IV. La acusación Fiscal. V. El -no- juzgamiento del delito de rebelión. VI. El reconocimiento de la jurisdicción civil de la jurisdicción militar. VII. El concepto de autoría utilizado y los límites no explicados de la imputación y condena. VIII. Los límites de la imputación vertical, horizontal y temporal: el principio de oportunidad interno. IX. El olvido de las estructuras omisivas posibles. X. El concurso de delitos y una curiosa determinación judicial de la pena. XI. Algunas deudas adicionales de la sentencia. Una mirada amplia sobre la afirmación del autor que domina un aparato de poder

## **I. INTRODUCCIÓN**

En la Argentina, ningún caso judicial ha tenido la relevancia histórica y el prestigio nacional e internacional del que ha gozado la causa 13/1985 de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal que juzgó a los miembros de las respectivas juntas militares que tomaron el poder entre los años 1976 y 1983<sup>1</sup>.

En general la historia ha sido bastante pródiga al momento de adjudicar virtudes a ese juicio y también a su respectiva sentencia.

En este trabajo, a casi 39 años después de esa sentencia y 48 años del trágico golpe de estado cívico-militar que enlutó de manera irreparable al sistema democrático, pretendo pasar por el tamiz ese proceso y utilizar esta sentencia para poder aportar, si fuera el caso, alguna idea o reflexión.

Es posiblemente cierto que, si uno de paraba en el año 1985 y miraba hacia atrás, no había ejemplo parecido en el mundo a ese proceso.

---

\* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024.

<sup>1</sup> La Cámara Federal de Apelaciones sobre la cual recayó la responsabilidad del juzgamiento estuvo integrada por los jueces León Arslanian, Ricardo Gil Lavedra, Jorge Torlasco, Andrés D'Alessio, Guillermo Ledesma y Jorge Valerga Aráoz. El fiscal fue Julio César Strassera, y su adjunto era Luis Gabriel Moreno Ocampo. Dicha Cámara Federal finalmente dictó sentencia por los 709 casos donde fueron condenados Jorge Rafael Videla y Emilio Massera a la pena de reclusión y prisión perpetua respectivamente; Orlando Ramón Agosti a la pena de 4 años y 6 meses; Roberto Eduardo Viola a la pena de 17 años de prisión, y a Armando Lambruschini a la de 4 años y 6 meses. Fueron absueltos Omar Rubens Graffigna, Arturo Lami Dozo, Leopoldo Galtieri y Jorge Anaya.

Sobre todo, comparando procesos parcialmente similares en la historia mundial, hay algunas ventajas para el lado del trámite de la causa 13/1985, pero ello no puede anular la posibilidad de detectar varios de los problemas de los que adolece ese enjuiciamiento.

De un modo u otro el análisis de las virtudes y defectos de esa decisión como hecho institucional debe hacerse sin prescindir del contexto social y político. También es claro que ese análisis seguramente enaltece las bondades del juicio y de su sentencia.

Sin embargo, es un deber del jurista el análisis crítico de decisiones de tanta importancia desde el más puro tamiz normativo y conceptual.

Es por ello por lo que, confesadamente y luego de ciertas referencias, se busca evaluar esa decisión como si hubiera salido a la luz pública hoy mismo. Se pretende valorar esa decisión también sin las atenuantes y agravantes del “contexto”, aunque se verá que es indispensable para comprender los hechos describir someramente el escenario del cual emergió la decisión analizada<sup>2</sup>.

Asimismo, y para que quede claro el límite de este aporte hay que subrayar que no se ocupará, por lo menos con centralidad, ni del camino previo del caso “de las juntas militares” ante el Consejo de las fuerzas armadas para un eventual juzgamiento en el marco del sistema disciplinario del Código de Justicia Militar, ni del proceso de constitución y elección de los integrantes de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal que se ocupó de tramitar ese caso.

Como dijimos ese Juicio en forma total tuvo una importancia histórica indudable y durante décadas fue muy difícil encontrar opiniones críticas, salvo algunas muy valientes voces. Las críticas eran en ese momento y lo han sido casi siempre un “ir contra la corriente”.

Quizá solo Marcelo Sancinetti, en el año 1986, en pleno festejo acrítico de todo lo que rodeó al juicio y a la sentencia de la causa 13/1985, produjo posiblemente el único estudio serio y profundo de los enormes problemas que acompañaron a la decisión. Luego de ello un sector muy valioso del mundo académico sí fue muy contundente a la hora de objetar los nuevos pasos del camino de la impunidad que se reflejaron en las llamadas

---

<sup>2</sup> En buena medida y con la honestidad intelectual que lo caracteriza ese trabajo de análisis crítico de la sentencia fue realizado dos años después por Marcelo Sancinetti. SANCINETTI, M., Análisis crítico del juicio a los excomandantes, en Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial, Lerner, Buenos Aires, 1988, pp. 1. El texto de este capítulo ya había sido publicado en Revista Doctrina Penal, año 10, 1987, nro.37.

leyes de obediencia debida y punto final<sup>3</sup>.

Normalmente, incluso ahora, aunque por lo bajo se escapen algunas observaciones, se cree que es más “lo bueno que lo malo”. Algo así como si ese juicio hubiera estado atrapado por la lógica del estado de necesidad: evitar el mal peor. Debía haber un juicio, alguna condena y todo con inusitada rapidez si se repara en la complejidad del tema. Todo el proceso duró aproximadamente 6 meses.

## II. LOS DÍAS NEGROS PARA LA DIGNIDAD DE LOS CIUDADANOS Y EL ESTADO DE DERECHO. EL COMPORTAMIENTO DE LA CLASE POLÍTICA

A pesar de que, como dijimos, en esta ocasión pretendemos descontextualizar el análisis como base para el desarrollo de algunas de las valoraciones que se expresarán, sería incorrecto no colaborar y repasar omitir algunos extremos de la situación vivida en la República Argentina a mediados de la década de los años 70 del siglo pasado.

Ya antes del fallecimiento del presidente Juan Domingo Perón, el 1/07/1974, el nivel de violencia social e institucional en Argentina era insoportable. A esos años le corresponden el nacimiento de la llamada “triple A”, Asociación Anticomunista Argentina, que había desarrollado con apoyo o desde algunos sectores del gobierno un conjunto muy importante de crímenes políticos.

Con el argumento de combatir la violencia de algunos sectores militantes de la izquierda política, se firman durante el año 1975, es decir todavía durante un gobierno democrático, cuatro decretos de “aniquilar” a la llamada 'subversión'.

La referencia al verbo no es un error ni una calificación caprichosa, el art. 1º, reglaba textualmente que: *“El Comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o **aniquilar** la actividad de los elementos subversivos...”*.

En el diccionario de nuestra lengua la definición de aniquilar, remite a sinónimos como exterminar, arrasar, dinamitar, masacrar, desvastar, destrozarse y destruir. Una nota curiosa surge de ver la acepción del verbo en el contexto de la física: *“Dicho de una*

---

<sup>3</sup> AMBOS, K., Impunidad y derecho penal internacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 278. NINO, C., Juicio al mal absoluto, Ed. Siglo Veintiuno, 2015, Buenos Aires, p. 276.

*partícula elemental. Reaccionar con su antipartícula, de forma que desaparecen ambas (...)*”. La idea de que alguien puede desaparecer es tristemente célebre en la Argentina.

Todos estos decretos fueron suscriptos luego de la muerte del presidente Perón. El primero de ellos lo fue por su esposa en ejercicio del poder ejecutivo, la Sra. Estela Maris Martínez de Perón exclusivamente para las operaciones en la Provincia de Tucumán (“Operativo Independencia”) y los tres siguientes firmados por algunos ministros y por Ítalo Luder, quien estaba a cargo del Poder Ejecutivo.

Hay que decir que al reestablecerse la vida democrática en Argentina en diciembre de 1983 y ya sometidos a juicio los comandantes de las primeras juntas militares, éstos habrían de invocar como legitimación de su accionar la existencia de esos decretos (por ejemplo y particularmente Dec. PEN 261/75 y 2272/75)<sup>4</sup>.

Como se afirmó, esos lamentables tres decretos que nacionalizaron el *aniquilamiento* fueron firmados en el contexto de un gobierno elegido de forma democrática que, paradójicamente, *mutatis mutandis*, era del signo político de la mayoría de las víctimas de la represión militar. Allí estaban las firmas, por ejemplo, de quién como Senador ejercía la Presidencia en ausencia de la expresidenta, Italo Luder, y los conocidos y protagonistas peronistas de la vida democrática y política posterior Antonio Cafiero y Carlos Ruckauf.

Como ya dijimos, esos decretos fueron invocados incluso en el juicio luego por quienes habían conducido una de las épocas más trágicas de nuestro país.<sup>5</sup>

Según cuentan las crónicas periodísticas de la época y algunas investigaciones de mayor alcance, Luder y algunos otros miembros del partido peronista habían tenido un comportamiento muy alejado de los requisitos éticos que iría a exigir la recuperación democrática.

Más allá de haber firmado esas decisiones que han sido el comienzo o los actos preparatorios del desastre humanitario de los años posteriores no es posible eludir la información acerca de que el Almirante Massera habría pedido el apoyo de la ya

---

<sup>4</sup> Para SANCINETTI y FERRANTE ello demuestra que el accionar ilícito del Estado ya había comenzado antes del golpe institucional. SANCINETTI, M./ FERRANTE, M., El derecho penal en la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 100. NINO, C., Juicio, 2015, p. 239 y ss.

<sup>5</sup> VERBITSKY, H., Civiles y militares. Memoria secreta de la transición, Ed. Sudamericana, 2003, p. 25.

expresidenta María Estela Martínez de Perón para lanzarse a una candidatura presidencial con el peronista Antonio Cafiero como compañero de fórmula<sup>6</sup>.

Pero adicionalmente es también llamativo que una vez elegido el dirigente radical Raúl Alfonsín en el año 1983, el flamante presidente le haya ofrecido paradójicamente a Italo Luder la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, honrando justamente, a quien había generado un escenario normativo de lucha contra la subversión cubierto por disposiciones muy nocivas y que para nada respetaban el estado de derecho, más allá de la emergencia de violencia política por la que atravesaba el país.

Estos son solo algunos ejemplos que explican algunas sombras en el proceso de re-dignificación del sistema institucional y político del país. Como mínimo el estándar de preocupación por el juzgamiento de las masivas violaciones a los derechos humanos estaba lejos de poder ser comparado con el de los organismos no gubernamentales como el Cels (centro de estudios legales y sociales), el Medh (movimiento ecuménico por los derechos humanos), la Liga Argentina por los Derechos Humanos, la Asamblea Permanente, las Madres de Plaza de Mayo, entre otros.

### III. LOS HECHOS

El 24/03/1976, las fuerzas armadas de la República Argentina derrocaron de facto a un gobierno democrático e iniciaron la etapa más oscura y trágica de la cual se tenga recuerdo hasta que en el 10/12/1983 se pudo reinstaurar el sistema democrático.

La creación de la llamada CONADEP<sup>7</sup> y el Juicio mismo pudieron dejar a las claras los detalles de un plan absolutamente macabro llevado a cabo por las tres fuerzas armadas: el ejército, la marina y la fuerza aérea.

La excusa fue el combate a la llamada *guerrilla terrorista*.

A partir de la toma del poder se desarrolló un plan criminal en todo el país, coordinado entre las tres fuerzas armadas y las demás instituciones policiales y fuerzas de seguridad que implicó entre otros hechos aberrantes: una enorme cantidad de homicidios agravados por diversas circunstancias, un número sorprendente de

---

<sup>6</sup> LARRAQUY, M., Lopez Rega. La biografía, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pp. 385. No se desconoce el marco histórico político que se vivía también en España y su legislación a posteriori, sobre ello véase DÍAZ y GARCÍA COLLADO, M., Enaltecimiento y justificación del terrorismo y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Breves apuntes para la derogación del artículo 578 CP en LUZÓN PEÑA (director y otros), Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario, BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, 2024, 855-872.

<sup>7</sup> Comisión Nacional por la Desaparición forzada de personas.

privaciones ilegales de la libertad también agravantes, permanente aplicación de tormentos, robos agravados a las víctimas de estos operativos; falsedades ideológicas en instrumentos públicos muchas veces para el desapoderamiento de sus bienes; usurpaciones, reducciones a servidumbre; extorsiones; secuestros extorsivos, supresiones de documentos; sustracciones de menores, aplicación de tormentos seguidas de muerte y encubrimientos.

El establecimiento fidedigno de la identidad y número de las víctimas ha tenido el obstáculo, como ya se mencionó, del nacimiento de un nuevo concepto en el terror de estado: la desaparición forzada de personas. Los cadáveres eran enterrados en fosas comunes o arrojados al mar o al Río de la Plata luego de una inyección de la droga pentotal sódico en el cuerpo de la víctima. Esa dificultad quizá explique que haya nacido una institución de la importancia mundial del Equipo Argentino de Antropología Forense<sup>8</sup>. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) estimó el número de desaparecidos en 8,900. Sin embargo, organismos de derechos humanos posteriormente calcularon que la cifra real era de aproximadamente 30,000.

La propia Cámara Federal de Apelaciones expresó con claridad que el 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y asumieron al Gobierno, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en:

- a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia;
- b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia;
- c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;
- d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral;

---

<sup>8</sup> Nacido en 1984, por impulso de diferentes organismos de derechos humanos a efectos de profundizar técnicas para descubrir la identidad de personas enterradas sin identidad y brindar la información a la justicia y a las familias de las víctimas. Desde 1986, el Equipo ha trabajado en 50 países de Latinoamérica, África, Europa y Asia; en lugares como Bosnia, Angola, Timor Oriental, Polinesia francesa, Croacia, Kurdistán iraquí, Kosovo. Gracias a las Abuelas de Plaza de Mayo y otros organismos, se formó el EAAF con el apoyo de Clyde SNOW un experto de fama mundial en esta actividad.

- e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento;
- f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

Pero esta descripción debe subrayar algunos elementos que se han confirmado en el juicio y que ponen en evidencia la ejecución de un plan que debería haber sido evaluado de modo diverso a *como lo han hecho los jueces* de este importante juicio.

En primer lugar, quienes tomaron el poder por la fuerza decidieron invocar algunas de las disposiciones normativas vigentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando de lado aquellas que impedían ese actuar criminal y clandestino.

Integraba este modelo la garantía de impunidad para los ejecutores (pero, claro, también para los conductores de la junta militar). Por eso es que se buscó que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos ilegales.

Asimismo, se dispuso que se nieguen y oculten los hechos ante las solicitudes del poder judicial, de familiares y gobiernos extranjeros.

Se efectuaron falsas investigaciones sobre lo que ocurría y se intentó persuadir a la opinión pública nacional y extranjera de la supuesta falsedad de las denuncias argumentando que se trataban de campañas armadas por las mismas organizaciones guerrilleras solo para procurar el desprestigio de gobierno.

Se evitó la publicación en la prensa de noticias relativas a desapariciones de personas o hallazgos de cadáveres y se pusieron en funcionamiento centros administrativos para la supuesta búsqueda de personas a sabiendas de su inutilidad.

Quedó claro que los acusados tuvieron el dominio de los hechos debido a que justamente “controlaban la organización que los produjo”. Puede leerse en la sentencia un párrafo muy ilustrativo y que justificaba esperanzas de penas muy altas para todos los

acusados: “(...) los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”.<sup>9</sup>

Para la Cámara, esa suma de factores era imprescindible para la ejecución del plan.

Los jueces recordaron que los acusados “no solo dirigían sus respectivas fuerzas sino también a las de seguridad (...) con lo que no existía autoridad que pudiera controlar eficazmente lo que acontecía”<sup>10</sup>.

Por ello, se llega a la conclusión correcta de que el ejecutor concreto de los hechos “pierde relevancia”, ya que el dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, “(...) (si)...algún subordinado...se resistiera...sería automáticamente reemplazado por otro (...)”, que sí ejecutaría el hecho.<sup>11</sup>

El plan trazado no podía ser frenado o frustrado por la decisión del ejecutor del nivel operativo, ya que él era un “mero engranaje de una gigantesca maquinaria”<sup>12</sup>.

Para los jueces quedaría probado que, en la ejecución de los hechos propios del plan criminal, en algunos operativos, los subordinados cometieron delitos que no formaban parte de las órdenes, pero que eran consecuencias previsibles del plan adoptado.

Esta descripción de los hechos implicaba un conjunto de consecuencias en el plano de las atribuciones a los acusados que luego solo se reflejaron parcialmente y con ciertas debilidades argumentales.

---

<sup>9</sup> Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. También es un problema de las “múltiples manos” en una estructura burocrática, véase en THOMPSON, D., La ética política y el ejercicio de cargos públicos, Gedisa, 1999, Barcelona, pp. 65-66.

<sup>10</sup> Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. También en la doctrina penal se lo denominó “injusto sistémico”, véase LAMPE, E. Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW, 106, 1994, 683-745, p. 695.

<sup>11</sup> Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. Sobre el concepto de “fungibilidad”, véase ROXIN, C. Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú, en: AMBOS/MEINI (eds.), La autoría mediata: el caso Fujimori, (trad. DÓMINE), Ara, Lima, 2014, pp. 99.

<sup>12</sup> Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. Véase los presupuestos de la autoría mediata en ROXIN, C., Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStR, 125/2007, pp. 1 y ss.

#### IV. LA ACUSACIÓN DEL FISCAL

Como ya es conocido la Fiscalía acusó en base a poco más de 700 casos de un primer universo, como ya se afirmó, de alrededor de 8000 casos detectados por la Comisión nacional sobre la desaparición forzada de personas (CONADEP); es decir, ya el trabajo de la Fiscalía, más allá de las aristas positivas, culminó en una acusación que significaba un porcentaje menor al 9 % de los casos identificados.

En su alegato final, el Fiscal concluyó con la siguiente acusación:

a) Jorge Rafael Videla, como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados, 504 privaciones ilegales de la libertad calificada, 254 aplicaciones de tormentos, 94 robos agravados; 180 falsedades ideológicas en instrumentos públicos; 4 usurpaciones, 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; una supresión de documento; 7 sustracciones de menores; 7 aplicaciones de tormentos seguida de muerte, a la pena de reclusión perpetua.

b) Emilio Eduardo Massera como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados; 523 privaciones de la libertad calificada; 267 aplicaciones de tormentos; 102 robos agravados; 201 falsedades ideológicas de documentos públicos; 4 usurpaciones; 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de documento; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte, la pena de reclusión perpetua.

c) Orlando Ramón Agosti, por ser autor penalmente responsable de 88 homicidios calificados; 581 privaciones ilegales de la libertad calificada; 278 aplicaciones de tormentos; 110 robos agravados; 234 falsedades ideológicas en instrumento público; 6 usurpaciones; 27 reducciones a servidumbre; 1 extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de documentos; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte; la pena de reclusión perpetua;

d) Roberto Eduardo Viola, como autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 152 privaciones ilegales de libertad calificada; 49 aplicaciones de tormentos; 17 robos agravados; 105 falsedades ideológicas de documentos públicos; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua;

e) Armando Lambruschini por ser autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 117 privaciones de libertad calificada; 35 aplicaciones de tormentos; 8 robos

agravados; 96 falsedades ideológicas de documentos públicos; una usurpación; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua;

f) Leopoldo Fortunato Galtieri, por ser autor penalmente responsable de 11 privaciones de libertad calificada; 1 aplicación de tormentos, 17 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 8 reducciones a servidumbre, 217 encubrimiento, a la pena de 15 años de prisión.

g) Omar Rubens Graffigna, por ser autor penalmente responsable de 34 privaciones ilegales de la libertad; 15 aplicaciones de tormentos; 67 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 18 reducciones a servidumbre; 172 encubrimientos; y 1 sustracción de menores, a la pena de quince años de prisión.

h) Jorge Isaac Anaya como autor penalmente responsable de 1 privación ilegal calificada; 3 falsedades ideológicas en documento público; una usurpación; una reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de 12 años de prisión.

i) Basilio Lami Dozo por ser autor penalmente responsable de 1 privación ilegal de la libertad calificada; 1 falsedad ideológica de instrumento público; 1 usurpación; 1 reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de diez años de prisión.

Para resumir, el Fiscal solicitó las penas de reclusión perpetua en 5 de los 9 acusados. En dos de los casos, solicitó las penas de 15 años de prisión, y para los dos casos menos graves, solicitó las penas de 12 y 10 años respectivamente.

Las penas aplicadas en la decisión de la condena de la cámara de apelaciones fueron muy distintas y, como se pretende exponer, ese tránsito entre lo pretendido por el Ministerio Público y el resultado final estuvo condicionado, según podemos ver, por algunos errores conceptuales y varias contradicciones que sin duda han sorprendido.

A Jorge R. Videla se le atribuyeron 66 homicidios doblemente calificados por alevosía e intervención de tres o más personas; 4 tormentos seguidos de muerte; 93 tormentos; 306 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; 26 robos. Se resolvió aplicarle la pena de reclusión perpetua.

A Emilio E. Massera, se lo encontró responsable de tres homicidios agravados por alevosía; 12 tormentos; 69 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; y 7 robos, se le aplicó la pena de prisión perpetua.

A Orlando R. Agosti, se lo consideró responsable de 8 tormentos y de 3 robos, se le aplicó una pena de cuatro años y seis meses de prisión.

A Roberto E. Viola, se le determinó responsabilidad en 11 tormentos; 86 privaciones ilegales de libertad y 3 robos, le correspondió una pena privativa de la libertad de 17 años de prisión.

A Armando Lambruschini, se le atribuyeron 35 privaciones ilegales de libertad y de 10 tormentos, le correspondiente en ocho años de prisión.

Y, por último, la sentencia terminó absolviendo a Leopoldo Fortunato Galtieri, Omar Rubens Graffigna, Jorge Isaac Anaya y Basilio Lami Dozo.

## V. EL -NO- JUZGAMIENTO DEL DELITO DE REBELIÓN

Mas allá de que en este aporte pretendemos hacer eje en el problema de la imputación de autoría, coautoría y, en todo caso, de la participación que estuvo en la base de la sentencia, hay que expresar algunas omisiones curiosas.

Nos referimos a la no acusación y condena por el delito de rebelión o sedición. El artículo 226 del código penal argentino (más adelante CP) reprimía al que se “*alzarse en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales*”. Para esa acción, en la norma, se preveía una pena de 3 a 10 años.

Como vemos, el máximo de la pena es muy superior a algunas de las sanciones recibidas por aquellos que, para decirlo con claridad, habían depuesto al Gobierno constitucional.

Esa acción hubiera impedido que se formulara cualquier absolución a quienes se juzgaba. Todos quienes ocuparon la conducción del gobierno de facto eran responsables de haber impedido, “aunque sea temporalmente”, “el libre ejercicio” de las “facultades constitucionales” o la “formación o renovación en los términos y formas legales”. Las razones por las cuales ese delito no formó parte de la acusación y la condena seguramente no tienen sostén ni fáctico ni normativo.

Con razón SANCINETTI afirmó tempranamente que: “*era un proceso por ese delito el que debió haber constituido la verdadera causa por los derechos humanos, por lo que*

*significó finalmente aquel alzamiento militar. Y un juicio por rebelión sí habría podido tramitar sin dificultad en muy poco tiempo, porque la comisión del delito es acreditable en este caso por infinidad de instrumentos públicos emanados de los propios coautores, y habría permitido, por consiguiente, la rápida aplicación de una pena de hasta diez años de prisión; lo suficiente como para tramitar con mayor serenidad el juicio por secuestros, torturas, robos y muertes”<sup>13</sup>.*

Un extremo que parece obvio, pero que hay que resaltar, es que nunca existió, ni antes ni ahora, al menos según la legislación sustantiva vigente, un principio de oportunidad procesal en el ámbito de la legislación argentina. Por ejemplo, el § 153 de la ordenanza procesal penal alemana (StPO) establece que la fiscalía puede prescindir de la persecución en asuntos de poca importancia y si no hay interés público. Del mismo modo, aunque con aprobación del Tribunal, el Fiscal puede prescindir de esa persecución en casos que el acusado brinde algún tipo de reparación (§ 153 a StPO) y también sucede algo similar en hechos cometidos en el extranjero (§ 153 c StPO), o que existan motivos políticos para la no persecución (grave desventaja para Alemania) -§153 d StPO-, y en hechos de arrepentimiento activo en algunos casos (§ 153 e StPO), o de hechos punibles accesorios no esenciales (§ 154 StPO)<sup>14</sup>.

Las normas mencionadas han generado debate en la ciencia alemana. Según VOLK: *“No se trata de excepciones dudosas al ‘sublime’ principio de legalidad que permitirían a la Fiscalía ejercer una discrecionalidad y decidir los casos de una u otra forma según la conveniencia. Teniendo en cuenta los escasos recursos, la fiscalía no puede perseguir cada sospecha de un delito con la misma intensidad. Es legítimo establecer puntos centrales (...) el principio de oportunidad permite a la fiscalía tomar una decisión jurídica que la ayuda a concentrarse en lo relevante (...)”<sup>1516</sup>.*

Aunque el mismo VOLK más adelante afirma: *“El principio de oportunidad, concebido como una excepción al principio de legalidad, se ha transformado hace tiempo en un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la*

---

<sup>13</sup> SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 18.

<sup>14</sup> GOMEZ COLOMER, J., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 330.

<sup>15</sup> VOLK, K., Curso fundamental. Ordenanza procesal penal alemana, trad. de la 7ma edición alemana por A. Nanzer, Noelia Núñez, Daniel Pastor y Eugenio Sarabayrouse, 2016, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 182.

<sup>16</sup> Véase a favor COSACOV, G., El mito de la no impunidad, Centro de investigaciones jurídicas y sociales, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988.

*práctica. Este principio permite a las autoridades a cargo de la persecución establecer los puntos centrales de la lucha contra el crimen*<sup>17</sup>.

ROXIN/SCHÜNEMANN afirman que solo en cuatro grupos de casos opera la excepción al principio de legalidad procesal. Aquellos cuatros casos son el interés insignificante, interés sustituible, interés disminuido y el interés privatizado. Aunque estos autores mantienen una postura crítica para algunos supuestos<sup>18</sup>.

En cualquier caso, esa posibilidad era en el derecho penal argentino absolutamente *contra legem*. Obviamente esa limitación no era solo aplicable al problema del delito de rebelión sino a todo un proceso penal que en la reducción de lo imputable no ha tenido límites a su discrecionalidad.

## **VI. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR**

El gobierno democrático buscó inicialmente el camino del auto juzgamiento de las fuerzas armadas. Por eso mismo se genera el decreto 158/83 en el que se mandaba a instruir el caso ante el Consejo Supremo de esas Fuerzas. La propia indolencia de esa corporación fue el antecedente procesal del juicio mismo. Pero todo esto anunciaba un ir y venir que iría a quitar solidez al tratamiento jurídico.

Lo dudoso de todo el trámite queda patente en la preocupación que emana de la sentencia, con pretensiones de un relevamiento académico quizá un poco excesivas (y muchas veces desarrollando caminos incorrectos), por definir en primer lugar que los hechos correspondían a la jurisdicción militar y, por eso mismo, los jueces remitieron el análisis al artículo 514 del Código de Justicia militar (CJM), norma según la cual cada vez que se cometa un delito por la ejecución de una “orden de servicio” el único responsable será el superior de quien emanó dicha orden en el carácter de autor, y, en todo caso, el inferior solo será considerado como partícipe si se hubiera excedido en el cumplimiento de lo ordenado.

Una vez dejado mencionada aquella regulación normativa del CJM, la Cámara Federal de Apelaciones interpretaba que se “*adopta un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar*”. Siguiendo aquel

---

<sup>17</sup> VOLK, K., Curso, 2016, p. 254.

<sup>18</sup> ROXIN, C./SCHÜNEMANN, B., Derecho procesal penal, trad. Amoretti y Rolón, Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 160.

criterio material del CJM, dicha Cámara sostiene que: “*la norma (...) no ha recibido objeción constitucional alguna, consagra legislativamente un supuesto de autoría mediata*”.

De modo tal, los magistrados de la Cámara suponen “*(...) enrolarse en el criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación*”. Sosteniendo que: *la doctrina está en general de acuerdo con asignar el nombre de "autor mediato" al que se vale de persona para ejecutar la acción típica*”.

Más allá de algunas consecuencias obtenidas de esa decisión que pueden parecer derivaciones razonables de la legislación vigente, todavía hay que explicar las razones por las cuales pueden ser consideradas *ordenes de servicio* aquellas que mandaban a realizar crímenes contra la humanidad.

Es difícil encontrar razones que justifiquen que delitos de tal gravedad cometidos por las fuerzas armadas que tomaron el poder de facto mediante el delito primigenio de sedición, debieran ser juzgados bajo el sistema y la jurisdicción militar. Tal vez esta decisión se relacione con la necesidad 'política' de destacar el deber de obediencia de los subordinados y asegurar las penas leves para los líderes de la represión.

## **VII. EL CONCEPTO DE AUTORÍA UTILIZADO Y LOS LÍMITES NO EXPLICADOS DE LA IMPUTACIÓN Y CONDENA**

Como vimos, la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones se hace cargo del problema que estaba en la base del caso y que generó debates antes y después de la condena.

¿De qué modo se puede considerar autor a quien no ha ejecutado en forma directa las acciones que se definen como ilícito, pero que de algún modo ha dominado el funcionamiento de un aparato de poder desarrollado en plena ilegalidad y que ha producido delitos de gravedad calificados como de lesa humanidad?<sup>19</sup>

Hay que subrayar como un punto a favor de esta importante decisión el hecho de que es la siguiente: los jueces reconocieron en un caso de enorme relevancia que era factible imputar autoría a un autor de escritorio en casos en los cuales el ejecutor también

---

<sup>19</sup> Sobre este tema he reflexionado en RUSCONI, M., La imputación de autoría y sus límites a la luz de las necesidades de la moderna política criminal de protección de los derechos humanos, en M-Divito, Antonini, Testimonio de Derecho penal. Homenaje a Andrés José D' Alessio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 157. Sin embargo, luego de tantos años, es muy factible que ni mis preguntas ni mis conclusiones sean similares.

podía ser imputado y no era visible ninguna eximente que pudiera justificar el traslado de la imputación del ejecutor de propia mano al ámbito de quien dominaba la estructura de poder<sup>20</sup>.

En el caso que se juzgó en la Argentina se daban los criterios que la doctrina dominante parece exigir para la aplicación del concepto de autoría por dominio subjetivo de un aparato de poder: una estructura organizada jerárquicamente, dominada por el hombre de atrás, que a raíz de esa conducción el organismo se haya apartado en forma absoluta del ordenamiento jurídico y que el ejecutor aparezca meramente como una pieza intercambiable en el engranaje del aparato de poder, y eventualmente que tiene que detentar una predisposición alta y vinculable con la organización<sup>21</sup>.

Como sabemos, ya en los comienzos ROXIN formuló diversas posibilidades teóricas de la autoría mediata: la última y más cercana a la problemática que analizamos en este caso se relaciona con el funcionamiento de los aparatos de poder estatales organizados.

La responsabilidad del autor que emite una orden ilegítima desde su escritorio no puede fundamentarse en el dominio a través de la falta de punibilidad del autor inmediato, ya que el ejecutor es perfectamente punible. Es por ello por lo que la responsabilidad del autor mediato debe buscarse en un argumento propio del funcionamiento de estas grandes estructuras: *la fungibilidad del instrumento, por ejemplo*. Más allá del contacto físico con el ejecutor o de la posibilidad de la decisión final de ejecución en manos del autor inmediato, es claro que el dominio del hecho se basa en la estructura misma del organismo que asegura de manera inevitable que la orden se cumplirá<sup>22</sup>.

Justamente esta sentencia es aquella en la que se produce el ingreso un tanto confuso de esta categoría conceptual. En la denominada causa 13/85, el problema de la fundamentación de autoría era uno de los ejes del juzgamiento a los “excomandantes” que detentaron el poder político de facto durante la dictadura militar.

En forma correcta, la Fiscalía se hizo las siguientes preguntas: “¿quién es el autor de un hecho delictivo que se comete mediante la utilización de un aparato de poder?”

---

<sup>20</sup> ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, t. II, trad. Luzón Peña (direc.), Civitas, 2014, § 25, pp. 105; HILGENDORF/VALERIUS, Derecho Penal. Parte General. Trad. Dias y Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 182.

<sup>21</sup> WESSELS/WERNER/SATZGER, Derecho penal. Parte General. El delito y su estructura, trad. de la edición alemana por Arana, Lima, 2018, p. 379.

<sup>22</sup> STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte General. Hecho punible, Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 242. ROXIN, C. en AMBOS/MEINI (eds.), La autoría mediata, 2014, p. 99.

*¿puede ser considerado autor de los hechos delictivos cometidos en el seno de un aparato organizado de poder el que dirige esa estructura de poder, aunque no haya participado materialmente en la ejecución de los hechos?”.*

Y continua el fiscal indagando: “*El que dirige un aparato organizado de poder ¿domina los hechos delictivos? ¿Es dueño de la situación delictiva, a pesar de no intervenir personalmente en la realización de ésta?*”<sup>23</sup>

Culminaba la explicación en este punto afirmando el Fiscal que: “*Si la respuesta a este interrogante es, como creo, afirmativa, se podrá sostener que el llamado autor de escritorio domina los hechos que realiza el aparato de poder que dirige; esto es que sobre determina la causalidad que conduce a todos y a cada uno de los hechos ilícitos realizados por ese aparato de poder. Y de modo ya un poco más preciso, afirma: “esa respuesta apareja consecuencias distintas de las que produciría si a idéntico interrogante se respondiera diciendo que se trata de instigadores y no de autores (...) la afirmación de que son autores lleva a sostener que el comienzo de ejecución tiene lugar en el momento en que se dan las órdenes ilegales (...).*

*En estas organizaciones -sigue diciendo el Fiscal- existe una estructura objetiva suficiente, que justifica el traslado o remisión del carácter de autor a quien da las órdenes sin restarlo del ejecutor inmediato...el aparato se presenta objetivamente como el fundamento de la extensión de la categoría de autor a quien se encuentra en la cúspide de la estructura”*<sup>24</sup>.

Para algunos la explicación y fundamentación de la autoría mediata en estos casos requiere la utilización de la figura del dominio por organización. Pero se ha dicho que: “*ello más que dar una respuesta significa el planteo del problema: todavía queda por ver cuáles son aquellas características de organización que posibilitan el funcionamiento racional de este sistema de imputación*”<sup>25</sup>.

Lo que en general podría ser un problema, en verdad, en esta causal no lo era: el gobierno *de facto* reflejó una organización que había adquirido de modo puntilloso todas las características necesarias para el montaje de un plan sistemático de producción de

---

<sup>23</sup> Véase la acusación de los Fiscales STRASSERA y MORENO OCAMPO. Acerca del concepto de autoría mediata formulado del mismo modo en RENGIER, R. Strafrecht. Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 2020, § 38, p. 398.

<sup>24</sup> STRASSERA/ MORENO OCAMPO.

<sup>25</sup> AMBOS, K, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 32.

delitos de extrema gravedad que no dependían, por lo menos en gran parte del desarrollo, de ninguna decisión de persona particular en los niveles operativos: el plan estructural era todo lo necesario. La dictadura argentina, como exploraremos, puso en funcionamiento lo que teóricamente había descrito Roxin trece años antes o había sucedido en Europa central entre fines de la década de los años 30 del siglo pasado y mediados de los años 40.

Aun así, el traslado del concepto a la jurisprudencia argentina que debía juzgar estos hechos no fue sencillo a partir de esta sentencia en el largo camino que se desarrolló en las últimas décadas. No será materia de análisis aquí, pero la posibilidad de imputación a los que integraban la cúpula osciló entre autoría mediata, coautoría y complicidad necesaria (primaria)<sup>26</sup>.

El trabajo de la Fiscalía, en este punto como muchos otros, fue muy superior al que desarrolló la Cámara.

La acusación del Fiscal menciona los casos correctamente de Stachinskij y Eichmann que habían sido situaciones inspiradoras en el planteo de ROXIN. En relación con este último se dijo: *Aquí no se trataba ya de la realización de un delito individualmente considerado, sino de una serie numerosa de delitos, en alguna medida similares a los que están bajo juzgamiento antes estos estrados...fue considerado autor el sujeto enjuiciado, no obstante ser ajeno a la realización material de algún acto de los descriptos en el tipo delictivo.*

La fiscalía y quizá también el Tribunal pudieron comprender que se trataba de un modelo de imputación a la cuenta del autor que se desconectaba por completo de cualquier exigencia causal como la cercanía física con el comportamiento del ejecutor.

Incluso es posible pensar hoy que cuanto más lejos en la cadena de mandos se ubica el que da la orden del hecho mismo o domina el aparato de poder para su ejecución masivas de ese tipo de hechos, en mayor medida se consolida la imputación a título de autor mediato.

Ahora bien, la Cámara continuó su análisis con afirmaciones que analizadas a la luz de sus conclusiones punitivas no pueden menos que sorprender.

---

<sup>26</sup> BACIGALUPO, E., Dominio del hecho, autoría mediata y derecho penal internacional, en Anuario de Derecho Penal, 2011, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 36.

Los jueces sostuvieron que: *“Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituían la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En esas condiciones, es presumible que muchos subordinados puedan alegar en su favor la eximente de obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron”*.

En este punto, en un *obiter dictum* llamativo, los jueces ya sientan posición tranquilizadora para los ejecutores sometidos a proceso en el futuro. La dualidad 'obediencia debida o un error invencible' sugiere que la primera opera en el ámbito de la justificación de modo distinto de lo que sucede con los casos de error sobre la antijuricidad o justificación que, como sabemos, desarrollarían sus efectos normalmente en el ámbito de la culpabilidad.

No podemos ocuparnos aquí en profundidad de este problema, pero la visión de los jueces es factible que hubiera implicado una concepción errada. Es que quizá la obediencia debida o jerárquica, como eximente, no implique otra cosa que una forma de tratamiento específico -por razones de las limitadas capacidades de revisión de la legitimidad de la orden por parte del receptor -un militar- de un error de prohibición que en condiciones normales -para un receptor civil- sería evitable y que en una especie de “parte especial” del juicio de evitabilidad se transforma en inevitable “ministerio legis”. Es por ello por lo que en este tipo de delitos denominados de “lesa humanidad” no hay posibilidades de que el ejecutor pueda ampararse en esa eximente. Se trata, en un organismo militar o militarizado, fuertemente vertical, de ordenes ilícitas (si fueran lícitas no hace falta convocar a la obediencia debida o jerárquica), que no son manifiestamente ilícitas (si fueran manifiestamente ilícitas su ejecución salvo casos muy exóticos siempre es un ilícito), que producen un error sobre su legitimidad (si no hubiera un error y el autor subordinado la ejecuta con conciencia perfecta de la antijuricidad -por ejemplo porque tiene una formación cultural o jurídica por encima de la media que posee la tropa- hay culpabilidad), y que ese error es evitable (si fuera inevitable nuevamente no es necesario convocar a esta eximente ya que el caso podría ser resuelto con las reglas usuales del error de prohibición). En condiciones normales, para un individuo del mundo civil ello implica una pena reducida (dependiendo de la teoría del error de la cual partamos), pero en verdad sería inequitativo para el integrante de una fuerza militar: él no posee en un aparato de

esa naturaleza las mismas chances, ni tiempo, ni autoridad, ni información como para gozar de un escenario razonable de verificación de la legitimidad de la orden. Lo correcto es que en estos casos la eximente opere como un tratamiento específico y más indulgente del juicio de evitabilidad del error.

Pero, en todo caso, no había ninguna razón para ocuparse de esta eximente en este proceso cuando no se estaba juzgando a los que recibieron la orden, sino más bien a quienes emitieron aquella. Insólitamente los jueces expresaban de este modo un “ponerle el hombro”, pero a la defensa, algo que luego siempre se ha extrañado en las defensas posteriores de casos más usuales.

Toda la decisión transmite la idea de ir navegando por aguas políticamente aceptables, ¡algo que es, justamente, inaceptable!

Los jueces continuaron afirmando que el hecho de que algunos ejecutaron sin miramientos hechos atroces demostraba que existieron subordinados que no serían alcanzados por la eximente de obediencia debida. Esto, para los jueces, los obligaba a la pregunta sobre la responsabilidad a través de la categoría de autoría mediata para quienes dieron las órdenes, o si en su defecto el camino correcto era la imputación de instigación.

Según la Cámara para determinar la imputación de los acusados carece de importancia el definir la eventual responsabilidad de los ejecutores, ya que aquellos mantuvieron siempre el dominio y deben responder como autores mediatos. Esta afirmación, de un modo u otro, es sin dudas relevante porque establece que la atribución del autor de atrás se funda en razones independientes de las que están en la base de la imputación de los ejecutores. Aunque, como veremos, este camino no ha sido claro.

Los jueces, siguiendo la tesis de ZAFFARONI, afirmaron que “...*los antecedentes reseñados resultan elocuentes en demostrar que la expresión determinar a otro del art. 45 del CP tiene un alcance más vasto que la mera instigación*”<sup>27</sup>; y que resulta un sustento dogmático mucho más firme de la autoría mediata que la primera parte del art. 45 del CP.

Esta referencia, como algunas otras, merece ser discutida, ya que el “determinar a otro” parece remitir a una relación entre emisor de la determinación y receptor de ese aporte que, justamente, se encuentra desdibujado en los modelos de autoría por dominio subjetivo no de “otro”, no de “una persona”, sino de un aparato de poder.

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, R., Tratado de Derecho Penal, T. IV., Ediar, Bs. As., 1982, p. 296.

Adelanto que la conclusión de este trabajo pretende demostrar que el modelo de imputación de autoría y participación utilizado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ha sido bastante errático en casi todas sus aristas y ello más allá de lo que se pueda opinar sobre las ventajas o desventajas de la importante herramienta técnica propuesta por ROXIN. Aquí no se pretende ingresar en ese trayecto ya recorrido con argumentos y debates muy serios, sino que se toma como punto de partida el hecho claro de que los jueces en este caso, por lo menos desde la formulación, abrazaron ese modelo y a partir de allí evaluar la corrección técnica con la cual se desarrollaron tanto los fundamentos de la decisión como la derivación de sus consecuencias.

Obviamente para arribar a este desarrollo uno siempre se beneficia de la templanza y perspectiva que brinda el paso del tiempo y de la necesidad de prescindir del impacto externo (considerado por muchos como enormemente positivo) de esas decisiones en la conciencia cívica de la mayoría de los ciudadanos.

### **VIII. LOS LÍMITES DE LA IMPUTACIÓN VERTICAL, HORIZONTAL Y TEMPORAL: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD INTERNO**

Como vemos, la sentencia reconoce algunos puntos relevantes que, sin embargo, no han producido las consecuencias correctas en el sistema de imputación sobre el que se estructuró el juicio.

En la decisión se describe, por ejemplo, que: las operaciones ilegales contaban frecuentemente con un aviso a la autoridad de la zona para generar un “área libre”, asegurando de este modo que no haya ninguna interferencia ante la eventualidad de que pudiera ser reclamada para intervenir.

Los secuestros ocurrían de noche, con saqueo de las viviendas en el domicilio de las víctimas, quienes eran llevadas de inmediato a unidades militares o policiales distribuidas por todo el país y cuya existencia era ocultada al conocimiento público y los secuestrados eran interrogados en la mayoría de los casos bajo tormentos utilizando métodos de tortura similares.

Este accionar generó avisos que confirmaban el conocimiento de los hechos como el gran número de presentaciones de *habeas corpus* que fueron rechazados debido a que en general las autoridades militares generalmente negaron la detención de los beneficiarios o se proporcionaban informes evasivos y reticentes. En este sentido se

destacan las reuniones frecuentes de la Conferencia Episcopal Argentina con los miembros de la Junta Militar.

A pesar de que los jueces reconocen que se consolidó un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas y que “*la junta militar se erigió desde el 24 de marzo de 1976, como el máximo órgano político del Estado*”, definieron que todo ello no era suficiente para fundar la imputación a la junta (es decir, la conjunción de las tres fuerzas en sí misma considerada). Esa limitación debe ser objetada ya que, como el propio fiscal lo reconoció, el 28/04/1983 la Junta emitió lo que se llamó como “documento final” en el que se aprobaron en su totalidad los planes llevados a cabo contra la guerrilla. No se trató de un dolo *sub sequens* sino de la admisión o certificación de que durante el gobierno militar hubo en la cúpula del poder un conocimiento conjunto de los planes ejecutados y de sus consecuencias.

Para los jueces el documento, sin embargo, no demuestra que la junta militar fuera quien se encargó de comandar las acciones. Del mismo modo opinaron que la existencia de normas que otorguen facultades no implica que ellas hayan sido ejercidas y que la mutua colaboración entre fuerzas tampoco certifica la intervención de un ente superior.

Por todo ello, concluyeron que la idea de una responsabilidad global de las diferentes juntas militares: “*no encuentra sustento en la prueba incorporada al expediente (...). Descartado como quedó que los hechos delictuosos respondieran a órdenes emanadas de la Junta Militar o perpetradas con su asentimiento, la atribución de aquellos se hará en consideración al desempeño de la comandancia en jefe del arma cuya intervención se prueba en la comisión del injusto*”.

Como se advierte, la sentencia instala de modo arbitrario la exigencia de una actuación formal de la llamada “Junta militar” como un órgano superior. Lo correcto en cambio era formular la pregunta de los requisitos de no para semejante ente ideal, sino para sus integrantes, como personas físicas, en cada configuración de las diferentes conducciones del aparato de poder. No se trata de “la Junta” sino de las personas que como sujetos activos u omisivos actuaban en ese nivel.

Un modelo de atribución que tempranamente SANCINETTI analizó bajo los criterios de responsabilidad horizontal, vertical y temporal<sup>28</sup>: se trata de “*qué responsabilidad les*

---

<sup>28</sup> SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26.

*correspondía a los jefes de cada fuerza, respecto de los hechos cometidos por las otras fuerzas”<sup>29</sup>.*

Es muy razonable pensar que, más allá de algunos detalles en la fundamentación de la acusación, la idea de la Fiscalía en el sentido que cada jefe que, hacia abajo, era autor mediato por dominio del aparato de poder respecto a los hechos de su fuerza, también era coautor con los otros jefes respecto a hechos ajenos a su fuerza tenía todo el sustento.

Para SANCINETTI, en cambio (aunque la diferencia es menor), *“se trataba de una complicidad necesaria -porque ninguna fuerza habría actuado sin el acuerdo de las otras dos, para él la imputación alternativa por complicidad necesaria que también efectuó el fiscal era la correcta, producía, en las altas esferas del mando, idénticos efectos”*.

Es posible pensar, sin embargo, que teniendo en cuenta que la autoría por dominio de la voluntad de un aparato de poder no requiere demostrar el aporte en cada acto lesivo individual o, mejor dicho, que el aporte ya es la propia conducción del aparato pudo y debió haberse visto una coautoría en el máximo nivel administrativo para esa conducción. En términos más bien clásicos y en la concepción más restrictiva del concepto de coautoría: hubo un plan común, un dolo compartido y una división de funciones en el ámbito de la ejecución de ese dominio.

Respecto de los efectos de ambos puntos de partida, en los hechos, es posible que, en estos niveles, la imputación de coautoría hubiera implicado triplicar la posibilidad de círculos concéntricos para la atribución de participación necesaria o no necesaria respecto de cada coautor, aunque ello puede ser discutido. Considerar a los jefes de fuerzas solo cómplices de la autoría por hechos de otra fuerza podría haber limitado, aunque es difícil afirmarlo con certeza, el universo de posibles responsables. Sin embargo, esto no era un problema en este proceso en sí mismo. De un modo u otro la máxima expresividad limitadora del modelo de fundamentación de la Cámara transformó a este debate en puros detalles.

Por, todo ello, quizá no daba lo mismo considerar a los comandantes de cada fuerza como partícipes en los hechos dominados por el autor de escritorio de las otras fuerzas,

---

<sup>29</sup> SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26. Se responsabiliza por la “acción” de los jefes de cada fuerza, véase la vigencia de la relevancia del concepto de “acción” en la teoría del delito, según ROXIN/GRECO, Strafrecht Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 2020, § 8, 43d, p. 353.

que considerarlos como coautores que, a su vez, podrían ser instigados y recibir el aporte de partícipes.

En todo caso no son visibles las razones por las cuales la Cámara de Apelaciones, consideró “*absolutamente ajenos a la responsabilidad de cada comandante, los hechos cometidos por cada uno de los otros colegas de mando*”. Lo que luego se denominó *responsabilidad por fuerzas*, concepto contrario a la *responsabilidad por juntas*<sup>30</sup>.

Cada comandante era autor por dominio del aparato de poder, por así decirlo, “hacia abajo” en la conducción de su fuerza y era coautor (o en todo caso partícipe necesario) de los hechos cometidos por los otros comandantes en la conducción de sus respectivas fuerzas en términos horizontales.

Posiblemente el co-dominio entre los tres comandantes de cada período residía ya en la conducción misma de ese aparato de poder. En ese nivel nadie era en verdad totalmente autosuficiente desde esta perspectiva. De otro modo pareciera que la atribución de autoría continúa vinculada a la conexión individual de cada curso lesivo.

Todo dependerá de en qué lugar u espacio temporal se define el principio de ejecución: o bien en la definición global de todo el plan, o bien en la puesta en funcionamiento de cada fuerza.

En todo caso, ya con todos los elementos mencionados en la misma sentencia era insostenible generar impunidad en la conexión horizontal de atribución.

Como en muchos otros extremos, los camaristas no asumieron las consecuencias racionalmente de optar por el modelo de autoría por dominio del aparato de poder, sino que a la hora de limitar la imputación pareció que se sometían a la influencia de los modelos de dominio más tradicionales (sobre el curso lesivo en forma concreta e individual).

A pesar de que posiblemente la propuesta de ROXIN ha estado muy influida por la mera atribución de hechos de subordinados a la cuenta del autor de dominio subjetivo del aparato de poder y que por ello mismo quizá todavía hay problemas para seguir analizando sobre las consecuencias ulteriores de la importante idea de autoría en estos escenarios vinculadas a algunas alternativas de imputación entre “jerarcas” o “autores de escritorio”, *no hay razones para bloquear la atribución recíproca en ese camino*

---

<sup>30</sup> SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26.

*horizontal*: en muchas ocasiones, ese dominio del aparato de poder es justamente colegiado y posibilita una responsabilidad por coautoría.

En el supuesto que se juzgaba en la causa 13/1985 era evidente que entre quienes dominaban la conducción de cada una de las fuerzas armadas había un plan que sostenía un co-dominio sobre la totalidad de hechos ilícitos de gravedad. Mas allá de que en cada fuerza, desde el punto de vista activo y en el nivel operativo, hubiera procesos ejecutivos que se expresaban con independencia.

Que las fuerzas hubieran dividido el territorio nacional para determinar las zonas de influencia prioritaria, por ejemplo, era mucho más un indicador claro de ese plan conjunto que una expresión de limitación de incumbencias jurídicas y administrativas.

Pero la otra limitación no fue menos cuestionable.

Se trató de una limitación bajo una lectura temporal. Por razones que no encuentran ningún fundamento solo se imputaron los hechos en la medida que los comandantes hubieran estado en la conducción de cada fuerza al momento de que ese ilícito haya sucedido.

Se ha tratado de transformar *contra legem* a todos los tipos penales en especiales propios con una calidad que no era exigida en la ley.

Esto es incorrecto aún sin admitir la figura de la coautoría sucesiva para hechos anteriores, ya que se dejaron de lado situaciones indiscutibles como las que implicaron la participación de quienes luego fueron jefes de su fuerza en hechos atribuibles al jefe anterior, pero respecto de los cuales colaboraron como partícipes necesarios (quizá también en carácter de coautores) desde altos cargos en la estructura del órgano de poder.

En sistemas jerarquizados y de carreras tan formales y rígidas era y es evidente que ello sucedió en casi todos los casos. Si el teniente general Viola ocupó un alto cargo durante la Jefatura de Videla y desde ese lugar pudo prestar una colaboración necesaria o incluso haber sido coautor en los términos tradicionales, no había razón para no incluir la atribución de esos actos<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> “La consecuencia práctica más notoria derivada de este punto de vista era la injustificada atenuación o exculpación de la responsabilidad de los miembros de la segunda y tercera junta, a pesar de que sus integrantes habían tenido, por su alta posición en cada arma, una participación decisiva en el plan conjunto, y, por lo tanto, en todas sus fases de ejecución ya desde la época de la primera junta”, SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 36. Una descripción también sobre ello, véase en NINO, C. Juicio, 2015, p. 164.

Ello redundó en una irracional atenuación de la pena de la segunda y tercera junta respecto de la primera.

## IX. EL OLVIDO DE LAS ESTRUCTURAS OMISIVAS POSIBLES

Pero aún si se creyera que no existieron razones para pensar en una atribución en el modelo de las estructuras comisivas, no se entiende cómo no se observó que un sistema que, como mínimo, desde las más altas estructuras de poder, se garantizaban “zonas liberadas”, lo cual era evidente y conocido por propios y extraños, para decirlo en forma vulgar, deja las cosas muy claras para la atribución de los hechos a las fuerzas que no ejecutaban operativos de “su jurisdicción” en base a lo normado en el art. 106 del Código penal<sup>32</sup>.

Dicho ello, ¿cuál es la razón por la cual estaba bloqueada la atribución por el delito de abandono de persona?

En verdad, hay que decir que la Fiscalía, sin referirse al delito de abandono de persona y con una línea argumental un tanto confusa, acusó de modo subsidiario por la forma omisiva. Según el Fiscal MORENO OCAMPO: “*Aun cuando ellos -los acusados- no hubieran dado órdenes criminales, aun cuando los tormentos, las torturas y las muertes hubieran sido cometidas por oficiales y tropas que no estaban obedeciendo a sus mandos, aun de aceptarse esta postura hipócrita (...) son penalmente responsables; ello es así porque, en determinadas circunstancias, omitir, no actuar, constituye un delito*”<sup>33</sup>.

Obviamente el fiscal se refería a la estructura de la comisión por omisión. La acusación dejó establecido que hubo una evidente situación de peligro que determinaba la obligación de actuar, no se realizó la acción mandada y no cabía ninguna duda que los jefes de esas estructuras tenían capacidad o poder para realizar la acción debida.

Adicionalmente los acusados, como fue demostrado, conocían la situación de peligro y el curso salvador era inminente.

---

<sup>32</sup> El delito del abandono de personas en el art. 106 del código penal argentino: “*El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión*”.

<sup>33</sup> NINO, C., Juicio, 2015, p. 160; FONTEVECCHIA, J. (Direc.), El libro del diario del Juicio, Ed. Perfil, Buenos Aires, 1985, p. 268.

Por último, los jefes de las fuerzas sometidos a juicio estaban en posición de garante. Su especial relación de poder, debemos decir, hace que esa posición de garante la hayan tenido en doble calidad: en relación con los bienes jurídicos sometidos a riesgos y en relación con la fuente mismo de esos riesgos o peligros. Es un raro caso de superposición de legitimaciones fácticas y normativas para el establecimiento del rol de garantes.

Hay que recordar que se trata de una escala penal que en su máximo es realmente relevante: ¿no había posición de garante en la jefatura de cada fuerza respecto de la totalidad de los riesgos o de las personas sometidas a esos riesgos propios del sistema puesto en funcionamiento?

Por supuesto para quien cree que a través de la figura de comisión por omisión es posible interpretar que esos comportamientos estaban también alcanzados por la figura del tipo activo (aún sin una norma de equivalencia en la Parte General del Código Penal de la Argentina) entonces hay todavía más razones para entender que aquí había en la sentencia un error.

## **X. EL CONCURSO DE DELITOS Y UNA CURIOSA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

Por otro lado, la decisión judicial analizada con criterio posiblemente defendible condenó por las figuras en concurso real (art. 55 del Código Penal). Lo llamativo es que si se tomaba en serio el hecho de que los delitos cometidos concursaban en forma real entonces se hacía casi imposible justificar las penas adjudicadas.

La referencia no remite obviamente a los casos de reclusión o prisión perpetua relacionados con Videla y Massera, y tampoco con las absoluciones (más allá de su insostenibilidad), sino a las penas intermedias de Agosti (4 años y seis meses), Viola (17 años) y Lambruschini (8 años).

Teniendo en cuenta las escalas penales de los tipos imputados, no queda claro cuáles han sido los criterios que se utilizaron para la fundamentación punitiva en la sentencia penal. Las confusas y esporádicas referencias normativas no ayudan.

En el caso de Agostí, por ejemplo, que se haya considerado que “8 tormentos” y “3 robos” merecen una pena de 4 años y seis meses representa una idea casi abolicionista del sistema penal.

Pero con la referencia concursal o sin ella tampoco se entiende de qué modo se interpretaron los criterios de los artículos 40 y 41 del CP<sup>34</sup>, en los que se refiere a las circunstancias objetivas y subjetivas del sujeto a la hora de justificar la determinación de la pena.

Toda esa parte de la fundamentación se encuentra -como dice HART- en “*la zona de las penumbras*”. No hay modo de otorgarle una pátina de racionalidad a la distribución del castigo en uno de los juicios más trascendentes de la historia judicial argentina.

Adicionalmente se encuentra el problema mencionado correctamente por SANCINETTI<sup>35</sup> de haber parificado la cantidad de hechos con la cantidad de víctimas: como si fuera consecuencia de una desopilante interpretación del alcance del concepto de delito continuado.

Para que quede clara la arbitrariedad de la determinación de la pena, es decir, ya tomando como un dato irreversible la reducida atribución *contra legem* en sí misma, alcanza con mencionar dos casos.

El de Agosti, uno de los jefes de la fuerza aérea, quien fuera condenado por ocho hechos de tormentos que a la época de los actos estaba tipificado en el artículo 144 ter inc. 1 del CP y que imponía una pena de reclusión o prisiónn de 3 a 10 años. Ese tipo penal castigaba al “funcionario público que impusiere a los presos que guarde, cualquier especie de tormento”. Asimismo, fue condenado por tres hechos de robo del art. 164 del CP y que establece una pena de un mes a seis años de prisión.

Recordemos que el artículo 55 del CP argentino que regula el concurso real prevé que: “*Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como*

---

<sup>34</sup> El art. 40 del código penal argentino: “*En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente*”. El art. 41 del código penal argentino: “*A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*”.

<sup>35</sup> SANCINETTI, M., Análisis, 1988, p. 46.

*máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos”.*

Con ese juego de normas no hay una sola posibilidad de transformar en razonable que en el caso de Agosti se haya impuesto la pena de 4 años y seis meses de prisión.

Lo mismo sucede en el caso de Lambruschini, de la misma fuerza aérea: se lo encontró culpable de privación ilegal de la libertad, calificada con violencias y amenazas, en 35 hechos, (144 bis inc. 1 y último párrafo, con penas de 1 a 5 años y 2 a 6 años). Sin embargo, a Lambruschini se lo condenó a una pena de ocho años de prisión.

Como se ve en un modelo de administración de justicia penal que no recoge el principio de oportunidad, es imposible llegar racionalmente a esas penas.

En este sentido, tenían razón quienes desde los organismos de derechos humanos pusieron el grito en el cielo ante este modo de mensurar ilícitos tan graves.

No hace falta aclarar que sí se tomaban en serio los criterios de determinación judicial de la pena que surgen del juego de los artículos 40 y 41 del Código penal, particularmente la naturaleza de la acción, los medios empleados y la extensión del daño y peligros causados, las penas en todas las ocasiones deberían acercarse a los máximos de las escalas para cada delito.

## **XI. ALGUNAS DEUDAS ADICIONALES DE LA SENTENCIA. UNA MIRADA AMPLIA SOBRE LA AFIRMACIÓN DEL AUTOR QUE DOMINA UN APARATO DE PODER**

Luego de esta decisión, y de muchas otras que le siguieron, es posible pensar que hay todavía algunos problemas por resolver en el universo de cuestiones de las cuales se debe ocupar una teoría de la autoría de estas características. Por un lado, lo desafiante de propuestas de este nivel de creatividad es que plantean a las ciencias penales temas de agenda por varias décadas, como ha sucedido en este caso. Pero por otro, también este tipo de decisiones judiciales de trascendencia iluminan con mucha más fuerza esas necesidades de desarrollo.

Por ello, seguramente es útil referir a algunos de los problemas de los cuales debe hacerse cargo una teoría de la imputación de autoría a través del dominio de la voluntad de un aparato de poder y cómo ese análisis debió haber influido en la totalidad del

enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura argentina.

Mas allá del aporte dogmático y, por qué no decirlo, también político criminal, que represento el concepto de autoría por dominio subjetivo del aparato de poder, o, mejor aún, de autoría por dominio en la organización, es posible decir que todavía hay extremos que merecen un desarrollo más detenido a pesar de su rápida influencia ejercida en varios países.

En este desarrollo no se ha pretendido, como es evidente, el análisis central de las objeciones externas de cierto sector de la doctrina a la tendencia en sí misma, sino colaborar en la visualización interna, de las consecuencias que debe seguir a la opción por ese punto de partida en una decisión judicial tan trascendente como la analizada<sup>36</sup>.

De un modo u otro es posible adelantar la opinión acerca de que los intentos de expandir la aplicación de la figura de la coautoría o de la instigación, para este tipo de casos, deben superar algún obstáculo o, por lo menos, dudas.

A la primera de las tendencias le es difícil soslayar que para quien se encuentra en los niveles de máxima trascendencia institucional en la conducción de la organización es francamente imposible establecer vehículos bidireccionales sobre los cuales se estructuren los requisitos de un plan común a ambos niveles y cierta división de tareas. Se trataría en el mejor de los casos de dos dominios parciales que solo el desarrollo operativo de la organización puede eventualmente acumular para la manifestación del curso lesivo.

Pero incluso para quien el concepto de coautoría puede independizarse casi del todo de la idea de “bidireccionalidad”, en particular en estas estructuras el modelo de la coautoría mantiene algunas dificultades. Los contornos fácticos que definen la imputación del autor de escritorio y del autor operativo (para denominarlos gráficamente) son absolutamente diversos. Faltaría para el autor operativo la conexión objetiva y subjetiva con el plan global al que se pretende que su aporte sume algo. Para más claridad el hecho del autor de escritorio y el hecho del autor operativo son independientes y por ello se carece de la mínima simetría que sí puede verificarse en diversas jerarquías, pero de modo horizontal.

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, no advierten las ventajas de esta “complicada” construcción los siguientes autores: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Derecho penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 746.

Asimismo, hay que expresar algunas dudas sobre que la idea de una coautoría que pueda ser sucesiva y, por tanto, de ejecución no contemporánea hubiera sido de utilidad en este caso. El que actúa después es un autor que utiliza de modo autónomo las condiciones de riesgo que dejaron “sus antepasados”. En este caso, para él, la coautoría es superflua. Por otro lado, el que actúa en el primer momento no tiene en principio sin más ni más porqué responder por las acciones posteriores azarosas, no planificadas y no consensuadas. La coautoría es aquí, para él, injusta.

La segunda de las alternativas posee la dificultad de que es difícil imaginar cadenas enormemente largas de creaciones sucesivas de dolo, en el marco de las cuales, solo la última deja de ser referencial e indirecta. En definitiva, solo será genuinamente inductor quien, de todos modos, lo sería aún con vigencia de la autoría mediata por conducción de la organización<sup>37</sup>.

La idea del dominio subjetivo de un aparato de poder todavía es una derivación razonada y razonable de la teoría del dominio del hecho. Asimismo, esta última, a pesar de que no atraviesa su mejor momento de popularidad, posee demasiados vínculos con los criterios de imputación a la tipicidad y con buena parte del elenco de garantías fundamentales del derecho penal material y procesal como para pasar a retiro. Particularmente si se comparte que imputación al autor e imputación al tipo son dos caras de la misma moneda.

Como sabemos JAKOBS ha expresado una opinión crítica de la utilización de la figura de la autoría por dominio de la organización para estos casos<sup>38</sup>. JAKOBS afirma que: *“Bien es verdad que no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron (p. ej.) las muertes de judíos, por ejemplo, en la Oficina Superior de Seguridad del Reich (Reichssicherheitshauptamt)”*.

Luego JAKOBS sostiene que: *“Apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar*

---

<sup>37</sup> En favor de la tesis de la inducción o instigación, DONNA, E., El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en Nuevas formulaciones de las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1991.

<sup>38</sup> JAKOBS, G. Derecho penal. Parte General, trad. Cuello Contreras, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 784.

*mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque en los hechos de la época del régimen nacionalsocialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”.*

La crítica de JAKOBS debe ser analizada. En primer lugar, puede no ser autoexplicable el concepto de “superioridad objetiva”: ¿quién detentaría esa supuesta superioridad objetiva? ¿sobre qué proceso se verifica esa superioridad? Las preguntas no reflejan un caprichoso recurso dialéctico, sino una posible indefinición: cuando se habla de superioridad, el vocablo cobra significación autónoma y destinatarios diversos en ambos extremos del camino vertical-administrativo. Cada superioridad (sobre la conducción de la organización en el autor que está en los lugares más altos de la jerarquía burocrática y sobre el curso lesivo individualmente considerado en el autor de las instancias operativas) posee referencias autónomas y no puede ser reducida a una visión única que pretenda explicar todo el proceso lesivo.

En segundo lugar (y a pesar de que la tesis tiene varios adeptos), no es indiscutible que todo aporte ubicado cronológicamente luego del principio de ejecución deba ser considerado como necesario. Que se anule la posibilidad de imputar participación no necesaria durante el proceso ejecutivo es un costo que no está claro que debamos pagar.

En tercer lugar, puede generar algún interrogante en la concepción de JAKOBS, la frontera de los llamados *supuestos normales* en el marco de la coautoría. Aún así no parece claro que la coautoría no presente problemas. La complementariedad como vehículo de imputación que se verifica entre sujetos que individualmente considerados no han realizado todo lo que exige la norma para ser destinatarios del deber y que se instala como la razón de ser de la figura del coautor (una expansión de aquello que se presenta como el ámbito de regulación de la norma jurídico penal), debe generar siempre muchos más problemas que atribuir la totalidad de la infracción a la totalidad del protagonismo por la conducción del caso que ofrece cualquier la figura de autoría individual (directa o mediata).

Por otra parte, en un modelo de accesoriadad interna de la participación, la inducción presenta la debilidad político-criminal de que inductores de semejante protagonismo institucional podrían beneficiarse de cualquier eximente que impugne la punibilidad del autor operativo. A modo de ejemplo, piénsese qué pasaría en el modelo de la inducción si la misma orden es considerada con la fuerza suficiente como para generar la eximente de la obediencia debida; y que ella sea ubicable en un lugar sistemático según la teoría de la accesoriadad interna, cualquiera que se defienda (mínima, limitada, máxima, hiper-accesoriadad).

Con respecto al carácter nocivo, no hay que olvidar que lo que finalmente transforma esas vinculaciones organizativas en un hacer común es, precisamente, el propio dominio desviado hacia lo ilícito de la organización.<sup>39</sup>

En principio, tendemos a pensar que el desarrollo propuesto primeramente por ROXIN tiene muchos méritos argumentales y explicativos para ser evaluado positivamente. Aun cuando las estructuras de imputación que han surgido por necesidades conceptuales o probatorias influidas político criminalmente siempre deben pagar el costo propio de su pecado original referido a las dificultades que surgen, más temprano que tarde, en el traslado de las exigencias del “caso originario” a otros escenarios como condiciones *sine qua non* para la vigencia propias de esa exportación. Siempre cabrá la pregunta acerca de cuáles son datos pétreos de esa exigencia o vértices sustituibles en el camino de expansión.

En este sentido, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender a la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo.

Hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero. En ciertos contextos organizacionales, incluso, podemos afirmar que cuanto más lejos se

---

<sup>39</sup> Posiblemente en favor de la coautoría, SANCINETTI/FERRANTE, *El Derecho Penal*, 1999, p. 314. A favor de la tesis de la coautoría, véase GARCÍA VITOR, E. La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder en *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, pp. 171 y ss. Allí se afirma: “*Tomo en cuenta que por lo común los ejecutores directos han compartido ampliamente los objetivos y que por tanto la verticalidad, que objetivamente se comprueba en este tipo de organizaciones, no puede constituir ningún obstáculo para apreciar coautoría, pues es ella puede ser relevante cuando es necesario apreciar la influencia sobre los ejecutores directos, pero no para adjudicarles a la dirección de la organización la calidad de autor mediato por dominio de la misma como instrumento. La solución evita que, en este mundo de hombres libres, se degrade la importancia del ejecutor directo, llegándose inclusive, como buena parte de la doctrina lo ha advertido tal como se ha dado en el caso de Argentina, a su impunidad*”.

encuentre el autor mediato del hecho lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico.

Normalmente incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de que quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tengan frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa.

En segundo lugar, es razonable ver con buenos ojos las posibilidades de multiplicar, por lo menos, por dos, las formas de intervenir como autor y/o partícipe en un hecho ejecutado en el marco del dominio de una organización institucionalmente desviada.

Pero es preciso tener en cuenta que los respectivos ejes de responsabilidad institucional de autoría mediata por dominio de la organización y por ejecución de la orden recibida en los niveles operativos, generan, de modo autónomo, círculos concéntricos de posibilidad de imputación de las respectivas y no sustituibles formas de coautoría y participación en sentido estricto.

Son imaginables imputaciones de instigación detrás del autor mediato, como detrás del autor inmediato; así como también podemos pensar en diversos modelos de coautoría, en ambos niveles, en el marco de los cuales tanto el plan común como la correspondiente división de tareas y el resultado imaginable del co-dominio del hecho, reciben insumos fácticos diversos de acuerdo con los escenarios de ejecución operativa o de conducción institucional que los nutran respectivamente.

Adicionalmente ofrece ventajas sistemáticas el hecho de que al presentar este modelo de imputación una independencia visible del devenir de los cursos lesivos en los niveles en mayor grado operativos, el umbral de la tentativa aparece para el autor por dominio de la organización sin perjuicio del éxito final que posea la indicación institucional transmitida desde allí.

Qué chances tenga ese principio de ejecución en manifestarse en una lesión del bien jurídico protegido representa un capítulo siempre permanente en la doctrina de la tentativa, y nada dice en contra de que el desarrollar acciones de dominio de la organización ya exprese un comportamiento que pueda ser abarcado por la mayor parte de los tipos penales del núcleo tradicional del derecho penal legislado.

Por otro lado, sería arriesgado afirmar con tonalidad crítica de esta doctrina, que el aseguramiento del resultado luego del primer acto desistido por el primer ejecutor, realizando un gambito de ejecutores, demostraría que ahora se trata de otro hecho materialmente considerado.

Es llamativo cómo una visión simplemente causal hubiera dado la respuesta correcta: aquella que separa un hecho independiente, de un mero desvío no esencial del curso lesivo, que sin ser dominado por el autor no objetaba la imputación y mucho menos lo hará ahora que sabemos que el gambito ha sido producto de una decisión.

Por último, desde este tipo de fundamentaciones, sin embargo, es necesario identificar las fronteras de aquello que es imputable a la luz de estas estructuras: desde las más altas jerarquías de la organización y trasladando la lupa hacia los segmentos intermedios, se van anulando las posibilidades de autoría mediata por dominio de la organización que obviamente no siempre se verifica, por lo menos usualmente, en las instancias burocráticas intermedias y, ahora yendo desde las instancias operativas hacia arriba en la estructura, se van debilitando gradualmente las chances de coautoría con los niveles operativos.

Este tipo de sistemas de atribución de autoría no puede ni debe deambular por todos los niveles de la organización, para semejante trajín ya están las estructuras tradicionales.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez**

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Vigo. Socio de la FICP.

### **~Las contribuciones dogmáticas al Derecho penal médico del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Las aportaciones de Javier DE VICENTE REMESAL al Derecho penal son muchas y muy diversas, destacando entre todas ellas las realizadas en el campo de la dogmática penal. Es aquí donde podemos encontrar sus principales trabajos, especialmente publicaciones científicas en forma de libros, capítulos de libro y artículos, caracterizados todos ellos por una extraordinaria meticulosidad y profundidad en el análisis. Su obra destila un dominio total de la teoría del delito y de la pena, fundamentado, sin lugar a dudas, en un excelente manejo de la doctrina alemana. No en vano, DE VICENTE REMESAL es uno de los principales traductores al español de la obra de Claus ROXIN, su maestro alemán, como lo demuestra el hecho de haber traducido buena parte del manual de Derecho Penal, Parte General, T.1 y T.2 (1997 y 2014). El pensamiento roxiniano está presente en toda su producción científica, directa o indirectamente, a través del pensamiento y obra de su maestro español, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. LUZÓN PEÑA.

Sin miedo a equivocarnos, podríamos decir que DE VICENTE REMESAL es uno de los mayores expertos, si no el mayor, en el estudio del comportamiento postdelictivo en España. De hecho, fue pionero en el abordaje de este tema, objeto de su tesis doctoral, y que dio paso a su primera monografía, “El comportamiento postdelictivo” (1985). Ahora bien, su principal línea de investigación es la relativa al Derecho penal médico. Son numerosas las aportaciones dogmáticas al y, por qué no, desde el Derecho penal médico, pues en no pocos casos este es el laboratorio en el que somete a prueba muchas de las tesis y planteamientos que adopta sobre diferentes categorías y elementos de la teoría del delito, así como también de la teoría de la pena. Por una parte, muchos son los trabajos sobre la imprudencia y, en concreto, sobre la determinación del deber objetivo de

---

\* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024. Coincide con mi artículo del mismo título en el LH-de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, B.O.E./FICP, 2024, 437 ss.

cuidado<sup>1</sup>. Especialmente significativos son los trabajos sobre el consentimiento en las intervenciones quirúrgicas, tratando la naturaleza y significado jurídicos de aquél en relación con el tipo de lesiones<sup>2</sup>. También ha dedicado no pocas publicaciones a las consecuencias jurídicas de los delitos de homicidio, lesiones, aborto imprudentes en el ámbito médico<sup>3</sup>. Audaces son sus contribuciones, a caballo entre la dogmática y la política

---

<sup>1</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., La regulación de la imprudencia en el Código penal, *Revista Xurídica Galega*, 23, 1999, 13-31; DE VICENTE REMESAL, J./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo, en Núñez Paz, M.A./García Alfaraz, A.I./Pérez Álvarez, F. (Coords.), *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, 145-178; DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber objetivo de cuidado en supuestos especiales, en de Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J.M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M.A. (Dirs.), Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, 597-615; Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), *RECPC*, 22-03, 2020, 1-52; *Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, 194-203.

<sup>2</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?, en Luzón Peña, D-M./Mir Puig, S. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, McGraw-Hill Interamericana de España S.L., Madrid, 113-154; *Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, 689-698; Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en Basso, G./Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D., *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, 401-414; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *RECPC*, 23, 2021, 1-62; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 11, 2022, 323-324; El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en Gómez Martín, V./Bolea Bardon, C./Gallego Soler, J.I./Hortal Ibarra, J.C./Joshi Jubert, U. (Dirs.), Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G. (Coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AEBOE, Madrid, 2022, 517 ss.; La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, en Ferré Olivé, J.C./Serrano-Piedecabras Fernández, J.R./Demetrio Crespo, E./Pérez Cepeda, A.I./Núñez Paz, M.A./Zúñiga Rodríguez, L./Sanz Mulas, N. (Coords.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, 2022, 137-143; El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, en Corral Maraver, N./García Magna, D./Pérez Jiménez, F./Prado, B./Rando Casermeiro, P. (Coors.)/Muñoz Sánchez, J./García Pérez, O./Cerezo Domínguez, A.I./García España, E. (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 1691-1704; Las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido: su tratamiento jurídico penal, *Libertas*, 12, 2023, 240-240.

<sup>3</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena, *CPC*, 113, 2014, 45-104; Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, *Revista Penal*, 39, 2017, 50-65; Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica "versus" prohibición del ejercicio de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal, en Silva Sánchez, J.M./Queralt Jiménez, J.J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M. (Coords.), *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, 2017, 949-961; Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en Luzón Peña, D-M. (Dir.), *Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, 70-137; La relación del ámbito profesional con la prohibición del ejercicio de la profesión como pena principal, accesoria, o medida de seguridad, *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 1465-1492.

criminal, sobre la identificación, clasificación y propuestas jurídicas de prevención de los errores médicos<sup>4</sup>. Y, finalmente, publicaciones que podrían ubicarse tanto en estudios de Parte general como de Parte especial<sup>5</sup>.

En buena medida, esta línea de investigación se ha desarrollado al amparo de proyectos de investigación estatales y autonómicos, liderados en calidad de investigador principal por el propio Javier DE VICENTE REMESAL, siendo en la actualidad investigador principal del grupo Práctica Médica y Derecho (PM&D), integrado en el Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur<sup>6</sup>.

Además de todo lo anterior, debo indicar que es extenso el número de ponencias por invitación, así como comunicaciones en congresos, cursos y seminarios impartidos sobre esta materia, a lo que se añade el haber dirigido una tesis doctoral titulada “La responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico-sanitarias”, que tuve el honor de defender en el año 2008, merecedora del premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Vigo.

Por todo ello, qué mejor momento que éste para visitar la obra de mi maestro e intentar, aunque sea muy brevemente por razones de espacio, sintetizar sus principales

---

<sup>4</sup> Cfr. DE VICENTE REMESAL, J., Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo: (un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes), *Revista de Derecho Penal*, n.º. 39, 2013, 39-68; Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en Luzón Peña, D.-M./Díaz y García Conlledo, M. (Dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75º aniversario*, Reus, Madrid, 2018, 153-186; Taxonomía de errores de medicación: intervención penal y otras medidas o estrategias de prevención, en Suárez López, J.M./Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I.F./Jiménez Díaz, M.J./Sáinz Cantero Caparrós, J.E. (Coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2018, 1911-1930; Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas, *CPC*, 124, 2018, 63-108; Errores médicos y seguridad del paciente: de la búsqueda de un "quién", a quien castigar, al descubrimiento de un "qué", que prevenir, en Santana Vega, D.M., Fernández Bautista, S., Cardenal Montravel, S., Carpio Briz, D., Castellví Monserrat, C. (Dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez 2021*, 531-543.

<sup>5</sup> V. DE VICENTE REMESAL, J., *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, *La Ley*, 1985-3, 1038-1055.

<sup>6</sup> “Derecho sanitario: convergencia de principios de responsabilidad médico-sanitaria en el marco de la UE” (Ref. PGIDIT05CSO20201PR), Xunta de Galicia (Programa de promoción Xeral), desde el 06/08/2005 hasta el 05/08/2008, importe 19.800,00 euros; “Ayudas para estructuración de unidades de investigación en humanidades”, Xunta de Galicia (Consellería de Educación e Ordenación Universitaria. Dirección Xeral de Promoción Científica e Tecnolóxica do SUG), desde el 01/01/2006 hasta el 31/12/2007, 48.750,00 euros; “Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos” (Ref. DER2011-22934), Ministerio de Ciencia e Innovación (Resolución de 20 de diciembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Investigación, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011 del procedimiento de concesión de ayudas para la realización de proyectos de investigación y acciones complementarias dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011), desde el 01/01/2012 hasta el 31/12/2014 (prorrogado hasta 31/12/2015), 54.450,00 euros.

ideas y aportaciones más novedosas en el ámbito del Derecho penal médico.

## II. LA CONSIDERACIÓN DE LAS INTERVENCIONES MÉDICAS, EN PARTICULAR LAS QUIRÚRGICAS, COMO UN DELITO DE LESIONES

Es amplio el debate sobre cómo deben ser valoradas desde el punto de vista jurídico-penal las intervenciones médicas, con especial atención a las intervenciones quirúrgicas. Resumidamente, las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales se pueden agrupar en tres planteamientos distintos. Por una parte, nos encontramos con quienes defienden una concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que entienden que el tipo trata de proteger única y exclusivamente la integridad corporal y/o la salud de la persona<sup>7</sup>. A partir de aquí surgen a su vez dos posiciones doctrinales. Un sector de la doctrina considera que todo tratamiento médico, independientemente de que cumpla o no con el deber de cuidado requerido, de que suponga o no una mejora de la salud o, incluso, la curación del enfermo, y de cuál haya sido la finalidad del personal sanitario que lo ha ejecutado, realiza el tipo de lesiones<sup>8</sup>. Y esto porque el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se identifica exclusivamente con la integridad física (o la integridad y la salud), diferenciada intencionadamente de la salud. Esta intervención típica puede quedar justificada y, por tanto, no ser antijurídica cuando concurra el consentimiento válidamente emitido por parte del paciente. Se trata de asegurar de este modo la protección penal de la autodeterminación del paciente a través del delito de lesiones, exigiendo el consentimiento del paciente para otorgar validez legal al acto médico, ante la ausencia en el CP (como en el StGB) de artículos adecuados para la protección de este bien jurídico en el marco de los tratamientos médicos<sup>9</sup>. Desde otro sector de la doctrina, crítico con el anterior, se ha defendido que la intervención médico-sanitaria, en principio, no realiza el tipo de lesiones, al no dañar el cuerpo ni la salud del

---

<sup>7</sup> ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981, 136 ss.; JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, 81; CARDONA LLORENS, A., *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Madrid, Edersa, 1988, 26 ss.

<sup>8</sup> Cfr. ARZT, G., *Strafrecht. BT I (Delikte gegen die Person)*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1977, 102; SCHWALM, G., *Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 547; BOTTKÉ, W., *Suizid und Strafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, 144 s.; SCHREIBER, H-L., *Zur Reform des Arztstrafrechts*, en: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713, 724. En la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas*, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164.

<sup>9</sup> La imposibilidad de aplicar los artículos relativos a los delitos contra la libertad, bien coacciones o bien detenciones ilegales, así como la inexistencia de un delito de tratamiento arbitrario, da lugar a que se adopte esta vía de solución.

paciente<sup>10</sup>. Entre quienes sostienen un concepto unitario de bien jurídico, identificado con un concepto amplio de “salud”<sup>11</sup>, comprensivo de la salud en sentido estricto y de la integridad física, existen dos pareceres diferenciados. Algunos autores determinan la tipicidad o atipicidad de la conducta del médico en función del resultado del tratamiento, de manera que si existe desvalor de resultado, la conducta será típica (delito de lesiones), haciéndose necesario acudir a una causa de justificación para considerarlo lícito<sup>12</sup>. Otros, sin embargo, resuelven la cuestión de la tipicidad de la conducta en relación con el desvalor de acción, de manera que la intervención médica, conforme al deber de

---

<sup>10</sup> En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal I*, 1981, 137, 285 ss.; JORGE BARREIRO, AG., *La relevancia jurídico-penal del consentimiento*, 12; el mismo, *La imprudencia punible*, 1990, 72, 81; ANTÓN ONECA, J., *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en: *Estudios de Deusto*, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 38; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. PG: Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, Castellanos, 1986, 254 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento informado*, CPC 1995, 447-479, 470 s.; el mismo, *Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172 s.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./MOLINOS COBO, J.J., *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, 2.ª ed., Granada, Comares, 1997, 350 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998, 175 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. PE*, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 50 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, 53; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda*, RECPC 19-03, 2017, 1-59, 51; por todos, STOOOS, C., *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: eine strafrechtliche Studie*, Berlin, Liebmann, 1898, *passim*; ENGISCH, K., *Ärztlicher Eingriff*, 1939, 5 ss.; SCHMIDT, E., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, 69 ss.; GRÜNWARD, G., *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, 1961, 1, 9; KAUFMANN, A., *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, ZStW 73-1961, 341-384, 341 s., 373 s.; BOCKELMANN, P., *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 66 ss.; el mismo, *Der ärztliche Heileingriff*, 1981, 105 ss.; NIESE, W., *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztliche Heileingriff*, en: *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 2.ª ed., Göttingen, Vandenhoeck und Rupprecht, 1971, 364 ss.; KRAUSS, D., *Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 565 ss.; ZIPF, H., *Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB)*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 577, 583; el mismo, *Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos*, en: MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 155; ULSENHEIMER, K., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015, 73 ss.; DA COSTA ANDRADE, M., *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 400 ss.

<sup>11</sup> Véase ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal I*, 1981, 286; el mismo, *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, 925; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, 1982, 22; JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible*, 1990, 81; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en: VIVES ANTÓN, TOMÁS S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 788 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 51 s.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, 20.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 107; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *El delito de tratamiento médico arbitrario*, RECPC 19-03, 2017, 51.

<sup>12</sup> Una relación detallada de los autores que sostienen esta postura en JORGE BARREIRO, AG., *La relevancia jurídico-penal del consentimiento*, CPC 1982, 8.

cuidado<sup>13</sup>, no constituye lesión típica aunque con ella haya empeorado el estado de salud del paciente, sólo atribuible, en tales circunstancias, a caso fortuito. Se concluye que el médico no lesiona sino que cura, con independencia de que haya mediado o no el consentimiento del paciente, pues la protección a su salud no se ve afectada por la presencia o ausencia de aquél<sup>14</sup>. Frente a la concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, otra postura lo entiende en una doble dimensión. Obviamente, la integridad física y/o la salud son objeto de protección, pero al mismo tiempo y de forma inseparable lo será el derecho de disposición sobre esos bienes<sup>15</sup>. Desde

---

<sup>13</sup> Véase ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 9 ss., 273; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 927; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 8; el mismo, La imprudencia punible, 1990, 70; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 39.; ZIPP, H., Problemas del tratamiento curativo, 1988, 156; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Comentarios al Código Penal de 1995, 1996, 807; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 175; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 58, 72; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. PE, 2015, 130; JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.ª ed. y adiciones MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.ª ed. OLMEDO CARDENETE, M., Granada, Comares, 2002, 407; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG, 2002, 172; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 51 s.

<sup>14</sup> Véase ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 274, 286; el mismo, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, Apen 1996, 464; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 7 ss.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 164 ss.; BUENO ARÚS, F., El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario, Apen 1991, 395-406, 399; GÓMEZ PAVÓN, P., Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013, 284 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 56.

<sup>15</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El consentimiento informado, 1995, 469; el mismo, Derecho penal. PG. II, 2002, 171; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 23, 36, 40; BAJO FERNÁNDEZ, M., La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del ts de 14 de marzo de 1979), ADPCP 1979, 491-500, 499; BACIGALUPO ZAPATER, E., El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, PJ 12-1990, 147-162, 151, 157; MOYANO GARCÍA, R., Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489, 481 s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, 226 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 268 s.; en este grupo también incluiría a GUÉREZ TRICARICO, P., El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 320, 323 s., 331 s., 338, 341 s., 346, 349 s., 360 ss.; ROMEO MALANDA, S., Responsabilidad penal médica, 2013, 73-113, 99 ss.; el mismo, Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios”, 2015, 173-188, 180, 184; PANTALEÓN DÍAZ, M., Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. (coords.), Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 683-696, 689 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 697-712, 705 ss.; KRAUSS, D., Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 572 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPP, H., Derecho penal. PG 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7.ª ed. alemana Bofill, supervisada por Donna, Buenos Aires, Astrea, 1995, § 43 64; ROXIN, C., AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau

este punto de vista, el consentimiento del paciente no se ubica entre las causas de justificación, sino que se integra en el tipo. Así pues, el tratamiento, si es realizado sin el consentimiento del paciente, constituirá un delito de lesiones.

La postura adoptada por DE VICENTE REMESAL está alineada con la expuesta en último lugar, si bien la conjuga con la adecuación social como causa de atipicidad penal (no como causa de justificación). Así, considera que las intervenciones médicas – generalmente en sus trabajos se refiere a las intervenciones quirúrgicas- realizan, en principio, el tipo de lesiones. Ahora bien, resultarán adecuadas social (y jurídicamente) si son practicadas contando con el consentimiento del paciente, entendiendo en estos casos la adecuación social como una causa de atipicidad excluyente, ya de entrada, del tipo indiciario, y no como una causa de justificación<sup>16</sup>. Las virtudes de esta solución no son pocas. Por una parte, respeta el tipo positivo del CP (arts. 147 ss. y 152 CP), en el que se señala como bien jurídico protegido la integridad física y no sólo la salud. En segundo lugar, ofrece una solución interpretativa válida para toda clase de intervención, tanto como curativa como no curativa (las meramente estéticas), lo que no es menor, pues éste constituye precisamente uno de los problemas de más difícil solución para quienes defienden otras posturas<sup>17</sup>. En tercer lugar, la consideración, al menos inicial, de las intervenciones médicas desde el punto de vista jurídico-penal, no se hace depender del resultado, es decir, de si es favorable o desfavorable<sup>18</sup>. Y, en cuarto lugar, otorga la máxima consideración y protección de la libertad de decisión de la persona sobre su propio cuerpo y sobre su salud, de modo que solo el consentimiento del paciente, entendido como expresión de su decisión autónoma, hará que las lesiones causadas por la intervención médica sean impunes, incluso en casos extremos de puras intervenciones estéticas que puedan ser consideradas socialmente como irracionales o insensatas<sup>19</sup>.

### **III. EL CONCEPTO DE *LEX ARTIS* Y SU RELACIÓN CON EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO**

A partir de lo señalado anteriormente, DE VICENTE REMESAL llega a otra de las

---

der Verbrechenslehre, 3.<sup>a</sup> ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana y notas Luzón Peña, D-M./Díaz y García Conlledo, M./de Vicente Remesal, J., Madrid, Civitas, 1997), § 13 24.

<sup>16</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517; el mismo, El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 7 ss., 54.

<sup>17</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517 s.

<sup>18</sup> DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517 ss.

<sup>19</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 519.

tomas de postura más relevantes como es la relativa al concepto y contenido de la *lex artis*. Es cierto que desde el punto de vista jurídico-penal lo realmente relevante para determinar la imprudencia en la actuación médica es la concreción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, no es menos cierto que esta expresión ha hecho fortuna en relación con el debate jurídico sobre la actividad sanitaria tanto en la doctrina<sup>20</sup> como en la jurisprudencia<sup>21</sup>. Un sector considera que el deber de información y el consentimiento que de él se deriva forman parte de la *lex artis*<sup>22</sup>. La consecuencia de esta postura es que la infracción de este deber de información y la falta de un consentimiento válido por parte del paciente, conlleva una trasgresión de la *lex artis*, lo cual tendrá una incidencia mayor

---

<sup>20</sup> El uso de la expresión *lex artis* en el ámbito médico-sanitario se puede ver en numerosos autores. Así, DEL ROSAL, J., De la responsabilidad médica (S. 10 de marzo de 1959), ADPCP 1959, 365-372, 370 s.; BOCKELMANN, P., Strafrecht des Arztes, 1968, 86 ss.; ROMEO CASABONA, C.M., La actividad curativa, 1981, 26; el mismo, El médico y el Derecho penal I, 1981, 69 s.; el mismo, Conducta peligrosa, 2005, 17; WILHELM, D., Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1984, 18; ESER, A., Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97-1985, 1-46, 12; MAJUNKE, P., Anästhesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten, Stuttgart, Ferdinand Enke, 114; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 44; el mismo, EPCr XIV 1989-90, 147; JORGE BARREIRO, AL., La imprudencia profesional, CuadDJ 1993-I, 221-262, 233; GRACIA GUILLÉN, Jurisprudencia y *lex artis*, en: MARTÍNEZ MARTÍN, D.J. (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Madrid, CGPJ, 1995, 56 s.; GALÁN CORTÉS, J.C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica de los protocolos médicos, RGD 1996, 8171-8182, 8172 ss.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./MOLINOS COBO, J.J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada, Comares, 1995, 18; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 170; PALOU BRETONES, A., Responsabilidad del personal sanitario, LL 1999-6, 1934-1957, 1936; RODRÍGUEZ RAMOS, L., La responsabilidad civil y penal en la actividad médica y quirúrgica, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO Y MONTERO, R., Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario, t. I, II, III, Madrid, Colex, 2001, 878 ss.; HAVA GARCÍA, E., La imprudencia médica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 57; SOTO NIETO, F., La inquietante conceptualización de la imprudencia profesional médica, LL 2002-7, 1817-1819., 1818 ss.; PENNEAU, J., La responsabilité du médecin, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 2004, 23 s.; ORBEN, S., Rechtliche Verantwortung, 2004, 9; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 337.

<sup>21</sup> Véase, entre otras, STS 15-10-2002 (RJ 2002/9907), STS 19-7-2002 (RJ 1351/2002), STS 27-3-2002 (RJ 2002/5663), STS 23-10-2001 (RJ 2001/9074), STS 12-2-2000 (RJ 2000/688), STS 8-11-1999 (RJ 1999/8701), STS 25-5-1999 (RJ 1999/5253), STS 30-4-1999 (RJ 1999/4950), STS 22-1-1999 (RJ 1999/275), STS 18-11-1998 (RJ 1998/8632), STS 3-10-1997 (RJ 1997/7169), STS 29-2-1996 (RJ 1996/1339), STS 29-10-1994 (RJ 1994/8333), STS 31-5-1994 (RJ 1994/4408), STS 9-12-1993 (RJ 1993/9943), STS 18-11-1991 (RJ 1991/9448), STS 4-9-1991 (RJ 1991/6021), STS 14-9-1990 (RJ 1990/7320), STS 1-12-1989, STS 27-5-1988, STS 29-3-1988, STS 15-1-1986, STS 5-2-1981, STS 25-11-1980, STS 26-6-1980.

<sup>22</sup> En este sentido se pronuncian GALÁN CORTÉS, J.C., La responsabilidad civil y penal del médico anestesista, 1995-1, LL, 1055-1073, 1062 ss.; el mismo, El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios, Madrid, Colex, 1997, 17; el mismo, Responsabilidad civil médica, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007, 2007, 341; GALÁN CORTÉS, J.C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica, 1996, 8179; ALONSO OLEA, M., El consentimiento informado en medicina y cirugía, RAP 155-2001, 7-25, 22; VIANA CONDE, A./DE SAS FOJON, A., El consentimiento informado del enfermo, LL 1996-2, 1330-1338, 1331; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 72; PANTALEÓN DÍAZ, M., Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1), Diario La Ley, núm. 9277, 2018, 1-10, 1; la misma, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, 683, 690; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones, LH-Jorge Barreiro, 2019, *passim*.

o menor en la consideración de esa conducta como imprudente según el valor que se le otorgue a la *lex artis* en la configuración del deber de cuidado. Otro sector considera que el deber de información destinado a obtener el consentimiento del paciente no forma parte de la *lex artis*<sup>23</sup>.

DE VICENTE REMESAL se decide por la primera de las opciones, entendiéndose que la *lex artis* médica comprende no sólo la realización correcta desde el punto de vista técnico sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, pues el concepto de salud es relativo, depende de la consideración del propio paciente, no puede disociarse de su voluntad<sup>24</sup>. Por otra parte, también se pronuncia respecto a la expresión *lex artis ad hoc*<sup>25</sup>, utilizada, de forma generalizada, tanto en la jurisprudencia<sup>26</sup> como en la doctrina<sup>27</sup>. Pues bien, para DE VICENTE REMESAL “dicha expresión es, sin embargo,

---

<sup>23</sup> Sostienen esta postura BLANCO CORDERO, I., Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica, APen 1997, 575-603, 578; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 177; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 344; ROMEO CASABONA, C.M., La actividad curativa, 1981, 285 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2012, 131 ss.; el mismo, El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 52.

<sup>24</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 522; DE VICENTE REMESAL, J., El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 8, 12.

<sup>25</sup> Acuñada por MARTÍNEZ CALCERRADA, L., Especial estudio de la denominada "lex artis ad hoc" en la función médica, AC 1986-1., 1697 ss.; el mismo, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO MONTERO, R. (dir.), Tratado, 2001, 464 ss.

<sup>26</sup> La expresión *lex artis ad hoc* se ha ido incorporando al lenguaje jurídico en las SAP, sustituyendo, complementando o identificando, según los casos, el concepto de deber de cuidado. Este uso se puede ver en: SAP Tarragona 11-4-2005 (ARP 2005/289), SAP Murcia 27-12-2004 (JUR 2005/33658); SAP Baleares 18-10-2004 (JUR 2004/310007); SAP Madrid 24-9-2004 (JUR 2004/277619); SAP Barcelona 23-9-2004 (JUR 2004/308771); SAP Soria 1-7-2004 (JUR 2004/244217); SAP Granada 1-6-2004 (JUR 2005/59669); SAP Tarragona 17-5-2004 (JUR 2004/199309); SAP Granada 17-5-2004 (JUR 2004/199340); SAP Tarragona 4-5-2004 (JUR 2004/200043); SAP Granada 1-4-2004 (JUR 2004/154149); SAP Castellón 23-3-2004 (JUR 2004/112469); SAP León 10-3-2004 (JUR 2004/96936); SAP Sevilla 26-2-2004 (JUR 2004/106028); SAP Valladolid 17-2-2004 (JUR 2004/82989); SAP Tarragona 11-12-2003 (JUR 2004/29770); SAP Zaragoza 1-12-2003 (JUR 2004/97362); SAP Vizcaya 17-10-2003 (JUR 2003/24165); SAP Valladolid 14-10-2003 (JUR 2004/75269); SAP Sevilla 3-9-2003 (JUR 2003/242348); SAP Zaragoza 31-7-2003 (JUR 2003/195474); SAP Vizcaya 11-4-2003 (JUR 2003/238879); SAP Burgos 7-3-2003 (ARP 2003/387); SAP Baleares 28-6-2002 (ARP 2002/621); SAP Barcelona 10-5-2002 (JUR 2002/198443); SAP León 9-1-2002 (JUR 2002/95604); SAP Asturias 9-11-2001 (JUR 2002/53218); SAP Las Palmas 2-3-2001 (JUR 2001/160683); SAP Salamanca 23-2-2001 (JUR 2001/138410); SAP León 9-1-2001 (JUR 2001/120679); SAP Huelva 1-7-2000 (JUR 2001/2542); SAP Toledo 25-5-2000 (ARP 2000/1080). Este concepto ha sido acogido en diferentes sentencias de la Sala 1.ª del TS con motivo de reclamaciones fundamentadas en supuestos de culpa o negligencia civil, entre otras pueden citarse: las de 7-2-1990 (RJ 1990/ 668), 26-6-1990 (RJ 1990/ 4945), 11-3-1991 (RJ 1991/ 2209) y 23-3-1993 (RJ 1993/ 2545); SAP Murcia 29-12-1998 (ARP 1998/5188); SAP Baleares 26-10-1998 (ARP 1998/4696); SAP Zaragoza 16-7-1998 (ARP 1998/2948).

<sup>27</sup> Así en: VENTAS SASTRE, R., Imprudencia médica y derecho penal, CPC 2005, 169-183, 179; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 338; HAVA GARCÍA, E., La imprudencia médica, 2001, 62; FEJOO SÁNCHEZ, B., Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado", Barcelona, Bosch, 2001, 313; JORGE BARREIRO, AL., Jurisprudencia penal y *lex artis medica*, en: MARTÍNEZ

innecesaria, redundante e incluso equívoca”<sup>28</sup>.

#### **IV. LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE SOBRE SU INTEGRIDAD FÍSICA Y SU SALUD COMO BIEN JURÍDICO MERECEDOR DE LA MÁXIMA PROTECCIÓN**

Como se ha señalado anteriormente, DE VICENTE REMESAL defiende que toda intervención médica que suponga una afectación a la integridad física o a la salud requiere del consentimiento del paciente. La autonomía de la voluntad sobre el propio cuerpo, sobre la salud, constituye, según su punto de vista, un bien jurídico merecedor de la máxima protección, de tal forma que, sin decisión del paciente, no hay auténtica salud. Se trata de una visión radicalmente humanista y humanizadora de la medicina, que sitúa al paciente en el centro del acto médico y que obliga a remover algunos pilares sobre los que se ha asentado tradicionalmente el ejercicio de la medicina y que todavía hoy parecen inamovibles. La libre autodeterminación sobre el propio cuerpo y la salud del paciente, constituyen bienes jurídicos co-prottegidos por el delito de lesiones. Así, se muestra extremadamente crítico con quienes entienden que en estos casos no habrá un delito de lesiones sino un delito contra la libertad<sup>29</sup>. Pero esta crítica se incardina en un análisis minucioso del Derecho positivo español. Al resultar prácticamente imposible encontrar un tipo penal entre los delitos contra la libertad en el que pueda subsumirse una actuación médica con resultado favorable, pero realizada sin el consentimiento del paciente, entiende que además de las razones dogmáticas ya referidas, se añaden otras de política criminal que justifican la aplicación del tipo de lesiones (arts. 147 ss. CP)<sup>30</sup>. DE VICENTE REMESAL no acoge la propuesta de crear *de lege faerenda* un tipo de tratamiento médico

---

MARTÍN (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 72.

<sup>28</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 522.

<sup>29</sup> Entre otros, DÍAZ VALCÁRCEL, L.M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 181 s.; ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 286; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 32; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 16; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 164; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., El delito de coacciones, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1983, 219; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 343 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, *passim*.

<sup>30</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 523.

arbitrario<sup>31</sup>. Por un lado, porque con su interpretación del delito de lesiones se hace innecesario ese tipo penal, por otro, porque considera que cuando la intervención médica se realiza sin el consentimiento, independientemente de que el resultado obtenido sea entendido como favorable o no por la ciencia médica, lo cierto es que se afecta a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo o salud del paciente, e invariablemente esto supone la afectación a su salud, definida necesariamente en un sentido subjetivo. Desde esta óptica, no sería correcto afirmar aquí “sólo” un delito contra la libertad, hay algo más.

## **V. LA INCORPORACIÓN DE LAS CAPACIDADES ESPECIALES EN EL BAREMO DEL SUJETO MEDIO IDEAL A EFECTOS DE IMPRUDENCIA**

La actividad médica ha sido el laboratorio en el que DE VICENTE REMESAL también ha sometido a prueba algunas de las tesis o tomas de postura más arriesgadas en relación con determinados elementos y categorías de delito sobre las que se ha pronunciado. En particular, las relativas a la imprudencia. Junto con el análisis y grado de integración en el deber objetivo de cuidado, DE VICENTE REMESAL ha dedicado buena parte de su producción científica a revisar el contenido del baremo referencia en la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado. Sobre este elemento se ha discutido si debe objetivarse, y, de ser el caso, hasta dónde, o no. La decisión tiene que ver con el tratamiento de los conocimientos y capacidades, inferiores y superiores, del concreto autor a los efectos de responsabilidad penal. DE VICENTE REMESAL se pronuncia tras un análisis en profundidad sobre la cuestión más problemática y, por tanto, sobre la que no existe consenso, como es la valoración de las capacidades especiales del concreto autor en la determinación del deber de cuidado. Se trata, desde su punto de vista, de una cuestión que atañe tanto al tipo objetivo como a la parte subjetiva del tipo imprudente, concluyendo que las capacidades plantean el mismo problema que los conocimientos especiales y las capacidades normales en lo que se refiere al fundamento de su

---

<sup>31</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 525. Esta opción es defendida, entre otros, por ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, 1965, 791, no llega a proponer la introducción de un tipo específico, pero deja entrever su valoración positiva; BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible, 1990, 82 s.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal español, PG, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, 496; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 70; JERICÓ OJER, L., Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, J.F./ARCOS VIEIRA, M.L. (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, 367; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, *passim*.

exigibilidad<sup>32</sup>. Esta idea se incardina en la tradición de la teoría del bien jurídico, entendiendo que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Rechaza, por tanto, de plano las teorías funcionalistas, defendiendo que jurídicamente se trata de evitar lo evitable. A partir de aquí, se muestra contrario a la teoría de la referencia exclusiva al promedio<sup>33</sup>, pero también respecto de las teorías individualizadoras<sup>34</sup>, y mismo de la denominada teoría intermedia –o de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba– si pierde de vista el criterio objetivo-general, pues incluiría el empleo de todas las capacidades especiales, también las innatas o personalísimas<sup>35</sup>. Precisamente, es en relación con las capacidades especiales el punto en que DE VICENTE REMESAL adopta una posición que difiere de la de su maestro, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, aunque realmente se trate de una diferencia de matiz, pues entiende que no deberían ser exigibles las capacidades personalísimas del concreto autor, pero sólo esas, pudiendo, sin embargo, exigirse las demás capacidades susceptibles de adquisición, desarrollo, mejora, perfeccionamiento, que serán la mayoría<sup>36</sup>. Para sostener esta postura, desarrolla una sólida y profunda argumentación sobre la diferencia entre conocimientos y capacidades, y, a su vez, entre capacidades adquiribles y no adquiribles (personalísimas), habiendo previamente delimitado la distinción entre “transferible” y “adquirible”<sup>37</sup>.

## **VI. LA SEGURIDAD DEL PACIENTE COMO UN PROBLEMA DE ATENCIÓN DE LA SALUD. ESTRATEGIAS PREVENTIVAS MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL**

Por último, DE VICENTE REMESAL ha desarrollado un intenso trabajo de investigación centrado en la seguridad del paciente, con planteamientos audaces a caballo entre la dogmática y la política criminal. Y es que una de las principales preocupaciones del profesor DE VICENTE es la relativa a la protección del paciente frente a los posibles errores médicos, en la línea de la visión humanista que le caracteriza, pero precisamente por coherencia con esa visión, se ha puesto en el lado de los profesionales sanitarios para tratar de dar razones explicativas de los errores y soluciones a los mismos. Desde este

---

<sup>32</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 598. Otra cuestión, como el propio autor advierte, es la de su demostrabilidad.

<sup>33</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

<sup>34</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 606.

<sup>35</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

<sup>36</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608.

<sup>37</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608 s.

punto de vista, en numerosos trabajos se ha ocupado de sistematizar el análisis de las fuentes de información sobre eventos adversos en la práctica médica, para llevar a cabo a continuación una taxonomía de dichos eventos y errores médicos, llegando finalmente a sistematizar los factores latentes de riesgos<sup>38</sup>. Para ello DE VICENTE REMESAL ha hecho una revisión exhaustiva de estudios, informes, protocolos, documentos y guías elaborados desde organizaciones internacionales, instituciones y doctrina. Nos proporciona una definición clarividente de seguridad del paciente, entendida como la evitación de eventos indeseados en los tratamientos y en el ejercicio de la praxis médica, las estrategias para el control de errores, sistémicos e individuales, que deben ser tenidos en cuenta por los sistemas de gestión de riesgos, cuya finalidad es despejar la incertidumbre sobre los objetivos e introducir las medidas preventivas adecuadas y posibles<sup>39</sup>. Así pues, señala que “desde la perspectiva de la cultura proactiva de la seguridad, frente a la reactiva de la inculpação o culpabilización (...) los datos más relevantes extraídos de las fuentes de información deben referirse a la identificación de los errores y de los factores latentes de riesgo”<sup>40</sup>. A partir de este análisis, las principales conclusiones que nos ofrece son que prácticamente el 50% de los errores son evitables, que la mayoría son sistémicos-institucionales frente a los individuales y que una parte muy importantes de determinados daños (como los iatrogénicos) son consecuencia de acciones imprudentes<sup>41</sup>. Antes esto, pone en duda la efectividad preventiva en este ámbito de actividad de las penas en comparación con otras estrategias preventivas diferentes y no provocadas precisamente por aquéllas<sup>42</sup>.

## VII. DEDICATORIA

Con esta contribución quiero sumarme al homenaje tan merecido de mi muy respetado y querido maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier DE VICENTE REMESAL.

Fue en las clases de la Universidad de Vigo, de la entonces Licenciatura en Derecho, en los estertores del siglo pasado, cuando conocí al, para mí entonces como para mis condiscípulos, “Profesor Remesal”. Corría el año de 1997 y un grupo de alrededor de cien estudiantes frecuentábamos las aulas de la recientemente creada titulación de Derecho,

---

<sup>38</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 80 ss.

<sup>39</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 158 s.

<sup>40</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 161.

<sup>41</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 183.

<sup>42</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, 2018, 183 s.; DE VICENTE REMESAL, J., Limitaciones de la intervención penal, CPC, 124, 2018, 106 ss.

rama económico-empresarial, en el Campus de Vigo, que entonces operaba como sección delegada de la Facultad de Derecho, sita en el Campus de Ourense. Dada la novedad de estos estudios, los medios con los que se contaba eran precarios, al punto de que estábamos de prestado en el edificio de la Facultad de Ciencias del Mar, donde compartíamos aulas, pasillos y cafetería, con estudiantes y docentes de Biología y Ciencias del Mar, creándose así un ecosistema de lo más curioso e interesante. Los despachos del profesorado se ubicaban en otro lugar, el conocido como “Edificio Fundición”, y hasta allí hacíamos largas caminatas monte a través para poder atender a las tutorías con nuestros profesores<sup>43</sup>. A comienzos de aquel año, en segundo curso de carrera, afrontábamos, por primera vez, la materia de Derecho penal. Naturalmente, la expectación era máxima, pues se trataba de una asignatura icónica. Debo decir que, en aquel curso de Parte general, no sólo se vieron colmadas nuestras expectativas, sino superadas con creces. Siempre se comenta que es virtud del profesor o profesora hacer que el alumnado adquiera gusto por una asignatura, más que el valor o contenido mismo de ésta. Sin lugar a dudas, la figura del Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo, Javier DE VICENTE REMESAL y su desempeño en el aula corroboró aquella afirmación: su presencia, su pausa, su claridad en la exposición, su tono grave, su capacidad para escuchar las preguntas y responder con precisión, su trato siempre respetuosísimo del alumnado y, por supuesto, su dominio y pasión del y por el Derecho penal. Allí nació mi fascinación por este ámbito de conocimiento, al tiempo que mi profundo respeto y admiración por mi maestro. Ese feliz descubrimiento encontró continuidad en mi último curso de licenciatura cuando Javier aceptó avalar mi solicitud de una beca de colaboración del Ministerio de Educación que pude disfrutar, coincidiendo con su último año como Vicerrector de Organización Académica y Profesorado de la Universidad de Vigo. Ya entonces, con enorme generosidad a pesar de sus múltiples ocupaciones, me recibía, cuando así lo requería, en su despacho del edificio de la rectoría, situado en la calle Oporto de la ciudad de Vigo. Javier impulsó mi carrera académica y me apoyó permanente en todas las etapas de este largo y proceloso camino. En el año

---

<sup>43</sup> Para quien no lo conozca, el Campus de Vigo está ubicado en Lagoas-Marcosende, la cima de una cadena montañosa que separa el val do Fragoso del Val da Louriña y del Val Miñor. Se sitúa a una distancia aproximada de 15 km. desde el centro de la ciudad de Vigo. Durante los primeros años de andadura en solitario de la Universidad de Vigo tras disgregarse de la Universidad de Santiago de Compostela, junto con la Universidad de A Coruña, en el año 1990, los recursos materiales eran escasos. Había que construir una universidad prácticamente desde cero, con muy pocos edificios, y sin apenas infraestructuras. En ese emplazamiento extraordinario desde el punto de vista paisajístico, para llegar de un edificio a otro había que, en ocasiones, cruzar monte a través.

2001 asumí el compromiso de dirigir mi tesis doctoral sobre responsabilidad penal médica y, vinculada a ésta, respaldó mi candidatura a una beca predoctoral de la Universidad de Vigo. Su obtención me permitió trabajar intensamente en la tesis, así como realizar una estancia predoctoral de todo un curso académico en la Universidad de Göttingen. Ese compromiso de Javier también quedó reflejado en el hecho de abrirme las puertas a la Escuela de su maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. De hecho, fue en el año 2002 cuando asistí por vez primera al Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal de la Universidad de Alcalá. En este año 2024 se cumplen 25 años del citado Seminario y basta una rápida mirada atrás para darse cuenta de la enorme importancia del citado encuentro y de la Escuela dirigida por el Prof. LUZÓN, que trasciende lo académico. El pertenecer desde entonces a esta Escuela de la mano de mi maestro, tiene para mí, sencillamente, un valor incalculable. Tanto es así que no fueron pocos los momentos que conté con el apoyo de muchos de los miembros de la Escuela, en particular, del hermano académico de mi maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que, coincidiendo con la finalización de mi beca predoctoral, me recibió en calidad de colaborador honorífico del Departamento público en la Universidad de León. Defendí con éxito la tesis doctoral titulada “La responsabilidad penal en la actividad médico-sanitaria”, en julio de 2008, culminando así un proceso que recuerdo plagado de vivos debates con Javier, así como con mi compañera de área, Marta, la Profa. Dra. GARCÍA MOSQUERA, que se unía en los cafés de media mañana, o a la llamada del propio Javier a su despacho. Y es que he de decir que tuve la gran fortuna de desarrollar una tesis doctoral enmarcada en una línea de investigación por la que mi maestro apostó decididamente y a la que, como he intentado poner de manifiesto, dedicó (y sigue dedicando) gran parte de su tiempo.

Javier supo crear un buen ambiente de trabajo en el área de Derecho penal de la Universidad de Vigo, facilitando el entendimiento y la cooperación. En ese sentido, no quiero dejar de decir que me siento afortunado por compartir área desde mi incorporación a la Universidad con la Profa. GARCÍA MOSQUERA, con la que he trabajado y lo sigo haciendo codo con codo, con la máxima confianza y lealtad, siempre teniendo a nuestro maestro como referente.

En el curso en que acabé defendiendo mi tesis doctoral, Javier depositó toda su confianza en mí para que me encargase de la docencia de Derecho penal, Parte general y Parte especial en la Facultad de Derecho del Campus de Ourense. Desde el año 2007, con

su respaldo, he venido ocupándome de la docencia y la gestión del área de Derecho penal en el Campus de Ourense, combinando estas responsabilidades con tareas en el Campus de Vigo e, incluso, de Pontevedra en algún momento, pasando por distintas figuras docentes, hasta alcanzar la plaza de contratado doctor en el año 2010, y concursando exitosamente a la plaza de profesor titular en el año 2022. En ese periplo, ocupé, entre otros, los cargos de Vicedecano de la Facultad de Derecho y de Vicerrector del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo, habiendo siempre contado con el impulso de mi maestro que me animó a aceptar tales empresas, así como con sus buenos consejos y apoyo durante el desempeño de aquellas funciones.

Cada uno de esos hitos van dedicados a ti, querido maestro, pues sin ti no sólo no hubieran sido posibles, sencillamente, no tendrían sentido. Te agradezco tu entusiasmo por el Derecho penal, tu compromiso conmigo desde el primer momento, tu tiempo y dedicación, respaldo, y tu profundo respeto, tu amistad, que yo trato de corresponder, espero que, por muchos, muchos años más.

Muchas gracias por todo, querido Javier.

\* \* \* \* \*

## Mgter. Deisy Janeth Barrientos Pérez

Investigadora contratada predoctoral de D. Penal. Univ. de León, España. Procuradora Judicial, Colombia. Socia de la FICP.

### ~Reflexiones sobre el delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022\*~

#### I. BIEN JURÍDICO

A pesar de las diversas reformas que han afectado al delito de malversación, las posiciones doctrinales han cambiado poco en su empeño por averiguar la naturaleza de este delito y su razón de protección. Coincido con la postura mayoritaria en la doctrina que entiende al delito de malversación como un delito pluriofensivo. Esa pluriofensividad se proyecta sobre el patrimonio público y sobre el correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>1</sup>.

Entre los distintos conceptos de patrimonio —jurídico, económico, mixto y personal-funcional— considero que en el delito de malversación se alude a una combinación del criterio mixto y del personal o funcional. Resulta especialmente interesante el enfoque personal-funcional para la interpretación del patrimonio público, en tanto que la lesión ha de estar referida no solo a la disminución económica cuantificable, sino también a la alteración del patrimonio para cumplir los fines públicos legalmente prefijados para aquel<sup>2</sup>. En este sentido, al no estar referido el perjuicio solo a una merma económica, podrá apreciarse el perjuicio en conductas idóneas para afectar funcionalmente al patrimonio, como sucede, entre otras, en aquellas conductas de utilización temporal, como la prevista actualmente en el art. 432 *bis* CP que prevé la

---

\* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024.

<sup>1</sup> Resaltan la naturaleza pluriofensiva del delito de malversación, entre otros: MUÑOZ CONDE, DP. PE., 25.<sup>a</sup> ed., 2023, 1017; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Lecciones, 8.<sup>a</sup> ed., 2023, 401; RODRÍGUEZ DE LA RIVA, en: RPD 268 (2023), 130 s.; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 5 ss; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), DP.PE., 8.<sup>a</sup> ed., 2023, 771; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA/RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Comentarios CP, 7.<sup>a</sup> ed., 2023, 1916; 1921; SÁNCHEZ LÁZARO/VIZUETA FERNÁNDEZ, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), DP.PE., 3.<sup>a</sup> ed., 2023, 796 coincide con la jurisprudencia y parte de la doctrina que considera que se protege el patrimonio público y su correcta gestión; NÚÑEZ CASTAÑO, en: RGDP 41 (2024), 21 s.

<sup>2</sup> Consecuente con esto, DE LA MATA BARRANCO, en: RAAP 11 (1997), 457 sostiene que, al poner el énfasis en la funcionalidad del patrimonio, se descarta que cualquier menoscabo económico pueda configurar el delito. Lo determinante no es el daño económico en sí, sino si se han cumplido o no los fines y el destino previstos para dicho patrimonio.

destinación a usos privados del patrimonio público, conducta con la que no se perjudica definitivamente el patrimonio sino solo de manera temporal; o en las conductas del art. 433 CP dedicado a la aplicación pública diferente del patrimonio del destino que tenía previsto, en tanto que no es necesario probar un perjuicio económico de la administración pero sí una alteración indebida de los fines de un activo patrimonial que repercute de manera negativa en el funcionamiento del servicio público<sup>3</sup>. En estos últimos casos, aunque no logre probarse una merma económica, no hay impedimento para no afirmar la afectación del bien jurídico, que se concreta al haberse separado el patrimonio de las finalidades específicas para las que fue destinado<sup>4</sup>.

Además de la lesión al bien jurídico del patrimonio público, en todas las modalidades del delito de malversación se evidencia también una afectación al correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>5</sup>, especialmente en lo referente al principio de legalidad, la adecuada ejecución del gasto y el deber de servir a los intereses generales, que se ven desatendidos con la comisión del delito. Así, desde la entrada en vigor del actual CP, este delito ha sido consistentemente ubicado entre los que atentan contra la funcionalidad de la Administración Pública. Dicha funcionalidad se ve vulnerada no solo por el uso indebido del patrimonio público —cuyo fin último es la satisfacción de las necesidades o intereses sociales generales—, sino también porque las conductas de malversación conllevan una transgresión del principio de legalidad e imparcialidad, establecidos en el artículo 103.1 de la CE, que exige que la Administración sirva con objetividad a los intereses generales.

---

<sup>3</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), DP. PE., t. II, 2023, 400.

<sup>4</sup> DE LA MATA BARRANCO, en: RAAP 11 (1997), 457 s.

<sup>5</sup> Algunos autores hallan en la *función pública* el bien jurídico categorial, así considera que la protección de la función pública no solo es la razón de ser de los delitos consagrados en el Tít. XIX, sino que además debería hacerse extensible ese razonamiento al Tít. XX del CP, RODRÍGUEZ PUERTA, Cohecho, 1999, 40; GONZÁLEZ CUSSAC, en: ORTS BERENGUER (Dir.), Delitos de los funcionarios, 1994, 61 s.; Prevaricación, 2.ª ed., 1997, 21-23; MIR PUIG, C., Delitos contra la Administración Pública, 2000, 20. Describe esta postura como posición mayoritaria en la doctrina MIR PUIG, C., Malversación, 2024, 121. Otros autores entienden que el ejercicio de la función pública es el rasgo característico de los delitos contra la Administración pública, así, GARCÍA ARÁN, en: RAAP 11 (1997), 358; HEDO IDOPE, en: RAAP 11 (1997), 372 s.; ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 67; VIZUETA FERNÁNDEZ, Delitos contra la administración pública, 2003, 183 «Sería más conveniente referirse a las *funciones públicas* con otras expresiones distintas a la de bien jurídico, rasgo característica genérica, rasgo común, elemento general, etc.»; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, /MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DP.PE., 3.ª ed., 2010; 697 ss.; ALONSO ÁLAMO, en: LH-Octavio de Toledo, 2016, 421 ss.; NICOLÁS JIMÉNEZ, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), DP. PE., 3.ª ed., 2023, 759.

## II. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 14/2022

En el Preámbulo de la LO 14/2022 se señala que la regulación de la malversación en 2015 amplió el rango de conductas malversadoras desoyendo los informes del CGPJ y del CF que abogaban por mantener el modelo tradicional, modelo al que pretende volver esta reforma. Se construye el delito de malversación en «tres niveles: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433)».

La reforma del delito de malversación en 2022 se aleja de manera radical de esa apodíctica fórmula que el legislador de 2015 presentó como la revelación de lo que «en realidad»<sup>6</sup> era la malversación y vuelve en el tiempo para presentar un estado de cosas similar al que había desde la vigencia del CP 1995 e incluso antes, en el CP 1973, al incluirse el delito de malversación consistente en la aplicación de bienes públicos a una finalidad pública diferente a la prevista inicialmente. En todo caso, no deja de llamar la atención que las razones para ese regreso a la regulación tradicional del delito de malversación no fueron fruto de un proceso deliberativo concienzudo, sino que, al contrario, fue fruto de prisas políticas para intervenir de manera indebida en la rebaja (o incluso exoneración) de pena a algunos condenados por este delito<sup>7</sup>.

En definitiva, la reciente reforma del delito de malversación es una muestra más de cómo el legislador en algunas ocasiones hace uso de las herramientas de creación del derecho para hacer calzar la ley con los intereses políticos de turno, incluso so pena del sacrificio de valores democráticos. En este panorama caótico pareciera que el recurso a la ley para la creación de tipos penales, su modificación o derogación, se aleja del proceso reflexivo que se espera sobre qué es lo que se pretende proteger.

Pese a las críticas recibidas por parte de la doctrina sobre la forma en la que se había

---

<sup>6</sup> Así se afirmó en el Preámbulo de la LO 1/2015.

<sup>7</sup> Así, entre otros, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), SALAT PAISAL (Comp.), Comentarios al CP, t. II, 8.ª ed., 2024, 1432.

regulado el delito de malversación por el legislador de 2015<sup>8</sup>, lo cierto es que hoy existen voces discrepantes sobre el regreso al modelo tradicional. Por un lado, algunos consideran que la regulación actual representa un retroceso hacia un modelo decimonónico, superado con la reforma de 2015. Esta reforma respondía a la evidencia de que, en la actualidad, la malversación no se limita a la sustracción directa del patrimonio público, sino que incluye conductas más sofisticadas, como la contratación a sobreprecio, la adquisición de servicios innecesarios, inversiones irracionales o la falta de promoción en el cobro de créditos pertenecientes al patrimonio. Estas conductas, en la regulación de 2015, se encuadraban en el delito de administración desleal<sup>9</sup> como una forma de malversación. Por otro lado, algunos argumentan que la normativa actual permite sancionar nuevas formas de malversación y señalan que, al igual que en 2015, sigue siendo discutible si conductas como la realización de negocios arriesgados, inversiones desacertadas o el despilfarro presupuestario deben ser castigadas penalmente<sup>10</sup>.

A continuación, mencionaré algunos de los cambios producidos tras la reforma.

### **1. Malversación por apropiación (art. 432 CP) tras la LO 14/2022**

En los artículos 394 y 395 CP 1944 y 1973 estaban previstas las conductas de malversación que cifraban el injusto en la «sustracción» de caudales o efectos públicos, aunque la doctrina mayoritaria entendió, de manera acertada, que no se hacía referencia a una conducta de «sustracción» sino de «apropiación»<sup>11</sup>. Esto, más que una aclaración conceptual responde a la idea de que un elemento imprescindible para conformar el tipo objetivo del delito de malversación es que el funcionario tenga el patrimonio público «a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». En este orden de ideas, no habría una sustracción, sino una apropiación, por cuanto la sustracción implica sacar un bien del radio de disposición de otra persona. Los caudales

---

<sup>8</sup> Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MÁRQUEZ/LAPORTA/VEGA VEGA (Coords.), LH-Corcay Bidasolo, 2023; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Reforma penal de 2015, 2015; Martell Pérez-Alcalde, Cristobal, «El delito de malversación», en: Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 692.

<sup>9</sup> JAÉN VALLEJO, en: CPC 139 (2023), 81.

<sup>10</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, en: RGDP 41 (2024), 16 s.

<sup>11</sup> SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 17; DÍAZ PALOS, en: NEJ, t. XV (1974), 821; BUSTOS RAMÍREZ, Manual PE., 2.ª ed., 1991, 452; CUAREZMA TERÁN, en: PJ 24 (1991), 200; DE LA MATA/ETXEBARRIA, Malversación y lesión del patrimonio público, 1995, 23; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: LL 2 (1996), 1453 s.; FEJOO SÁNCHEZ, en: LL 2 (1997), 1686; ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 27, 170 s.; CASTRO MORENO, Malversación, 2001, 215 s.; ZÁRATE CONDE, en: ZÁRATE CONDE (Coord.), DP. PE., 3.ª ed., 2021, 745; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, (Coord.) Lecciones., 9.ª ed., 2023, 406.

o efectos públicos siempre están a cargo del funcionario que los custodia debido a las funciones que desempeña, de ahí que lo más acertado sea referirse a la apropiación como aquella conducta que supone disponer de una cosa como si se fuera dueño<sup>12</sup>.

Con la reforma operada por la LO 14/2022 se cambia la conducta típica de «sustracción» por la de «apropiación» y, ante esto, creo que es válido preguntarse si con ello el legislador de 2022 quiso restringir los supuestos que pueden encajar en este delito para limitarlos solo a una apropiación en el sentido de disposición patrimonial para posterior incorporación al patrimonio propio o de tercero, o si el término «apropiación» sigue entendiéndose en el sentido amplio dado por la jurisprudencia y, en esa medida, lo único que pretendió el legislador fue corregir la imprecisión mantenida en el CP hasta la reforma introducida por la LO 1/2015<sup>13</sup>.

En cuanto a la primera cuestión —restringir el significado del término «apropiación»—, podría argumentarse que, más allá de lo expresado en el Preámbulo, la LO 14/2022 tuvo un objetivo político específico: beneficiar a los condenados en el conocido caso del *procés*. Parecía que el propósito era que, al revisar aquella sentencia bajo la nueva normativa, se interpretara la «apropiación» en un sentido limitado como la disposición para sí o para otro, o, en todo caso, como incorporación patrimonial con beneficio propio o de terceros. Con esta interpretación restrictiva, habría sido necesario que la judicatura, al revisar el caso tras la reforma, se enfocara en el tipo penal privilegiado del artículo 433 CP, cuyas penas son significativamente menores que las del artículo 432 CP. Sin embargo, como es sabido, esto no ocurrió, ya que la aplicación del tipo penal privilegiado está restringida a casos en los que los fondos se destinan a un fin lícito, mientras que en dicho caso se trataba de una destinación ilícita, tal y como se expuso en el ATS 2368/2023, 12-01.

Sin embargo, entiendo que el cambio a esta nueva conducta típica de «apropiación» no significa que el legislador haya pretendido restringir los supuestos que pueden encajar

---

<sup>12</sup> Cfr. SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 17 s.; OLESA MUÑIDO, en: LH-Pérez-Vitoria, t. I, 1983, 649 ss.; ROCA AGAPITO, *Malversación*, 1999, 27. En todo caso, el término «sustracción» es correcto cuando se trata de la conducta realizada por un tercero —funcionario o particular— que no tiene el patrimonio público «a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas», situación específica en la que ahora se presenta nuevamente una incorrección terminológica.

<sup>13</sup> ROMERO ABOLAFIO, en: CPC 138 (2022), 166 pone de presente que la conducta típica de «apropiarse» aparece en la redacción del art. 253 CP que, como bien se sabe, era una de las modalidades de malversación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de ahí que entienda que el hecho de que con la LO 14/2022 se hable de «apropiación» confirma la intención de consolidar la presencia de esa conducta típica en contraposición al de sustracción previsto antes de la LO 1/2015 o, inclusive, en el CP 1973.

en esta modalidad, sino solo corregir una imprecisión terminológica mantenida en el CP hasta la reforma de 2015. Considero que esto es así porque ya desde antes de 2015 la jurisprudencia y la doctrina le había otorgado un amplio espectro a lo que debía entenderse por la sustracción, conducta típica vigente para aquella época, pero que se entendía que hacía referencia a la apropiación.

Expresivo de lo anterior son varias decisiones judiciales emitidas tras la entrada en vigor de la LO 14/2022, que permiten concluir que se mantiene una interpretación amplia del concepto. En este sentido, es importante destacar que tanto la jurisprudencia como la doctrina, incluso antes de 2015, han interpretado el término «sustracción» en un sentido amplio, considerándolo sinónimo de «apropiación», y esta última ha sido entendida de manera igualmente extensiva. Al respecto se ha dicho que la «apropiación» «consiste en el comportamiento del sujeto que dispone de la cosa como si fuera dueño realizando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título de su posesión. Este modo de proceder con la cosa *uti dominus* se manifiesta especialmente en los actos de consumición, enajenación, donación, especificación o destrucción de los bienes constitutivos de los caudales públicos»<sup>14</sup>, y también se ha entendido como «la aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP, como del tipo actualmente vigente»<sup>15</sup>. Inclusive se ha cobijado dentro de la conducta típica de apropiación también a la distracción, así «si una autoridad o funcionario público destina fondos públicos a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- lo que existe, sencillamente, es una distracción de fondos públicos por parte de aquellos que son los encargados de definir su destino y que, al actuar de la manera expuesta se apropian de estos fondos»<sup>16</sup>.

En este orden de ideas, la conducta típica de «sustracción», que ya antes de 2015 se interpretaba como «apropiación», ha sido funcional para condenar por el art. 432 —como conducta típica que no debe entenderse solo en sentido físico— tanto la conducta del funcionario que extrae dinero de las cuentas del ayuntamiento, como la del funcionario que, actuando para compensar favores, encarga informes innecesarios con cargo a los

---

<sup>14</sup> SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 18.

<sup>15</sup> Sentencia 749/2022, 338, sentencia en el conocido Caso ERE de Andalucía.

<sup>16</sup> ATS 20417/2023, 26-06, MP: Marchena Gómez.

fondos públicos<sup>17</sup>.

Ahora bien, se sugiere, que también el que distrae se apropia porque dispone del patrimonio como si fuera propio. De este modo, en el art. 432 estarían las conductas de apropiación y distracción definitivas, mientras que en el art. 432 bis las conductas de distracción por uso transitorias (que serían castigadas con las penas previstas en el delito de malversación por apropiación del art. 432 CP en el caso de no reintegro de los mismos elementos distraídos) y en el art. 433 las conductas de distracción definitiva a finalidades públicas (lícitas).

## 2. **Ánimo de lucro**

El ánimo de lucro no ha sido siempre un elemento explícito en el delito de malversación. De hecho, no figuraba en el CP de 1944/73 ni en la reforma del delito introducida por la LO 1/2015. Este elemento fue incorporado por primera vez en el CP 1995 para la malversación por apropiación, contemplada en el art. 432, y para el art. 434, que regulaba la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles. Posteriormente, la LO 14/2022 lo retomó, pero solo para la malversación por apropiación del art. 432.

Sobre este elemento subjetivo existen diversas interpretaciones:

**Interpretación en sentido estricto:** Entender el ánimo de lucro en un sentido estricto implica que este esté necesariamente vinculado a la obtención de alguna forma de ventaja o beneficio. Dicho beneficio tiene una connotación patrimonial y, por lo tanto, debe considerarse desde una perspectiva económica. Este enfoque estricto tiene dos dimensiones:

*a) Interpretación económico-objetiva:* Se da cuando la utilidad que reporta el delito se mira desde una perspectiva externa<sup>18</sup>. Bajo esta perspectiva se entiende el ánimo de lucro como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico»<sup>19</sup>. Esta interpretación ha tenido gran acogida en la doctrina

---

<sup>17</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, (Coord.) Lecciones., 9.ª ed., 2023, 407 citando las sentencias STS 479/2008, ponente Maza Martín; STS 402/2010, ponente Ramos Gancedo y la STS 580/2010, ponente Colmenero Menéndez de Lúcar.

<sup>18</sup> BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Administración, 1997, 195; GARCÍA ARÁN, El delito de Hurto, 1998, 127; ROCA AGAPITO, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: Coords., El nuevo Derecho penal español. LH-Valle Muñiz, 2001, 1729.; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

<sup>19</sup> BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369.

respecto del delito de malversación<sup>20</sup> y se caracteriza, sobre todo, por asimilar el ánimo de lucro al ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*<sup>21</sup>. Por ello se ha manifestado que la expresión «ánimo de lucro» no dará lugar a su ubicación como un elemento diferente del dolo, sino que es una señal expresiva del carácter doloso del delito o que funge como refuerzo del dolo mismo<sup>22</sup>. Según algunos, esto implica que el ánimo de lucro excluye directamente el delito doloso eventual<sup>23</sup>.

**b) Interpretación económico-subjetiva:** Si el provecho económico se juzga desde la perspectiva del autor, se está en el terreno de la definición del concepto económico subjetivo<sup>24</sup> del ánimo de lucro, que lo entiende como enriquecimiento o provecho económico<sup>25</sup>. Esta perspectiva también ha sido trasladada al delito de malversación<sup>26</sup>, y parece haber sido este el enfoque de quienes intervinieron en la elaboración de la LO 14/2022<sup>27</sup> (así como por la defensa de algunos de los condenados en el caso conocido como el *procés*<sup>28</sup>).

Por otro lado, está la **interpretación amplia:** Esta interpretación, que ha sido mayoritaria en la jurisprudencia en relación con los delitos patrimoniales<sup>29</sup> y el delito de malversación entre 1995 y 2015<sup>30</sup>, sostiene que el ánimo de lucro debe entenderse en un

---

<sup>20</sup> ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 15. Gran acogida en la jurisprudencia cuando estaba en vigor la formulación original del delito en el CP de 1995, entre otras: STS 94/2002, 02-02.

<sup>21</sup> Así, recientemente, ATS 2368/2023, 12-01, 27.

<sup>22</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: EPB, 2002, 907.

<sup>23</sup> Entre otros: MORILLAS CUEVA, en: DP. PE., 2.ª ed., 2005, 919; MANZANARES SAMANIEGO, CP, t. II, PE., 2010, 1160. Sobre la tensión entre tipos que exigen algún tipo de intención o ánimo y el dolo directo de segundo grado, v. LUZÓN PEÑA, DP. PG., 3.ª ed., 2016, nm. 16/53. También en este sentido crítica a la sentencia en el caso conocido como ERE por haber condenado por el delito de malversación en dolo eventual pese a admitir que concurría ánimo de lucro: MARTÍN PALLÍN, "Caso ERE": una sentencia equivocada y un indulto justificado, en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-09/caso-ere-una-sentencia-equivocada-y-un-indulto-justificado.html> (fecha de consulta: 16.08.23).

<sup>24</sup> DÍAZ PALOS, en: NEJ, 1950, 674, RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 205; ROCA AGAPITO, en: LH-Valle Muñiz, 2001, 1729; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

<sup>25</sup> En la jurisprudencia: lucro como enriquecimiento propio o ajeno: STS de 24 de febrero de 1993 o de 25 de enero de 2000. En la doctrina, entre otros: RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 230. Ánimo de lucro para el delito de administración desleal entendido en un sentido económico subjetivo, GÁLVEZ JIMÉNEZ, El delito de administración desleal (artículo 252 del Código penal) en el ámbito de las sociedades de capital) 2019, 284; GARCÍA ARÁN, Hurto, 1998, 131 s.

<sup>26</sup> STS 60/2023, 7-02.

<sup>27</sup> ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 16.

<sup>28</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Malversación, sedición y desórdenes públicos tras la reforma, en: República (fecha de consulta: 22.08.23).

<sup>29</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: DP. económico y de la empresa, 2018, 208.

<sup>30</sup> Entre otras, STS 8421/1998, 29-07 Caso Marey, STS 749/2022, 13-09; STS 507/2020, 14-10; STS 277/2015, 3-06; STS 1514/2003, 17-11, STS 734/2022, 7-07; STS 624/2022, 23-06; STS 697/2022, 23-06; STS 569/2022, 19-05; STS 899/2021, 18-11. Se indica el año 2015 como fecha de referencia puesto que en ese año el delito de malversación fue modificado por medio de la LO 1/2015 y la malversación pasó de

sentido amplio. Según esta perspectiva, la intención del autor de obtener cualquier tipo de beneficio o ventaja se incluye en la definición del ánimo de lucro, no limitándose únicamente a términos económicos. De esta manera, se considera que el ánimo de lucro puede abarcar también utilidades o beneficios meramente contemplativos, así como beneficios altruistas de carácter político o social<sup>31</sup>, es decir, se entiende como *animus lucri faciendo gratia*.

Ahora bien, aunque entiendo que el ánimo de lucro es un elemento prescindible para el delito de malversación<sup>32</sup>, lo cierto es que en la actualidad tal elemento se encuentra previsto en el tipo penal del art. 432 CP. De las interpretaciones antes mencionadas, considero que la menos problemática es aquella que asimila el ánimo de lucro con el *animus rem sibi habendi* y, por tanto, como un refuerzo del carácter doloso de la conducta.

Entiendo que el tema del ánimo de lucro es relevante porque no existe un criterio unánime en la jurisprudencia. Los mencionados criterios de interpretación del ánimo de lucro están siendo aplicados por los jueces según qué casos, lo cual genera una enorme inseguridad jurídica. Por otro lado, me parece altamente inconveniente tal elemento para el delito de malversación, pues dependiendo del criterio que se acoja se corre el riesgo de reducir o de ampliar (arbitrariamente, si no hay un criterio único) las conductas que pueden encajar en el tipo penal de malversación por apropiación.

### 3. Ánimo de enriquecimiento en la nueva ley de amnistía

La LO 1/2024, de 11 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, dispuso en el art. 1, apartados a) y b), que serán amnistiables, entre otros, los actos tipificados como delitos de malversación que tuvieron lugar en aquella oportunidad con ocasión del proyecto político independentista, **siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento**. A su vez, en el art. 2, apartado e), se prevé como exclusión a efectos de aplicación de la amnistía a los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses de la Unión Europea.

---

tener la estructura y contenido tradicionales para concebirse como formas de administración desleal y de apropiación indebida por parte de funcionario público sobre patrimonio público, sin la inclusión del ánimo de lucro para ninguna de sus modalidades.

<sup>31</sup> SAP Burgos 38/2018, 29-01.

<sup>32</sup> Entre otras razones, considero que exigir un elemento subjetivo adicional al dolo, especialmente si el ánimo de lucro se entiende como ánimo de enriquecimiento, disminuye la importancia del bien jurídico del patrimonio público y su correcta gestión.

El 1 de julio de 2024, el TS mediante auto dispuso que los hechos calificados como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos no han sido abarcados por la Ley de Amnistía puesto que se cumplen con las dos restricciones acabadas de mencionar. Interesa resaltar algunas cuestiones sobre el propósito de enriquecimiento.

*a)* Los condenados en el caso *procés* lo fueron por el delito de malversación como forma de administración desleal en los términos establecidos por la LO 1/2015. En aquel entonces no se exigía el ánimo de lucro como elemento expresamente plasmado del tipo penal (ni del tipo base de malversación, arts. 432.1, 432.2 CP, ni de los delitos remisorios, arts. 252 y 253 CP). En este sentido, ni en los supuestos fácticos de la sentencia condenatoria del *procés* (STS 459/2019) ni en los jurídicos, se hace referencia alguna al ánimo de lucro. Pero también es cierto que cuando se reforma el delito de malversación en 2022, los autos que se emitieron en revisión de la sentencia condenatoria dispusieron que se apreciaba un delito de malversación por apropiación del art. 432 CP y en aquellos se afirmó que «el ánimo de lucro no resultaba diferente del *animus rem sibi habendi*» y también como «cualquier beneficio, aprovechamiento o satisfacción»<sup>33</sup>.

*b)* Entiendo que la ley de amnistía no está pretendiendo abrir una brecha para un nuevo entendimiento del ánimo de lucro solo en el sentido de «propósito de enriquecimiento», sino que está restringiendo la aplicación de la gracia a los casos en los que haya concurrido, para unos hechos muy concretos, tal propósito de enriquecimiento. Así lo ha indicado el TS cuando menciona, en el auto del pasado 1 de julio de 2024, que «el legislador ha estimado necesario abrir un paréntesis a cien años de jurisprudencia y hacerlo para unos hechos y unos protagonistas muy concretos. Paréntesis que volverá a cerrarse para todos los demás ciudadanos que han sido condenados por un delito de la misma naturaleza»<sup>34</sup>. De no entenderse de esta manera, y aplicar en lo sucesivo una interpretación estricta (concepción económica subjetiva) del ánimo de lucro se produciría el efecto poco conveniente de restringir en demasía la tipicidad del delito y, además, de convertir a un delito de apropiación a uno de enriquecimiento, con las consecuencias negativas que ello tiene de cara a la protección del bien jurídico patrimonio público. Entiendo y espero que así sea, esto es, que no haya en la ley de amnistía una suerte de mandato o directriz interpretativa para que, en lo que sigue, se restrinja el delito de malversación a los supuestos en los que el autor obre con el propósito de enriquecerse.

---

<sup>33</sup> ATS 2368/2023, 12-01; ATS 20417/2023, 26-06.

<sup>34</sup> ATS 1-07-2024, 34.

c) Al margen de lo anterior, considero que lo que no tiene asidero alguno son las razones que ha dado el TS para afirmar que en el caso de los condenados por el *procés* hubo propósito de enriquecimiento, esto es, porque no hubo empobrecimiento de los condenados que destinaron el patrimonio público para las labores materiales que conllevaba el proyecto independentista. Y es que no puede equipararse no empobrecimiento a propósito de enriquecimiento. Por el contrario, el propósito de enriquecimiento, como bien lo muestra el voto particular, solo tiene razón de ser si se lo analiza en el sentido de que la desviación del patrimonio hubiera tenido una intención de corrupción personal y de acrecentamiento patrimonial para sí o para un tercero<sup>35</sup>, lo cual no se probó en ese caso.

#### 4. El art. 433 CP tras la reforma operada por la LO 14/2022

La LO 14/2022 «revive» el precepto penal contemplado en el art. 397 del CP 1973 consistente en dar al patrimonio público una aplicación pública diferente. Esta modalidad de malversación tuvo como finalidad limitar las facultades discrecionales de los órganos administrativos en lo referido a la inversión de los fondos públicos<sup>36</sup>. Sin embargo, debido al hecho de que en este caso la distracción tiene como fin la aplicación pública, fue cuestionado por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, quienes aducían que tal modalidad reviste una menor gravedad<sup>37</sup> en comparación con las conductas malversadoras de apropiación o incluso con la de uso, dado que difícilmente puede evidenciarse allí un perjuicio real para la causa pública cuando muchas veces se ha comprobado que la desviación ha tenido lugar para la atención de servicios no satisfechos y necesitados de cumplimiento por la Administración, tanto así que en muchos casos en los que se había apreciado este delito se terminó absolviendo por la concurrencia de un estado de necesidad justificante<sup>38</sup>.

En la actualidad, el art. 397 CP 1973 encuentra su reflejo en el art. 433 CP después de la modificación operada por la LO 14/2022 de ahí que, pese al escepticismo de algunos autores en la doctrina que veían este delito como una mera infracción administrativa que

---

<sup>35</sup> ATS 1-07-2024, Voto particular por la Magistrada Ana María Ferrer García, p. 56 s.

<sup>36</sup> FERRER SAMA, CP, t. IV, 1956, 199.

<sup>37</sup> Entre otros, BLECUA FRAGA, ADPCP 1985, 747; QUERALT JIMÉNEZ, DP. PE, 1992, 457; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, DP. PE., 18.ª ed., 1995, 1187; ENTRENA FABRÉ, Malversación, 1999, 22 s.; CARRILLO RUIZ, Malversación, 2024, 37 s.

<sup>38</sup> ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 30.

debía quedar relegada a otros ámbitos del Derecho distintos del DP, una de las razones<sup>39</sup> para su reintroducción puede ser el hecho de que hubo una resignificación social de esta conducta tal vez por la consideración de que aquella figura no debió en ningún momento ser suprimida del ordenamiento jurídico puesto que puede ser eficaz para la lucha contra la corrupción y que merece, en caso de ser realizada, no un reproche por el Derecho administrativo sancionador, sino más bien por el DP. Esto puede afirmarse, además, si se atiende a la mayor respuesta penal en términos de cantidad de pena imponible que se prevé ahora para este delito, que va de 1 a 4 años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de 2 a 6 años en los casos en los que resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que el patrimonio estuviere consignado (delito grave, art. 33.2 CP) y de inhabilitación de empleo o cargo público de 1 a 3 años y multa de 3 a 12 meses en los casos en los que no resultare (delito menos grave, art. 33.3 CP), mientras que en el CP 1973 esta misma modalidad no comportaba penas de prisión.

Ahora bien, dada la similitud del actual art. 433 CP con el art. 397 CP 1973 es importante considerar que este último siempre se entendió que hacía referencia a la desviación de patrimonio público a finalidades lícitas y que las desviaciones ilícitas corresponderían, en todo caso, a los supuestos de malversación por apropiación del art. 432 CP<sup>40</sup>. La redacción del art. 433 CP permite concluir que su marco de aplicación se da cuando la destinación sea a una finalidad pública, esto implica que esté pensada para la satisfacción de intereses generales, acorde con lo previsto por el art. 103.1 CE. En esta medida, *destinación pública* se contrapone necesariamente a *destinación ilícita* y a *destinación privada*.

Entiendo, entonces, que en el art. 433 CP se dirige el patrimonio a una finalidad lícita, pero con el desvío de este de esa finalidad lícita se produce una irregularidad por apartar el patrimonio del destino inicialmente previsto para aquel.

En todo caso, para que sea una conducta delictiva ha de cumplir con el presupuesto de lesividad en el contexto de un DP entendido como la *ultima ratio*. En esa medida no cualquier tipo de desviación de patrimonio con respecto al destino inicialmente

---

<sup>39</sup> Aunque nada obsta para interpretar que la reincorporación de este delito obedeció también a las razones políticas que motivaron la reforma de la LO 14/2022, esto es, que se apreciara este tipo penal privilegiado del art. 433 CP en vez del art. 432 CP a los condenados del *procés* una vez se hiciera la revisión de la sentencia condenatoria emitida por la STS 459/2019.

<sup>40</sup> En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, en: OLMEDO CARDENETE/CASTELLÓ NICÁS/JIMÉNEZ DÍAZ/BARQUÍN SANZ/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (Coords.), LH-Martínez Ruíz, 2022, 511.

determinado para él será constitutivo del art. 433 CP, sino solo aquel que tenga la virtualidad de crear un daño o entorpecimiento graves al servicio público. Por esto me parece muy discutible valorar en términos positivos la intervención del DP en los supuestos en los que se realice el destino del patrimonio a otra finalidad pública y de ello no se derive daño o entorpecimiento graves al servicio público (como se prevé al final del art. 433 CP), no solo porque allí se estaría castigando solo el apartarse de las leyes de gasto, sino además porque no habría la lesividad suficiente para que justifique que se afirme que se ha cometido un delito. Esto último, por lo tanto, debería quedar relegado al Derecho administrativo sancionador.

## 5. Conclusiones

*a)* El art. 432 CP solo debe alojar conductas que supongan una apropiación en el sentido amplio del término (abarcando supuestos de *distracción ilícita*).

*b)* El ánimo de lucro no debe de ser entendido ni como ánimo de enriquecimiento ni tampoco como cualquier clase de beneficio o ventaja, sino como *animus rem sibi habendi*, esto es, un refuerzo de la condición dolosa de un delito que supone la apropiación o, en todo caso, como propuesta de *lege ferenda*, este elemento debería ser suprimido para el delito de malversación por apropiación.

*c)* La LO 1/2024 no trae ninguna directriz para entender en lo sucesivo el ánimo de lucro como ánimo o propósito de enriquecimiento.

*d)* Existen algunas conductas de distracción que no pueden encuadrarse en el art. 432 por cuanto no suponen una apropiación definitiva, tampoco en el art. 432 *bis* en cuanto no suponen un uso temporal, ni en el art. 433 por cuanto no supondrían un daño o entorpecimiento graves del servicio público. Estos casos, según afirma la FGE, podrían ser sancionados por el art. 252 CP con la circunstancia agravante del art. 22. 7.<sup>a</sup> CP. Sin embargo, la remisión subsidiaria a este delito abre la puerta a que se castigue de manera desmedida por medio de un delito que está construido sobre derroteros privatistas.

*e)* La redacción de la última parte del art. 433 del Código Penal (cuando no resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público) plantea el riesgo de sancionar conductas que deberían limitarse al ámbito administrativo. Resta ver cómo los tribunales aplicarán este precepto en la práctica, aunque me temo que los resultados no diferirán mucho de lo ocurrido bajo el art. 397 del CP 1973, donde se terminaba absolviendo a los acusados al apreciarse estados de necesidad justificante. Esto era frecuente en casos de

uso indebido del patrimonio público, cuando, debido a una situación de urgencia, se destinaba dicho patrimonio a fines distintos a los previstos originalmente, pero siempre dentro del ámbito de otra finalidad pública. El castigo debería reservarse únicamente para aquellos casos en los que, sin concurrir una justificación válida, se cause un perjuicio o entorpecimiento graves a los servicios públicos.

\* \* \* \* \*

## Mgter. Víctor-Hugo García

Abogado y procurador por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Socio de la FICP\*.

### ~Dogmática penal para la democracia. Las teorías de Hans Welzel y Claus Roxin en la sentencia del “Juicio a las Juntas”\*\*~

**Sumario.-** I. Introducción metodológica. –II. La recepción de las teorías sobre la autoría. II.1. Algunas precisiones conceptuales. II.2. Recepción en Hispanoamérica de la teoría del dominio final del hecho. II.3. La recepción de la teoría de la autoría mediata a través de un aparato de poder –III. El “Juicio a las Juntas” de 1985. III.1. Contexto histórico y científico. III.2. Las posiciones de la Fiscalía y de la defensa en relación con la autoría. III.3. La recepción de las teorías en la sentencia. –IV. Conclusión –V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

Desde 1966 a 1976, los gobiernos civiles y militares de la República Argentina causaron uno de los peores exilios y vaciamientos jamás sufridos por los países latinoamericanos.

Fue así que, tras la tristemente célebre “Noche de los Bastones Largos” de 1966, la Universidad de Buenos Aires (institución que, hasta entonces, podía decir que sus egresados habían conseguido un Premio Nobel de la Paz, y otro de Medicina) sufrió la renuncia y el exilio de más de 300 profesores universitarios. Entre estos, se encontraban profesionales reconocidos en Europa y Estados Unidos, como Tulio HALPERÍN DONGHI (1926-2014), Gregorio KLIMOVSKY (1922-2009) y Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (1889-1970)<sup>1</sup>.

Tras la caída del gobierno democrático de Héctor J. CÁMPORA (1973), y el posterior advenimiento del llamado “Proceso de Reorganización Nacional” (1976-1983) la violencia de las bandas paramilitares, y de los propios militares, terminaron por llevar los exilios forzados a sus últimas consecuencias. En este sentido, por solo referirse a la

---

\* Doctorando en el Instituto Universitario de Investigación Ortega bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h.c. Enrique BACIGALUPO. Abogado y procurador por la Universidad de Buenos Aires. Escribió su Trabajo Final de Maestría en la Universidad de Estocolmo sobre el “Juicio a las Juntas” (2019-2021), y publicó, además, artículos y capítulos de libros sobre temas relativos al Derecho penal, procesal penal y penitenciario en Argentina, España y Ecuador.

\*\* El presente trabajo fue publicado en Buenos Aires y puede hallarse con la siguiente referencia: GARCÍA, Víctor-Hugo, Dogmática penal para la democracia. Las teorías de Hans Welzel y Claus Roxin en la sentencia del “Juicio a las Juntas”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 7 (julio, 2024), La Ley/Thomson Reuters, pp. 29-52.

El autor desea expresar su más cordial agradecimiento a los Maestros Enrique BACIGALUPO, Sergio DELGADO y Guillermo MIRA DELLI-ZOTTI por los generosos consejos y recomendaciones sin los cuales este no podría haber sido realizado.

<sup>1</sup> ROLDÁN CAÑIZARES, Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República y Exilio, Madrid, Dykinson, 2019 y GARCÍA, Víctor-Hugo, Recensión del libro ‘Victoria Kent al frente de las prisiones españolas 1931-1932. El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República’, Icaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, año 15, número 12, 2021, pp. 485-511.

Facultad de Derecho de la UBA, Esteban RIGHI y Gladys ROMERO (entre muchos otros) debieron dejar el país en medio de amenazas contra sus vidas. Asimismo, tanto el jurista chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ que había escapado previamente del régimen de Augusto PINOCHET<sup>2</sup>, como Roberto BERGALLI (1936-2020), lograron salir del país después de sufrir prisión sin proceso<sup>3</sup>.

En este grupo de penalistas condenados *de facto* a seguir el camino del ostracismo se encontraba, también, Enrique BACIGALUPO.

Aunque sus logros académicos y profesionales son conocidos<sup>4</sup>, pueden mencionarse que estudió bajo la dirección, entre otros, del citado JIMÉNEZ DE ASÚA, del entonces profesor de la Universidad de Bonn, Hans WELZEL (1904-1977) y de Armin KAUFMANN (1922-1985). Su primera tesis doctoral mereció el premio “Florencio Varela” a la mejor tesis de la Universidad de Buenos Aires<sup>5</sup> (1970), y, entre otros cargos, ocupó los de Procurador del Tesoro de la Nación<sup>6</sup> (1973) y el de magistrado del Tribunal Supremo Español (1987-2011). Su obra teórica es, asimismo, una referencia obligada tanto en temas de parte general como de parte especial del Derecho penal.

Sin embargo, como es conocido, la muerte de Juan Domingo PERÓN (1895-1974), llevó al poder a su viuda, María Estela (a) “Isabel” MARTÍNEZ DE PERÓN y a su ministro de “bienestar” José LÓPEZ REGA (1916-1989). El brazo armado de este remedo de gobierno estaba constituido por la llamada “Triple A”, quien no tardó en desencadenar una sangrienta persecución contra profesores, intelectuales y políticos opositores.

---

<sup>2</sup> BUSTOS RAMÍREZ había nacido en 1935, y falleció en 2008. El régimen pinochetista duró, a su vez, de 1973 a 1990.

<sup>3</sup> Se afirma que las gestiones de la Embajada de la República Federal Alemana en Argentina contribuyeron decididamente a su rescate de la prisión y salida del país (en particular las de Hilde y Armin KAUFMANN, que viajaron a ese efecto a Buenos Aires). CROXATTO, Guido/ZAFFARONI, Eugenio, El pensamiento alemán en el derecho penal argentino, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 22, 2014, pp. 192-212. Consultado en: [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/46154>] el 10 de febrero de 2024.

<sup>4</sup> Entre otras reseñas biográficas, puede consultarse: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Prólogo, en: BACIGALUPO, E., *Teoría y Práctica del Derecho Penal*. Tomo I, 1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 17-20 y, GARCÍA, Víctor-Hugo, Núñez, Maier y los Märchen de Heinrich Heine. Entrevista al Dr. Dr. h. c. mult. Enrique Bacigalupo Zapater, *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Universidad de Córdoba, 2021. Consultado en: [[https://www.academia.edu/45649903/N%C3%9A%C3%91EZ\\_MAIER\\_Y\\_LOS\\_M%C3%84RCHEN\\_DE\\_HEINRICH\\_HEINE\\_Entrevista\\_al\\_Dr\\_Dr\\_h\\_c\\_mult\\_Enrique\\_Bacigalupo\\_Zapater](https://www.academia.edu/45649903/N%C3%9A%C3%91EZ_MAIER_Y_LOS_M%C3%84RCHEN_DE_HEINRICH_HEINE_Entrevista_al_Dr_Dr_h_c_mult_Enrique_Bacigalupo_Zapater)] el 13 de marzo de 2024.

<sup>5</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, Madrid, Dykinson, 2006.

<sup>6</sup> El Procurador del Tesoro de la Nación es el asesor jurídico del gobierno, en ciertos casos, su representante ante los tribunales y el jefe de la Abogacía del Estado. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: BACIGALUPO, E., *Teoría*, 2009, p. 17.

En ese contexto violento y demencial, BACIGALUPO fue expulsado de la Universidad de Buenos Aires sin procedimiento administrativo ni expresión de motivo alguno en su resolución<sup>7</sup>. A pesar de esto, su producción intelectual continuó, y, tras pasar por la República Federal Alemana y tomar un segundo doctorado en Madrid, el autor dejó abierta una interesante línea de investigación:

*“En 1983 propuse que ‘la recepción y el desarrollo de las categorías de la dogmática jurídico-penal alemana en los países de habla hispana, merecería sin duda una investigación independiente’<sup>8</sup>”.*

El presente trabajo pretende realizar un análisis del tipo propuesto. En este sentido, se tratará de evaluar la recepción de tales categorías en uno de los episodios más importantes desde la vuelta de la democracia en Argentina y que se considera, por esto, como uno de los eventos fundacionales de la “Justicia Transicional”<sup>9</sup>: el llamado “Juicio a las Juntas” de 1985 (en adelante, “el Juicio”).

En este, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires (integrada por los jueces Jorge TORLASCO, Ricardo GIL LAVEDRA, León Carlos ARSLANIAN, Jorge VALERGA ARÁOZ, Guillermo LEDESMA y Andrés J. D’ALESSIO, en adelante “la Cámara” o “el tribunal”) condenó, en su sentencia de 9 de diciembre, a cinco de los nueve militares acusados<sup>10</sup> (entre estos, a Jorge Rafael VIDELA, y al considerado como el peor criminal de la Historia Argentina: Emilio Eduardo MASSERA<sup>11</sup>).

---

<sup>7</sup> La razón parece haber sido el haber ocupado el citado cargo de Procurador del Tesoro durante el gobierno constitucional anterior (1973). En este, BACIGALUPO presentó además dictámenes acerca de la vigencia de la Constitución y la ilegitimidad irremediable de los Golpes de Estado, separándose de forma tajante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Op. Cit.

<sup>8</sup> BACIGALUPO, Enrique, Delito y Punibilidad, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 11, y La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica, In Dret, 2, 2019, p. 3. Consultado en: [<https://indret.com/la-recepcion-de-la-dogmatica-penal-alemana-en-espana-y-latinoamerica/>] el 14 de marzo de 2024.

<sup>9</sup> SIKKINK, Kathryn, The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics, New York, W. W. Norton & Co, 2011.

<sup>10</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Texto completo de la sentencia dictada el día 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en pleno, en la causa n° 13/84, integrada por los jueces Jorge Torlasco, Ricardo Gil Lavedra, León Carlos Arslanián, Jorge Valergra Araoz, Guillermo Ledesma y Andrés J. D’Alessio.

<sup>11</sup> Es interesante que dos autores de distinto signo ideológico hubieran coincidido al respecto: Jorge Luis BORGES y Osvaldo BAYER. Véase: 30 de julio de 1985, ‘Los militares no exigen que se les aplique su sistema’. Jorge Luis Borges habla sobre el juicio, El Diario del Juicio, nro. 10, y BAYER, Osvaldo, Prólogo, ASOCIACIÓN DE MADRES DE PLAZA DE MAYO, Massera. El genocida, Buenos Aires, 1997.

Reconocidos autores como Alberto FERNÁNDEZ<sup>12</sup>, Marcelo SANCINETTI<sup>13</sup> y Carlos Santiago NINO<sup>14</sup> se refirieron, con mayor o menor profundidad, a los argumentos dogmático penales utilizados por la Cámara a fin de atribuir los hechos a los acusados en calidad de autores. Existe, por esto, un consenso en que las principales teorías aplicadas fueron la del *dominio final del hecho* (*Tatherrschaft*), y de la *autoría mediata a través de un aparato de poder* (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*). Sin embargo, y siguiendo lo planteado *ut supra*, surge una pregunta que vincula los dos tópicos mencionados: ¿Quiénes efectuaron la recepción en Argentina de estas teorías (formuladas originalmente en Alemania) y contribuyeron, así, a su aplicación en el Juicio a las Juntas?

Este trabajo propone la hipótesis de que, entre todos los autores que llevaron a cabo tal recepción, Enrique BACIGALUPO tuvo un rol destacado al lograr una idea clara sobre estas dos teorías y propiciar su posterior aplicación en el “Juicio”.

Para esto, se presentarán, en la primera parte, un resumen de las obras donde se efectúa esta recepción. En la segunda parte, se evaluarán, desde el punto de vista de las teorías analizadas, los considerandos VI y VII de la sentencia a fin de indagar en las estrategias de la fiscalía, la defensa, y la fundamentación de la sentencia del tribunal. Finalmente, la conclusión repasará los resultados y pondrá a prueba la hipótesis planteada.

## II. LA RECEPCIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LA AUTORÍA

### 1. Algunas precisiones conceptuales

Hacia la época del “Juicio a las Juntas”, Alberto FERNÁNDEZ era profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tuvo, por esto, un gran compromiso en la divulgación de los principales conceptos del Derecho penal, a fin de acercar los debates a las personas no familiarizadas con el vocabulario técnico. Sus columnas en “El Diario del Juicio” son útiles, justamente, para la introducción a los complejos debates de la llamada teoría del delito<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> MONCALVILLO, Mona/FERNÁNDEZ, Alberto Ángel/MARTÍN, Manuel, Juicio a la Impunidad, Buenos Aires, Ediciones Tarso, 1985.

<sup>13</sup> SANCINETTI, Marcelo, Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1988.

<sup>14</sup> NINO, Carlos Santiago, Juicio al Mal Absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso, Buenos Aires, Emecé, 1997.

<sup>15</sup> Durante el Juicio a las Juntas, FERNÁNDEZ y Eduardo VARELA CID denunciaron a los directivos de varias publicaciones debido al uso que hicieron de personas ilegalmente detenidas a fin de fraguar

FERNÁNDEZ sostuvo entonces que, en principio, todo delito es consecuencia de la concurrencia de distintos elementos: 1) una *acción*, entendida como conducta humana voluntaria manifestada como actividad (*comisión*) o inactividad (*omisión*); 2) que esa acción pueda encuadrarse en una *norma* que la haya previsto como delictiva (*tipicidad*); 3) que sea *ilícita*, es decir, contraria a ordenamiento jurídico (*antijurídica*); y 4) que se le pueda *reprochar* a sus autores, instigadores o cómplices el ser causantes y responsables de ese resultado (*culpable*)<sup>16</sup>.

Partiendo de este punto, la presente sección pondrá el foco en las líneas fundamentales de las diversas teorías de la acción y de la autoría que se debatieron en el “Juicio”. Esto permitirá adentrarse, con cierta profundidad, en la importancia de los aportes teóricos registrados a través de la recepción de la dogmática penal alemana.

Para comenzar, puede decirse que la cuestión ha abierto un debate en la Alemania de los primeros años de la posguerra. Es así como, desde la década de 1960, los ecos de tal polémica alcanzaron la Argentina, y los siguientes conceptos de *acción* comenzaron a entrar en pugna:

- Por un lado, los partidarios de la teoría causal de la acción (*kausale Handlungslehre*) sostuvieron que *acción* es un acto de la voluntad dirigida a un fin, pero, de acuerdo con la estructura citada, se oponían a que el contenido de la finalidad (es decir, lo que el sujeto quiere conseguir con su acción) tuviera que ser objeto de valoración en la *tipicidad* (2), y no en la *culpabilidad* (4). Para esta teoría, lo único que importa para establecer el concepto de acción, como base de todas las formas de aparición del delito, es que sea una acción voluntaria. Por otro lado, lo que el sujeto quiere, el contenido de esa voluntad, sólo debe ser objeto de valoración en la *culpabilidad*, como formas de esta (dolo o imprudencia<sup>17</sup>), salvo que ya el

---

“entrevistas” donde se las presentaba como familiares de “terroristas” y minar, así, la credibilidad de las numerosas denuncias por violaciones de Derechos Humanos. FERNÁNDEZ, Alberto Ángel, 30 de julio de 1985, La necesidad de una pronta respuesta, El Diario del Juicio, nro. 10.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ, Alberto Ángel, 27 de mayo de 1985, La legítima defensa es un argumento insostenible, El Diario del Juicio, nro. 1.

<sup>17</sup> BACIGALUPO define al *dolo* como, “(...) el *conocimiento* y *voluntad de realización del tipo objetivo*. Obra con dolo, en consecuencia, el que sabe lo que hace y hace lo que quiere. El autor tiene que saber para ello que realiza un hecho y qué hecho realiza. Por lo tanto, los elementos del dolo son el *conocimiento* del tipo objetivo y la *voluntad* de realización. El primero es llamado también elemento cognitivo, mientras que el segundo es designado a veces como elemento volitivo”.

A su vez, en la imprudencia, el autor no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito. El resultado no es producto de su voluntad, sino de su *negligencia*, (por ej., del incumplimiento del deber de cuidado en el tráfico). En consecuencia, los delitos culposos de caracterizan por esta infracción

legislador en algunos tipos delictivos requiera para dar relevancia penal a la conducta la presencia de determinadas finalidades, motivaciones o deseos<sup>18</sup>.

- Por otro lado, los partidarios de la teoría final de la acción (*finale Handlungslehre*) sostuvieron que el legislador estaba obligatoriamente vinculado a las estructuras ontológicas de la acción, y, al ser ésta el ejercicio de una *actividad final*, también la finalidad del sujeto agente tenía que ser objeto de valoración ya en la propia configuración típica del delito en general (2; es decir, en la ley), y no ya sólo en algunos en particular.

Señala Francisco MUÑOZ CONDE que la evolución posterior del sistema de la teoría del delito parece haberle dado la razón a esta última, en la medida en la que, para prácticamente la totalidad de los Tratados y Manuales alemanes actuales de Derecho penal se expone el *dolo* como elemento de la *tipicidad* debido a que esto se adapta mejor a la estructura típica de los delitos dolosos tal como se describen por el legislador. Acciones como “matar” no son simples procesos causales puestos en marcha por la voluntad humana<sup>19</sup>.

No obstante, en Argentina el debate seguía en pugna y comenzó a intensificarse, sobre todo, con la propuesta de aplicación de la teoría final de la acción al Código Penal Argentino (en adelante CPA); tema a abordarse en la siguiente sección.

## 2. Recepción en Hispanoamérica de la teoría del dominio final del hecho

En su clásico relato “Los Teólogos”, BORGES describe una disputa en una materia en la que, si bien no puede decirse que fuera Derecho penal en el sentido moderno, lo cierto es que el haber adherido o no con determinadas disposiciones podía tener consecuencias tan graves como la ejecución pública. Este campo es el de la *teología especulativa*.

---

del deber de cuidado o, dicho de otra manera, por el obrar sin la diligencia debida (*negligencia*). BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 33.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 129 y ss.

<sup>19</sup> El profesor sevillano termina sosteniendo que “(...) Pero tampoco procesos causales dirigidos por la voluntad a un fin constitutivo del tipo objetivo de un delito son en sí mismos por eso ya penalmente relevantes, sino sólo en la medida en que en las relaciones humanas de intercambio y comunicación tienen un significado, pues, como ya ha sido destacado en las más recientes aportaciones sobre la teoría de la acción, ésta no es el simple sustrato de una valoración, sino la valoración de un sustrato. Por lo demás, tanto en relación con el concepto de acción, como con otros conceptos de la Teoría del delito (causalidad, imputación objetiva, culpabilidad, etc.) domina hoy un planteamiento normativo que le ha quitado, por lo menos desde el punto de vista teórico y filosófico, prácticamente toda relevancia a los planteamientos puramente ontologicistas de MEZGER y WELZEL.”. Op. Cit., p. 133.

En este, los teólogos Aureliano y Juan de Panonia comienzan un duelo teórico secreto que se extiende hasta la llegada de una secta herética conocida como los histriones. La investigación llevada a cabo para acusarlos da por resultado que uno de ellos termine en la hoguera, y que su muerte se refleje en la que es, por su brevedad y crudeza, la más escalofriante descripción de una ejecución que pueda leerse<sup>20</sup>.

La llegada de la teoría del dominio final del hecho a Argentina parece remitir, en no poca medida, pero sin el final dramático, a la confrontación áulica descripta.

Como introducción, puede decirse que, desde el comienzo de su refinamiento a fines del siglo XIX, la ciencia del Derecho penal alemana tuvo un decisivo avance en la temprana distinción entre la autoría, la instigación y la complicidad. No obstante, terminó siendo la *delimitación* de cada una de estas formas de participación lo que continúa dando lugar a fuertes polémicas en su doctrina y jurisprudencia.

Así, existió, por un lado, la llamada *teoría formal-objetiva de la participación (formell-objektive Theorie)*, según la cual lo que decide la penalidad como autor o partícipe en la coproducción de un delito por varias personas, no es lo *objetivamente* producido por el aporte al hecho, sino la dirección *subjetiva* de la voluntad del partícipe respectivo. Desde este punto de vista, se considerará autor a quien obre con *voluntad de autor (animus auctoris)*, con independencia de su aporte exterior al resultado. Esto equivale a decir que no se pena a aquel que realice el hecho dependiendo de la decisión de otro, sino quien quiere cometer el delito por su propia decisión y sus intereses personales. Asimismo, aun quien solamente haya participado en el planeamiento y la preparación del hecho punible, será autor, si actuó con voluntad de autor; y a pesar de que haya participado en la ejecución propiamente dicha.

No obstante, tal posición establece, a su vez, una pena atenuada para quienes ejecutaron el hecho de propia mano y de forma innecesaria, si se obró en interés de otro y por encargo, sin que exista una dependencia interior respecto del otro. En estos casos, y a pesar de la ejecución de propia mano del hecho, se atribuye al ejecutante solo una voluntad de cómplice.

En el extremo opuesto, la ciencia del Derecho penal alemana ubica a la llamada *teoría material-objetiva de la participación (materiell-objektiven Theorie)*, según la cual, en los casos de correalización, el autor no debe determinarse de acuerdo con la dirección

---

<sup>20</sup> BORGES, Jorge Luis, Jorge Luis Borges II. 1945-1970, Estocolmo, Bokförlaget Tranan, 2019.

de su voluntad, sino según la importancia, objetivamente considerada, de su aporte al hecho. Así, es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el citado dominio o codominio del suceso (*codominio del hecho*)<sup>21</sup>.

Sus principales representantes (Hans WELZEL<sup>22</sup>, Wilhelm GALLAS<sup>23</sup> y Reinhart MAURACH<sup>24</sup>) sostienen que el autor es quien “mantiene en sus manos el transcurso del hecho” (*in der Hand des Verbrechers liegende Progression der Tat*<sup>25</sup>), y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener su transcurso. De esto se sigue que lo decisivo no sea la motivación, sino el *aporte objetivo* que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. De haber tenido un papel dominante en la ejecución del hecho será autor, aun cuando haya obrado en interés o por instigación de otro; si, por otro lado, no ha tenido una posición dominante en la comisión del hecho, será solo partícipe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito.

Por otro lado, se afirma que las numerosas traducciones del alemán que tuvieron lugar a poco de iniciado el siglo XX<sup>26</sup> permitieron consolidar la interpretación y sistematización del derecho vigente en España y en Argentina, refiriéndolo al modelo de pensamiento jurídico caracterizado como *German approach*<sup>27</sup>. Esta es la razón por la que, tras el desarrollo expuesto, el alcance de la discusión sobre las teorías expuestas no se limitó a la dogmática penal alemana.

Es decir, aunque, en un primer momento se vieron ligados al contenido del orden jurídico de determinadas naciones, no pasó demasiado tiempo hasta que los problemas dogmático-penales en otros países comenzaron a tener que desenvolverse y sistematizarse

---

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 9ª edición alemana (2015) por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2016.

<sup>22</sup> WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte General, traducción del alemán por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez. 11ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

<sup>23</sup> GALLAS, Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlín, Walter de Gruyter, 1968.

<sup>24</sup> MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, traducción y notas de Derecho Español de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

<sup>25</sup> MAURACH, Reinhart, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4ª edición, Karlsruhe, Verlag C. F. Karlsruhe, 1971, p. 518.

<sup>26</sup> Destaca BACIGALUPO que en 1917 apareció la versión castellana de la 18ª y 20ª edición del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Derecho Penal Alemán) de Franz VON LISZT por JIMÉNEZ DE ASÚA, adicionadas con notas al derecho español de Quintiliano SALDAÑA (1878-1938). Esta obra de VON LISZT, cuya primera edición, con el título *Reichs-Strafrecht* data de 1881, había tenido una enorme repercusión fuera de Alemania y, en sucesivas ediciones, ya había sido traducida al portugués en 1899, al griego moderno en 1900 y 1914, al serbio en 1902, al ruso en 1903, al japonés en el mismo año y al francés en 1911 y 19132. BACIGALUPO, In Dret, 2, 2019, p. 2.

<sup>27</sup> SCHÖNBERGER, Christoph, Der “German Approach”, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

siguiendo el citado *approach*. Esto debido a que los problemas objetivos de los que se ocupa son independientes del tiempo y lugar.

En la República Argentina, la autoría y participación se discute, sobre todo, en torno al art. 45 del CPA, el cual dispone:

*“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.”*

Durante la primera mitad del siglo XX, las interpretaciones dominantes en torno a este artículo seguían la llamada teoría causalista de la acción. Los profesores Sebastián SOLER (1899-1980), Ricardo NÚÑEZ (1908-1997) y JIMÉNEZ DE ASÚA se enrolaban entonces en la posición llamada *formal-objetiva*. Esto no impidió que fuera esta último quien, partiendo del punto de vista de la dogmática penal alemana, le efectuara serias críticas:

*“(...) tomar parte directa en la ejecución -como dice el Código Penal de España y muchos de los hispanoamericanos- es expresión útil pero no basta por sí sola para caracterizar al autor. No creemos que se perfeccionen añadiendo, como hace DONNEDIEU DE VABRES, la exigencia de que esos actos de autor sean ‘necesarios’ para la ejecución. El auxilio ‘necesario’ podrá ser sancionado con la misma pena que los autores. Pero ese auxiliador no puede, propiamente, ser autor, aunque a los fines de la punibilidad se lo considere como tal<sup>28</sup>”.*

Tiempo después, los análisis críticos continuaron con la intervención de su discípulo, Enrique BACIGALUPO, marcando el inicio de la recepción de la teoría finalista de la acción de WELZEL como fundamento de la interpretación del Derecho penal positivo<sup>29</sup>.

En este sentido, su libro “La Noción de Autor en el Código Penal<sup>30</sup>” comienza describiendo de forma crítica las posiciones de los profesores SOLER y NÚÑEZ y su aplicación a nivel jurisprudencial.

Esto lo lleva a afirmar que la adhesión de estos autores a la citada teoría material objetiva *solo de palabra* hacía que brindaran una confusa interpretación del art. 45 CPA.

---

<sup>28</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción, Santa Fe, 1957.

<sup>29</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: BACIGALUPO, E., Teoría, 2009, p. 18.

<sup>30</sup> BACIGALUPO, Enrique, La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965. El libro fue reimpresso en: Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo II, Madrid, IUIOG-Marcial Pons, 2009, pp. 817-840.

La gravedad de esto derivaba de que, como se expuso, los criterios derivados de este debían delimitar, a nivel penal, los conceptos de autor y cómplice<sup>31</sup>.

La respuesta de BACIGALUPO consistió en una serie de puntos de partida para la interpretación coherente del artículo citado, a saber:

- a. La *autoría*, como categoría conceptual, debe alcanzar también a la *autoría mediata* y a la *coautoría* (formas a desarrollarse en la siguiente sección), que no pertenecen a la participación.
- b. Las de *autoría* y *participación* constituyen dos categorías que no pueden confundirse a pesar de la equiparación de pena que trae el art. 45. Toda equiparación, además de contradecir el contenido material de la autoría, desvirtúa el sistema de la ley que en el art. 47 establece una norma que se aplica a los cómplices e instigadores<sup>32</sup>.
- c. La autoría debe determinarse por el *valor objetivo de la actuación*, sin que pueda modificarse por el *animus* especial que tenga el autor<sup>33</sup>.

El paso posterior en el análisis consiste en dar cuenta de la recepción de la obra de WELZEL que, en cierta forma, comenzó el jurista español José CEREZO MIR (1932-2017) a través de la traducción de su clásico “El nuevo sistema de Derecho penal<sup>34</sup>”. Esto le sirve para concluir en que se ha producido un desplazamiento del punto básico de valoración de los hechos por normas penales. La estructura de la acción no puede conducir, como en las posiciones de SOLER, NÚÑEZ y JIMÉNEZ DE ASÚA, a una postura intermedia entre el finalismo y el causalismo debido a que estas no permiten alcanzar un claro criterio delimitador de las categorías de autoría y participación<sup>35</sup>.

Por otro lado, señala que los estudios que se realizaron en lo referente al grado de accesoriedad de la participación posibilitaron que la tendencia encuentre la característica decisiva de la autoría en el llamado “dominio del acto<sup>36</sup>”. Ejemplo de esto puede hallarse

---

<sup>31</sup> Op. Cit., p. 820.

<sup>32</sup> El art. 47 CPA estipula que: “*Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.*”.

<sup>33</sup> Op. Cit., p. 828.

<sup>34</sup> WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas por J. Cerezo Mir, 4ª reimpresión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de f, 2011.

<sup>35</sup> BACIGALUPO, La noción de autor..., 1965, p. 832, nota 30.

<sup>36</sup> Op. Cit., p. 834.

en Paul BOCKELMANN (1908-1987), quien, aclara, a pesar de que mantener un concepto causal de acción, también consideró a este “dominio” como la característica decisiva de la autoría.

En tal sentido, agrega, tanto la simple autoría como la autoría mediata se distinguen de la complicidad y la instigación a través de este *dominio efectivo del hecho*<sup>37</sup>.

A renglón seguido, BACIGALUPO aclara que, dado que su desarrollo fue llevado a cabo por autores con diversos puntos de vista sobre el concepto de acción, no hay completa coincidencia en la determinación de aquel. Propone entonces la opinión de WELZEL, para afirmar que,

*“no es autor de una acción dolosa quien solamente causa el resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin (...) por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho, como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos”*<sup>38</sup>.

Tal posición es completada por la de MAURACH; quien, como se señaló, sostuvo:

*“Por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. Dominio sobre el hecho lo tiene cada uno de los cooperadores que puede voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado”*<sup>39</sup>.

Lo expuesto lleva al autor a apuntar que lo decisivo es, en definitiva, que quien realmente domina el hecho no puede modificar esa situación por un acto de voluntad.

En este punto, puede uno realizar las siguientes consideraciones:

- Con los criterios finalistas fijados, ¿cuáles son los obstáculos para su aplicación al Derecho penal argentino?
- Asimismo, es dable agregar: De aplicarse, ¿de qué forma cambiaría la interpretación que entonces se hacía del art. 45 CPA?

Las respuestas del autor llegan hacia el final, volviendo sobre las ideas de NÚÑEZ y SOLER.

Así, BACIGALUPO se refiere a la confusión surgida en torno a la expresión del 45 CPA, “tomar parte en la ejecución”. Es decir, el principal obstáculo radicaba en que los autores citados nunca alcanzaron la necesaria claridad en la diferencia entre actos consumados y ejecutivos. NÚÑEZ, a su vez, habría incurrido en una serie de

---

<sup>37</sup> Op. Cit., p. 835.

<sup>38</sup> Op. Cit., p. 836.

<sup>39</sup> Op. Cit.

contradicciones las cuales tendrían origen, por ejemplo, en un uso inadecuado del lenguaje. Esta es la razón por la que, en su caso, se aprecia el manejo de un concepto carente de límites precisos<sup>40</sup>.

Su conclusión pone de relieve que, en el CPA, como en cualquier otro estructurado en forma similar (es decir, distinguiendo a los autores de los cómplices e instigadores), el recurso al *animus auctoris* o la tendencia a graduar los aportes causales en escalas cuya aplicación daría como resultado quién es cómplice y quien es autor, no puede alcanzar soluciones satisfactorias.

Es así como la escasez de posibilidades ofrecidas por esta posición conllevó que no hubiera otra solución para explicar con coherencia el sistema de la ley penal, que la elaboración de la autoría como problema de acción y en torno al concepto objetivo de dominio del hecho. Adhiere entonces a la llamada *teoría material-objetiva* (cuyos puntos básicos, reitera, desarrollaron MAURACH y WELZEL); antes de resumir el esquema propuesto por el primero de la siguiente forma:

1. Una inmediata realización del tipo es *autoría*, y resta siendo, pues, acción de autor:
  - a. No puede invocar dolo de cómplice quien realiza una característica del tipo.
  - b. Coautor únicamente lo puede ser quien muestre calidad de autor. En los delitos de propia mano, o en los delitos especiales, solo es posible complicidad o instigación, pero no autoría.
2. El coautor debe ser titular del dominio del hecho y el coautor, a su vez, debe ser cotitular del dominio del hecho<sup>41</sup>.

En su tiempo, estas conclusiones tuvieron como resultado una renovación que marcó las investigaciones dogmáticas y a la resolución de problemas de autoría surgidos a nivel jurisprudencial. De esto dan cuenta los numerosos autores que se inclinaron hacia las ideas finalistas en las universidades, los tribunales y hasta como funcionarios gubernamentales<sup>42</sup>.

El autor, por su parte, profundizó estos conocimientos de la teoría finalista poco después; cuando, en el marco de su primer doctorado, pudo tomar parte del Seminario de

---

<sup>40</sup> Op. Cit., p. 838.

<sup>41</sup> Op. Cit., p. 840.

<sup>42</sup> Entre las obras posteriores que siguieron la teoría finalista, puede contarse: RIGHI, Esteban/FERNÁNDEZ, Alberto/PASTORIZA, Luis, Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 1988.

la Universidad de Bonn, a cargo del propio WELZEL (1968-1969). Al mismo tiempo, y como se verá en la siguiente sección, dedicó gran parte de su tiempo a la traducción y difusión en Argentina de autores de habla alemana.

### 3. La recepción de la teoría de la autoría mediata a través de un aparato de poder

La obra de Claus ROXIN ha llamado tempranamente la atención de la doctrina hispanohablante; sobre todo desde que, en la década de 1970, varios de los más importantes autores españoles se consagraron a su estudio y traducción<sup>43</sup>.

Durante la época, una de las principales preocupaciones de ROXIN era el desarrollo y aplicación de la teoría conocida como de la autoría mediata mediante un aparato de poder<sup>44</sup>. Esto debido a que buscaba dar fundamentos dogmáticos al enjuiciamiento de varios exjerarcas nacionalsocialistas que se habían incorporado a la estructura estatal sin rendir cuentas por las acciones llevadas a cabo durante la *Zivilisationsbruch* del período Nacionalsocialista (*NS-Zeit*, 1933-1945<sup>45</sup>).

En este contexto es que tiene lugar la que parece ser la primera traducción de ROXIN en Argentina. Se trata del artículo, “Sobre la autoría y participación en el Derecho penal”, que se publica en el libro homenaje a Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y cuyo traductor no es otro que el propio BACIGALUPO<sup>46</sup>.

En opinión de ROXIN, la autoría mediata se caracteriza por el “dominio de la voluntad”. Es decir, alguien realiza una conducta criminalizada, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y que, por lo tanto, es designada como “herramienta” en manos de este.

---

<sup>43</sup> Entre otros, pueden mencionarse a MUÑOZ CONDE, quien tradujo *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (Barcelona 1972); *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (Madrid, 1981); (en colaboración con Diego Manuel LUZÓN PEÑA) *Iniciación al Derecho penal de hoy* (Sevilla, 1981), y *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2ª ed. (Buenos Aires 1999).

<sup>44</sup> Para un desarrollo en profundidad de los orígenes de esta teoría, puede consultarse la conferencia de Francisco MUÑOZ CONDE en la Fundación Universidad de Salamanca: FUNDACIÓN GENERAL UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, Dr. Francisco Muñoz Conde: ‘La participación del particular en los delitos especiales’, 21 de enero de 2015. Consultado en: [<https://www.youtube.com/watch?v=hCuFQvbtYEA>] el 14 de marzo de 2024.

<sup>45</sup> VORBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, Springer Verlag, 2011.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus, *Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*, traducción directa del alemán de E. Bacigalupo, en: AAVV, *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Ciencia del Derecho*. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Editorial Pannedille, 1970, pp. 55-70.

A su vez, existen tres formas estructuralmente fundamentales de realización de un tipo mediante otra persona que actúa como instrumento:

- a) Es posible utilizar en la ejecución del plan delictivo un hombre que obra *por error*, que no “ve” los hechos y, por lo tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde atrás los hechos.
- b) La segunda posibilidad de una realización mediata del tipo es el *uso de la fuerza*. Aquí es visible un caso de “dominio de la voluntad mediante coacción” que debe pensarse como coautoría.
- c) Finalmente, ROXIN describe la que cree posible indicar como una tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución *para una organización jerárquicamente organizada*<sup>47</sup>.

Al desarrollar este tercer tipo, ejemplifica:

*“(…) Puede tratarse de una banda de gánsteres, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (como por ejemplo el régimen de Hitler). Quien actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, puede introducir a cualquier otro que intercambiamente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser detenida, como en caso de un hecho individual, mediante oposición o resistencia. Dado, entonces, que el dador de la orden reemplazaría al ejecutor inmediatamente, mantendrá en sus manos la realización del hecho. Por regla él no sabrá quién actuará en el caso concreto como órgano ejecutivo<sup>48</sup>.”*

Estas tres formas fundamentales de autoría mediata agotaban, para el autor, las posibilidades estructurales de comisión de un hecho que no es el de propia mano. La libre decisión de voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta al que permanece detrás de la realización del tipo y sólo puede ser dejado de lado por el *engaño*, la *coacción* o la *fungibilidad del ejecutor*.

Por último, y luego de haber desarrollado a la coautoría como “autoría funcional” (“(…) alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización de este del delito<sup>49</sup>.”), ROXIN dirá que es esencialmente más difícil encontrar una respuesta en el caso de la *autoría mediata* si puede serle medida como propia obra la total realización del tipo en el caso de distintos aportes al hecho que

---

<sup>47</sup> Op. Cit., p. 62.

<sup>48</sup> Op. Cit., p. 63.

<sup>49</sup> Op. Cit., p. 66.

engarzan unos en otros. Concluye entonces que, en estos casos, el art. 45 CPA, y también el español, remiten en todos estos casos en la pena para el autor.

En este punto, es necesario aclarar que, ya en la década de 1980, la teoría de la *autoría mediata a través de un aparato de poder* sería descrita en detalle en un artículo de ROXIN traducido por Carlos ELBERT (1985<sup>50</sup>). Luego, o ya en 1988, verían la luz tanto la traducción de *Täterschaft und Tatherrschaft*, (“Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”<sup>51</sup>), como el libro “Derechos Humanos en la Argentina Post Dictatorial”, de Marcelo SANCINETTI (donde también se la comenta)<sup>52</sup>. No obstante, es necesario tomar en cuenta que estas publicaciones habían sido posteriores o contemporáneas al “Juicio a las Juntas”: de ahí la importancia de la de traducción de 1970.

En tal sentido, el citado aporte inicial de ROXIN se cierra con la aclaración de que su intención era la de abordar, desde el punto de vista de un profesor de derecho penal alemán, algunos problemas que no carecían de significación para el derecho de los países de habla hispana<sup>53</sup>. Y es que, justamente, quince años después de su aparición, estas cuestiones reaparecerán abordadas por la Fiscalía, la defensa y la Cámara Federal en uno de los juicios más importantes de la Historia Argentina

La siguiente sección tratará de reflejar tales abordajes, a fin de dar cuenta de la influencia de las obras expuestas en la condena a los principales comandantes de las Juntas que ocuparon el poder desde 1976 a 1983. Se avanzará, por esto, sobre las posiciones de la Fiscalía, de la defensa y, finalmente, en la decisión de los jueces.

### III. EL “JUICIO A LAS JUNTAS” DE 1985

#### 1. Contexto histórico y científico

A pesar de los esfuerzos doctrinarios por la actualización de la dogmática penal, lo cierto es que el exilio o la renuncia de profesores desde 1966 tuvo consecuencias de consideración en la totalidad del mundo académico argentino.

---

<sup>50</sup> ROXIN, Claus, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, en *Doctrina Penal*, traducción de Carlos Elbert, *Revista Doctrina Penal*, nro. 8, 1985, pp. 398 y ss.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 6ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1988.

<sup>52</sup> SANCINETTI, Análisis crítico del juicio a los excomandantes, en: SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina...*, 1988, pp. 1-60.

<sup>53</sup> ROXIN, en: *AAVV, Problemas Actuales...*, 1970, p. 70.

La vigencia, durante este, de normativa con contenido tan escandaloso como la tristemente célebre “Leyes de Represión del Comunismo” (1967-1969<sup>54</sup>), puede decirse, no representaba un estímulo ni para la libertad de cátedra, ni para la difusión de material jurídico que, aunque surgido en gobiernos conservadores, tendía a dar fundamentos a la consolidación de un Derecho penal para Estados sociales y democráticos de Derecho<sup>55</sup>.

Prueba de esto es que, en una fecha tan tardía como 1984, los partidarios de la teoría causalista, ya sin oposición, continuaban atacando a los principales representantes del finalismo; quizá sabiendo que la llegada de la democracia permitiría la vuelta a los debates académicos serios. Solo en este sentido puede leerse el siguiente pasaje de NÚÑEZ; autor el cual, en el año citado, respondía aún a las críticas que le formulara BACIGALUPO casi dos décadas antes:

*“(…) Volviendo a la concepción de la autoría según el art. 45, se debe admitir que la crítica de la doctrina causalista, absolutamente dominante entre los autores y los tribunales, si bien ha podido esgrimir argumentos para cuestionar la distinción entre el autor y el cómplice, no ha puesto en cuestión que los conceptos de la autoría y de la complicidad (arts. 45 y 46 del código) señalan conductas causales. El vacío que respecto de la noción de la autoría se encuentra en el art. 45, no se puede cubrir diciéndose que, a raíz de la supuesta insuficiencia de la teoría causal, para explicarlo que dentro del art. 45, es un autor y un cómplice, el concepto de la autoría debe encontrarse en la ‘esencia misma de la acción (BACIGALUPO, Enrique, ‘La Noción de Autor en el Código Penal’, 1965, p. 53).<sup>56</sup>”.*

No obstante, y a pesar de los retrocesos académicos, en lo político comienza a tener lugar el proceso político y judicial en el que los excomandantes de las Fuerzas Armadas serán juzgados. Carlos NINO lo dividió en cuatro fases, a saber:

- Primera Fase: *De la Dictadura a la Democracia: 1980-1983.*
- Segunda Fase: *1984.*

---

<sup>54</sup> Ley 17.401. Comunismo. Represión. Promulgada en Buenos Aires el 22 de agosto de 1967; Decreto 8329/67, Régimen para la Calificación prevista en el art. 2 de la Ley 17.401, y Ley 18.234. Comunismo. Represión. Promulgada en Buenos Aires el 30 de mayo 1969 y publicada en el Boletín Oficial el 6/VI/1969, en: Código Penal de la República Argentina y sus Decretos y Leyes Complementarios. Edición al cuidado del Doctor Fernando Marcelo Zamora, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía Editor, 1973, pp. 191-200.

<sup>55</sup> Debe aquí hacerse la salvedad debido a que, si bien se afirma que el pensamiento realista de Hans WELZEL se correspondió con el tiempo de la reconstrucción de la República Federal Alemana llevado a cabo por Konrad ADENAUER (1949-1963), la teoría de la autoría mediata desarrollada por ROXIN se enmarca, según algunos autores, en el gobierno socialdemócrata de Willy BRANDT (1969-1974). ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Política y dogmática jurídico penal, CAFFERATA NORES, J. I./ZAFFARONI, E. R., Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal, Córdoba, Advocatus, 2002.

<sup>56</sup> NÚÑEZ, Ricardo, Tendencias de la doctrina penal argentina, Opúsculos de Derecho penal y Criminología, 1984, pp. 23-25.

- Tercera Fase: 1985.
- Cuarta Fase: 1986-1990<sup>57</sup>.

Como se expuso, el presente trabajo se centrará en el de 1985, para analizar los considerandos VI y VII<sup>58</sup> de la sentencia de diciembre. A modo introductorio, puede decirse que el primero se encargó de la antijuridicidad; vale reiterar, la comprobación de que la conducta sea ilícita.

Las causas que la excluyen se denominan “de justificación”, y comprenden todas aquellas circunstancias que hacen que la acción típica no tenga carácter antijurídico. Por ejemplo, matar a otro es, sin duda, una acción típica, debido a que se encuentra tipificada en el art. 79 CPA. No obstante, matar a otro en *legítima defensa* es una acción típica, cuya ilicitud queda borrada ante la existencia comprobada de una causa de justificación<sup>59</sup>.

Para resumir, puede decirse que el análisis del tribunal comenzó con una mención a la situación preexistente a marzo de 1976. Se consideró entonces al Derecho penal como parte de una lucha eficaz contra el delito, y, en este sentido, se analizaron las respuestas posibles<sup>60</sup>. A esto le siguieron varias consideraciones acerca de si el camino escogido por

---

<sup>57</sup> NINO, Juicio al Mal Absoluto..., 1997, pp. 101-163.

<sup>58</sup> Esta sentencia, como cualquier documento judicial, tiene una estructura cuyas partes más relevantes son:

- Las *acreditaciones*, con la información de los acusados, sus declaraciones (o la de sus defensores, en los casos en los que no las hubieran prestado) y los delitos por los que eran acusados (pp. 2– 14).
- Un primer considerando, con las cuestiones incidentales (pp. 14– 29).
- Un considerando segundo, dividido en 20 capítulos con los antecedentes y desarrollo del sistema general en el que se integran los hechos (pp. 29 *in fine* – 197).
- Un tercer considerando de introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba (pp. 197– 213).
- Un quinto considerando relativo al establecimiento de la significación jurídica de los hechos o *tipicidad*. Entre otros, se identificaron los delitos de privación ilegítima de la libertad, homicidio agravado por alevosía, imposición de tormentos, falsificación de documentos y reducción a servidumbre o condición análoga (pp. 213– 219).
- El sexto y séptimo (antijuridicidad y autoría y participación), a tratarse aquí.
- El octavo considerando, dedicado a la atribuibilidad o culpabilidad (pp. 274 – 294).
- El noveno considerando, intitulado “Graduación e individualización de la pena” (pp. 295-298).
- El décimo, con el cómputo de vencimiento de las penas divisibles en razón del tiempo (pp. 298 *in fine* – 299).
- El considerando decimosegundo, relativo, entre otras cosas, a la necesidad de continuar con el enjuiciamiento de los oficiales superiores y aquellos con responsabilidad operativa en las acciones, y a las condenas (pp. 299 – 308).

<sup>59</sup> Op. Cit., nota 15.

<sup>60</sup> Es interesante que en este considerando se haga referencia al gran rival de Hans NINO: Edmund MEZGER (1883-1962). No obstante, aunque las dos traducciones de su *Criminología* hubieran sido publicadas mucho antes del “Juicio” (1942 y 1950), aquí la fuente es un artículo JIMÉNEZ DE ASÚA: “‘Política Criminale’ en Il pensiero giurídico penale, 1937, pág. 17 y ss.; citado por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, en su ‘Tratado de Derecho Penal’, T. I, pág. 173, Editorial Losada, 3ra. edición, 1964”. Véase: Texto

las Fuerzas Armadas de Argentina fue, en pocas palabras, antijurídico, o si satisfizo alguna de las exigencias de las causas de justificación del CPA.

Entre las posibles respuestas, se mencionó el decreto 261/75, que autorizó la intervención de las Fuerzas Armadas en la Provincia de Tucumán. Asimismo, se agregó que, ya después del “Golpe”, el régimen tuvo la facultad de emitir “bandos de guerra<sup>61</sup>” y otros instrumentos con contenido punitivo.

La descripción del tribunal se concentra luego en los medios empleados por los militares en respuesta al terrorismo. En este sentido, afirman que, aun cuando contaban con gran cantidad de leyes e instrumentos normativos, prefirieron emplear medios ilícitos (como se citó, homicidios agravados, reducción a servidumbre u otra condición análoga, robos, etc.<sup>62</sup>).

Esto conduce a que, a partir de la página 225, se descarten sucesivamente la existencia de *estado de necesidad*, de *cumplimiento de la ley* y de *legítima defensa*. En el posterior análisis de la *antijuridicidad material* se analizan, a través de las traducciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, las posiciones de los juristas alemanes Franz VON LISZT y Alexander GRAF ZU DONHA (1876-1944)<sup>63</sup>. Al mismo tiempo se descarta posibilidad de que los subordinados hubieran cometido “excesos” en el cumplimiento de sus órdenes, y se lleva a cabo un repaso de toda la normativa nacional e internacional para tiempos de guerra. Entre las conclusiones que se plasman, pueden asimismo encontrarse las de otros doctrinarios que realizaron investigaciones en torno al Derecho Penal Militar:

*“Nadie duda de que la guerra genera una situación de necesidad pero tampoco puede dudarse de que una situación de necesidad sólo da lugar a que los resortes jurídicos se ajusten a ella, pero nunca puede hacer que éstos salten hechos trizas y con ello que se opere la desaparición del derecho y se entronice el caos” (ZAFFARONI-CAVALLERO, ‘Derecho Penal Militar, lineamientos de la Parte General’, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, p. 87).”*

En todo caso, concluyen, de haber tenido lugar una guerra (como llegaron a afirmar los procesados), no se podía tratar a los prisioneros de la forma en la que se lo hizo. De hecho, aún de haber sustraído a los “subversivos” de la protección del Derecho

---

completo de la sentencia..., 1985, p. 220 y MEZGER, Edmund, Criminología, traducción de Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

<sup>61</sup>La REAL ACADEMIA ESPAÑOLA define al bando de guerra como, “orden con fuerza de ley dada por la autoridad militar en zona de guerra durante las hostilidades.”. RAE (s.f.). Bando de guerra. Diccionario de la lengua española. Consultado en: [\[https://dle.rae.es/bando?m=form\]](https://dle.rae.es/bando?m=form) el 14 de marzo de 2024.

<sup>62</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 216 y ss.

<sup>63</sup> Op. Cit., p. 235.

Internacional Público (como pretendía un reglamento del Ejército emitido en la época<sup>64</sup>), su consideración como “meros delincuentes” los hubiera dejado, paradójicamente, bajo la protección del art. 18 de la Constitución Nacional Argentina<sup>65</sup>.

La conclusión del considerando es clara. Es decir, si bien las conductas incriminadas se estudiaron desde el punto de vista de las justificantes del Código Penal, de la antijuricidad material y del exceso; si bien se llevó a cabo un abordaje exhaustivo de la legislación en tiempos de guerra civil, guerra internacional, la guerra revolucionaria o subversiva; si bien se llevó a cabo, también, un análisis de las disposiciones del derecho positivo nacional, derecho constitucional, de derecho internacional público, de los teóricos de la guerra convencional y de los ensayistas de la guerra revolucionaria; a pesar de todo esto, no se encontró que conservara vigencia ni una sola regla que justifique o, aunque más no sea, exculpe a los autores de hechos que fueron materia de juzgamiento. Ni el homicidio, ni la tortura, ni el robo, ni el daño indiscriminado, ni la privación ilegal de la libertad, encontraron en esas leyes escritas o consuetudinarias o en esos autores una nota de justificación, o de inculpabilidad. Es por esto que:

*“Los hechos que se han juzgado son antijurídicos para el derecho interno argentino. Son contrarios al derecho de gentes. No encuentran justificación en las normas de cultura. No son un medio justo para un fin justo. Contravienen principios éticos y religiosos. (...)”*

Sin embargo, a pesar de esto último, el tribunal hace hincapié en el hecho de que la decisión se tomó con el orden jurídico penal argentino como único fundamento:

*“(...) No obstante, debe quedar sentado con absoluta claridad, que la decisión del Tribunal, en este aspecto, sólo se apoya en el orden jurídico argentino vigente. Él lo*

---

<sup>64</sup> “(...) Pero lo que resulta de mayor interés es el anexo 1, en el que se consignan cuidadosamente todas normas legales que regulan ese tipo de operaciones, dándose una explicación de cuáles son las facultades en zona de emergencia y fuera de ella, para concluir en el punto denominado ‘encuadramiento legal de los elementos subversivos’ con lo siguiente: ‘Los individuos que participan en la subversión en ningún caso tendrán estado legal derivado del derecho internacional público. Consecuentemente, no gozarán del derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, sino que serán considerados como delincuentes y juzgados y condenados como tales, conforme a la legislación nacional’ (p. 173).” Op. Cit., p. 247.

<sup>65</sup> El art. 18 estipula que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”.

*autoriza a afirmar, más allá de toda duda, que los hechos que configuran el objeto de este juicio, son contrarios a derecho*<sup>66</sup>”.

Por lo expuesto, el siguiente paso en el análisis serían las cuestiones de autoría y participación; es decir, y como se vio, uno de los temas más debatidos de la segunda mitad del siglo XX. La siguiente sección abordará, por ende, el considerando VII, relativo a las posiciones en este sentido de la acusación, de los defensores y la decisión final del tribunal.

## **2. Las posiciones de la Fiscalía y de la defensa en relación con la autoría**

El estudio del Derecho penal alemán exige no solamente un conocimiento del idioma y de su variante jurídica: también deben tenerse nociones de su Historia y cultura a fin de comprender el contexto en el que escribía, por ejemplo, Karl BINDING; pionero de la dogmática alemana que, tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918) había pasado de ser el autor de la aclamada *Die Normen*<sup>67</sup>, a una persona cuya ruina moral llevó a la redacción del tristemente célebre libro en que se refiere a *la licencia para la aniquilación de las vida sin valor de vida* (1920<sup>68</sup>).

Julio César STRASSERA (1932-2015) era, por esto, el hombre ideal para efectuar la recepción de las teorías de WELZEL y ROXIN y para aplicarlas en el “Juicio”.

Nacido en la ciudad patagónica de Comodoro Rivadavia, el fiscal del “Juicio a las Juntas” había comenzado el estudio del idioma alemán, puede decirse, desde su infancia: de esto da cuenta su asistencia al jardín de infantes de la *Hölsters Schule* de Buenos Aires. Asimismo, su interés por las diversas manifestaciones culturales alemanas se advierte, por ejemplo, cuando, en la acusación, emplea el vocablo wagneriano *leitmotiv*<sup>69</sup>. De agregar a esto su formación jurídica en la Universidad de Buenos Aires y una larga experiencia tribunalicia, no es extraño que estuviera al tanto de las polémicas expuestas del derecho penal alemán<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 255-256.

<sup>67</sup> BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Aalen, Scientia Verlag, 1965. Para un panorama de su obra dogmática, puede consultarse: BINDING, Karl, *La Culpabilidad en el Derecho Penal*, traducción directa del alemán por M. Cancio Meliá, Buenos Aires, Editorial B de f, 2009.

<sup>68</sup> BINDING, Karl, HOCHÉ, Alfred, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, traducción de B. Serigós, Buenos Aires, Ediar, 2009.

<sup>69</sup> STRASSERA, Julio César, 17 de septiembre de 1985, *La Acusación*, *El Diario del Juicio*, nro. 17.

<sup>70</sup> ZIBELL, Rodolfo, 24 de mayo de 1985, *Strassera. La vida, la obra, la forma de ser y el pensamiento del hombre al que le tocó acusar a los excomandantes*, *El Diario del Juicio*, nro. de presentación.

En este sentido, la estrategia implementada por su Equipo de Trabajo<sup>71</sup> consistió en un juicio rápido que seguía el ejemplo del Consejo Europeo de Derechos Humanos al reducir los casos a 711 *casos paradigmáticos*, elegidos entre los más acreditables de otros miles posibles<sup>72</sup>.

Tal abordaje rendiría frutos al fiscal, en la medida en la que, en el punto 1 del considerando bajo análisis, se toma por probado el hecho de que, tras derrocar a las autoridades constitucionales y hacerse el cargo del gobierno, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas Fuerzas, habían ordenado la aplicación de lo postulado por la “Escuela Francesa de Tortura” desarrollada por los militares franceses tras la guerra de Indochina (1946-1956) y aplicada luego en la infame “Batalla de Argel” (1957)<sup>73</sup>.

Esta consistía, principalmente, en:

- a) La captura de quienes, de acuerdo con los informes de inteligencia, pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión;
- b) su conducción a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia;
- c) una vez allí, su interrogatorio bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;
- d) el sometimiento a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral;

---

<sup>71</sup> Este equipo jurídico contaba con Luis MORENO OCAMPO como fiscal adjunto. Asimismo, STRASSERA incluyó en este a su amigo, el dramaturgo y oficial primero en una fiscalía federal, Carlos SOMIGLIANA. A estos se sumaban jóvenes, que eran, mayoritariamente, estudiantes: Sergio DELGADO (23), Carlos “Maco” SOMIGLIANA (24), Nicolás CORRADINI, Judith KÖNIG (21), María del Carmen TUCCI (24), Mabel COLALONGO, Javier SCIPIONI (20), Lucas PALACIOS (27), Marcela PÉREZ PARDO y Adriana GÓMEZ, entre otros.

También puede mencionarse a Alejandro KAWABATA y Nicolás SISSINI (quienes eran abogados y ayudaron en la producción de la prueba por parte de la fiscalía), a Héctor SEGRETÍ y a Iris CORRADINI (esposa de Nicolás). Durante las primeras semanas participó también Hugo WORKMAN JOFRÉ. Op. Cit., nota 66.

<sup>72</sup> SANCINETTI, en su análisis crítico, sostiene que este número representaba algo menos del 8% del total, si se tiene en cuenta que, según el informe de la CONADEP, los casos registrados hasta entonces superaban los 8.900. SANCINETTI, en: SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina...*, 1988, p. 16 y COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1984.

<sup>73</sup> ROBIN, Marie-Monique, *Escuadrones de la Muerte. La Escuela Francesa*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005.

- e) la realización de lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche; mantener a las víctimas totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento;
- f) el otorgamiento de amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente<sup>74</sup>.

En este sentido, continúan, los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, *pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran* a esta “Escuela”. Además, integraba el sistema ordenado la *garantía de impunidad* que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos (procedimiento conocido como de “zonas liberadas”), negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno<sup>75</sup>.

Afirman también que las órdenes impartidas no solo dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos (enumerados, según se expuso, en el considerando V), sino que, en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros que, si bien no estaban directamente ordenados, podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado<sup>76</sup>.

Es así como, ya en el punto 2, los jueces determinan que la cuestión a evaluar por el tribunal radica en el establecimiento de si los procesados que emitieron tales órdenes son o no responsables (y en su caso bajo qué forma) de los delitos de los que se los acusa,

---

<sup>74</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 256.

<sup>75</sup> Op. Cit., p. 257.

<sup>76</sup> Op. Cit.

“teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones descriptas en los respectivos tipos penales<sup>77</sup>”.

Ante esto, la Fiscalía prosiguió con su estrategia afirmando que, efectivamente, las órdenes impartidas prescribieron la realización de secuestros, la aplicación de tormentos y la eliminación física de una vasta cantidad de personas definidas vagamente sobre la base de la genérica categoría de “subversivos”. Asimismo, estas importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robo, violaciones y supresión del estado civil de menores.

De esto infirieron que los enjuiciados habían sido *autores mediatos* de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito. La normativa que respaldaba esta posición comprendía tanto el texto del art. 514 del Código de Justicia Militar, como la última parte del citado art. 45 CPA, en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.

A su turno, las defensas de los excomandantes organizaron una estrategia que, tras aceptar los hechos, se concentraba, entre otras cosas<sup>78</sup>, en socavar los argumentos teóricos de la parte acusadora. En efecto, adujeron, primero, que el Código Penal Argentino no se adecuaba a la teoría del dominio del hecho como *criterio fundamentador* de la autoría, sino a la teoría formal-objetiva, punto de vista que conduce a que sólo puede ser considerado autor quien haya ejecutado la acción típica. Descartaron luego la autoría mediata, sobre la base de que resulta inaplicable cuando el instrumento es responsable, pues allí no puede decirse que quien está detrás del autor directo tiene el dominio del hecho. Finalmente, objetaron la aplicación de la teoría del aparato organizado de poder debido a que, según ellos, fue concebida para un supuesto fáctico distinto del que se juzga en esta causa que ha sido muy resistida por la doctrina por los problemas que genera su aplicación a todas las personas que se encuentran entre el que ordenó y el ejecutor.

En este punto, es visible que los jueces tenían ante sí los hechos, y las diferentes posiciones de las partes. Restaba, entonces, pasar a la decisión sopesando cuidadosamente

---

<sup>77</sup> Op. Cit.

<sup>78</sup> En su momento, las estrategias de la defensa fueron duramente criticadas. Como ejemplo, puede citarse: C CABEZA MIÑARRO, Carlos, 24 de septiembre de 1985, Defensa individual frente a acusación por Juntas, El Diario del Juicio, nro. 18. También pueden encontrarse críticas en: CAMARASA, Jorge A./FELICE, Rubén/GONZÁLEZ, Daniel, El Juicio. Proceso al Horror, Buenos Aires, Sudamericana / Planeta, 1985.

las teorías y la responsabilidad que surgiría de estas. No obstante, antes de avanzar sobre estos aspectos, se incluyen consideraciones que parecen apuntar a que la forma en la que se cometieron las acciones a juzgarse podría remitir al concepto de Immanuel KANT (1724-1804) traducido como “Mal Absoluto<sup>79</sup>” (*Das radikal Böse*<sup>80</sup>). Este consiste, sostiene NINO, en “(...) ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado.”:

*“(...) Debe dejarse aclarado, que los hechos juzgados en esta causa son absolutamente inusuales. Lejos de ser común, resulta una circunstancia extraordinaria que las autoridades públicas decidan combatir peligrosas formas de delincuencia utilizando los mismos métodos que el de los criminales que persiguen, apartándose de toda norma legal desatando una indiscriminada represión que ha originado la muerte, luego de sufrir salvajes torturas, de miles de personas. (...) Tampoco es ordinario que se utilice el aparato estatal no sólo para cometer, sino también para ocultar los crímenes cometidos, negando su existencia y, dando una apariencia de normalidad legal que contrastaba brutalmente con la realidad de lo que sucedía. Por tanto, cabe atender a la superación de muchos criterios corrientes, concebidos para resolver casos individuales pero inaplicables a los sucesos excepcionales que nos ocupan<sup>81</sup>.”*

### 3. La recepción de las teorías en la sentencia

En el siguiente apartado (“3. Derecho aplicable”), la Cámara determina que corresponde esclarecer, en primer lugar, los criterios dogmáticos útiles para la distinción entre las personas que intervengan en el delito. Luego, debían determinarse las normas de derecho positivo que resultaran de aplicación al caso<sup>82</sup>.

Tras la introducción, el tribunal comienza con las críticas a las teorías subjetivas y formal-objetiva en la forma en la que fueron entendidas por SOLER y NÚÑEZ. En efecto, se encuentra a esta última, incapaz de

*“(...) fundar razonablemente los casos de autoría mediata, es decir cuando alguien se vale de otra persona -que actúa como instrumento- para realizar la acción típica, y aquéllos supuestos de coautoría por división de funciones en los que alguno de los concertados no ejecute actividad típica. (...)”<sup>83</sup>*

---

<sup>79</sup> El título original del libro Juicio al Mal Absoluto muestra que NINO lo tradujo como *Radical Evil*. Dado que en latín sería *radix malorum*, puede verse aquí el buen tino de los traductores. Es decir, la traducción como “Mal Radical”, en Argentina, hubiera traído más de una confusión debido a la existencia del partido político conocido como *Unión Cívica Radical*; el cual, para mayor ironía, había sido el principal impulsor del “Juicio a las Juntas”. NINO, Carlos Santiago, *On Radical Evil*, Yale, Yale University Press, 1996.

<sup>80</sup> Para un desarrollo del concepto: NINO, Juicio al Mal Absoluto..., 1997, p. 8 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 258.

<sup>82</sup> Op. Cit.

<sup>83</sup> Op. Cit., p. 259.

Por otro lado, la referencia a la obra de los autores finalistas comienza con una adhesión a las objeciones de BACIGALUPO y del jurista alemán Hans-Heinrich JESCHECK (1915-2009) a la teoría subjetiva, en la medida en la que

*“(…) importa una extensión indebida del concepto de autor que afecta la función de garantía del tipo penal, dado que la sola actividad interior del autor no puede sustituir la realización de la acción ejecutiva del delito (v. entre muchos; BACIGALUPO, Enrique ‘Manual de Derecho Penal’, Bogotá 1984, pág. 183) (...)”<sup>84</sup>.*”

Pero ¿cuál será entonces el criterio dogmático por aplicar? El tribunal menciona entonces el de “*dominio del hecho*”, destacando que, según WELZEL, autor es

*“(…) aquél que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo (...) quien dolosamente tiene en sus manos el curso del suceso típico, esto es, no la voluntad del dominio del hecho, sino el voluntario moldeado del hecho”<sup>85</sup>.*”

Aparece entonces la idea general a aplicar. Y si bien se cita la traducción de uno de los doctrinarios exiliados (la edición de “Derecho Penal Alemán” había sido traída al español por el citado BUSTOS RAMÍREZ<sup>86</sup>), por otro lado, el tribunal se refirió al “Tratado” de MAURACH<sup>87</sup> y a una obra de ROXIN cuya primera traducción al español, según se vio, fue publicada en Madrid, recién en 1988<sup>88</sup>. ¿Cómo aplicar los áridos conceptos técnicos de la dogmática penal alemana a las disposiciones del CPA en juego en el *Juicio al Mal Absoluto*?

El siguiente paso del tribunal responde a esta pregunta refiriéndose, primero, a la teoría formal-objetiva; teoría la cual consideraron, en aquel momento, dominante:

*“En la República Argentina, si bien un número importante de autores siguió los lineamientos de la teoría formal-objetiva en materia de autoría (v. Soler, Sebastián, ‘Derecho Penal Argentino’, Bs. As. 1978, t. II, pág. 244; WELZEL Núñez, Carlos ‘Derecho Penal Argentino’, Bs. As. 1960, t. II, pág. 280; WELZEL Fontán Balestra, Carlos ‘Tratado de Derecho Penal’, Bs. As. 1966, pág. 414; WELZEL Jiménez de Asúa, Luis ‘La ley y el delito’ Bs. As. 1980, pág. 501; (...)”<sup>89</sup>.*”

---

<sup>84</sup> BACIGALUPO sostuvo aquí que, “(…) La teoría subjetiva es criticable porque la sola actitud interior del autor no debería ser suficiente para reemplazar la realización de una acción ejecutiva de un delito. (...) La teoría subjetiva no ha encontrado prácticamente seguidores en la dogmática hispano parlante (...)”. En 1996 se realizó la siguiente reimpresión de la edición de 1984 citada por los jueces: BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1996, pp. 183-184.

<sup>85</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 259-260. Op. Cit., nota 19.

<sup>86</sup> Op. Cit., nota 21.

<sup>87</sup> Op. Cit. nota 18.

<sup>88</sup> Cfr. ROXIN, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlín, De Gruyter Recht, 1975, pág. 60 y ss. Citada en nota 18 como Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 2016.

<sup>89</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 260.

No obstante, a renglón seguido advierten que la necesidad del tratamiento de la teoría mediata en el presente caso hace necesario un giro doctrinario hacia los representantes de la teoría del dominio del hecho. Citan entonces, en orden cronológico y yendo de las obras específicas a las más generales:

*“...se advierte un notable giro de la doctrina más moderna hacia la teoría del dominio del hecho lo que permite suponer su definitiva aceptación, especialmente en punto a la autoría mediata, (conf. BACIGALUPO, Enrique ‘La noción de autor en el Código Penal’ Bs. As. 1965, pág. 45; TOZZINI, Carlos ‘El dominio final de la acción en la autoría y en la participación’, en Revista de Derecho Penal Criminología 1968 N° 3, pág. 81; HERRERA, Lucio Eduardo, ‘Autoría y participación’, en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, N° 3, pág. 342; SIERRA, Hugo M. ‘La autoría mediata’, en La Ley 1978-B-789; ZAFFARONI, Eugenio ‘Tratado de Derecho Penal’ Bs. As. 1982, t. IV, pág. 305)<sup>90</sup>.”*

Con los principios dogmáticos en parte definidos, considerarán, en el siguiente apartado, que las normas legales a aplicar serán el art. 514 del CJM, en la medida en la que consagra legislativamente un supuesto de autoría mediata y confirma el último criterio adoptado<sup>91</sup>. Para esto, la traducción de VON LISZT llevada a cabo por JIMÉNEZ DE ASÚA es de nuevo citada; esta vez, como parte del exhaustivo análisis de Derecho Penal Militar Comparado<sup>92</sup>. A su vez, aborda del art. 878 del CJM a fin de mostrar que las órdenes delictivas fueron impartidas por los procesados con motivo de la *ejecución de actos de servicio*<sup>93</sup>.

Finalmente, el tribunal da paso al tratamiento de la *autoría mediata* propiamente dicha. Para esto, en primer lugar, se aborda la definición general de autor mediato como “aquel que se vale de una persona para ejecutar la acción típica”. Luego, se diferencia el concepto del de autoría directa (dominio de la acción) y de la coautoría (dominio funcional), al precisar que, “(...) *En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios*<sup>94</sup>.”

En este punto, identifican un problema clave: Mientras que el ámbito de libertad del ejecutor sea mayor, menor será el dominio del hecho de quien actúa por detrás (*Hintermann* o “*autor detrás del autor*”). La distinción de, por ejemplo, la instigación se concreta, prosiguen, en el comienzo de ejecución. Es decir, mientras que, en la autoría

---

<sup>90</sup> Op. Cit.

<sup>91</sup> Op. Cit., p. 261.

<sup>92</sup> Op. Cit., p. 262.

<sup>93</sup> Op. Cit., p. 264.

<sup>94</sup> Op. Cit., p. 265.

mediata, la ejecución comienza con la determinación a obrar, en la instigación, el delito comenzará a ejecutarse con la acción del instigado.

A renglón seguido, se refieren a la teoría de Claus ROXIN como una propuesta superadora de los debates expuestos:

*“Según Claus ROXIN (ob. cit., pág. 242 y sgts.; también en ‘Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal’, en ‘Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho’, Bs. As. 1970, pág. 59 y sgts.), junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total<sup>95</sup>.”*

Se advierte aquí que se citan tanto *Täterschaft und Tatherrschaft* (en su edición de 1975), como “Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal” de 1970. Y aunque en este último caso se omitió aclarar quien había sido el traductor, es bueno recordar que fue BACIGALUPO; autor al que más tarde mencionan, entre otros, para confirmar esta postura:

*“Participan de este criterio, STRATENWERTH (Günter, ‘Derecho Penal’, trad. G. ROMERO, Madrid 1982, pág. 242), SCHMIDHÄUSER (Eberhard, ‘Strafrecht. Allgemeiner Teil’, Tübingen 1970, pág. 299) y JÄGER (‘Verbrechen unter totalitärer Herrschaft’, 1967, pág. 166 cit. por ZAFFARONI, ob. cit., pág. 317 nota 63). Entre nosotros, BACIGALUPO (‘Manual...’, cit., pág. 196) y SIERRA (art. cit.). Por su parte, JESCHECK (ob. cit. pág. 928) piensa que se trata de un caso de coautoría.<sup>96”</sup>*

Por último, y antes de pasar a la siguiente sección, los jueces concluyen el análisis de la relevancia del art. 514 CJM de la siguiente forma:

*“Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituían la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En esas*

---

<sup>95</sup> Op. Cit., p. 265.

<sup>96</sup> El párrafo sigue el orden metodológico de la cita: “(...) Instrumento que obra dentro de un aparato de poder. ROXIN (*Täterschaft*, pp. 242 y ss.), STRATENWERTH, (núms. 790 y ss.), SAMSON (*SK StGB*, §§ 25, 36) y SCHMIDHÄUSER (p. 527) consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en funcionamiento en una etapa intermedia de realización una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los ‘funcionarios’ o el agente del servicio de los casos dados no obran ni coaccionados ni por error. Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser remplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del ‘aparato de poder’. Por supuesto la punibilidad del ‘instrumento’ como autor inmediato no es discutida. Para otros autores estos casos deben considerarse según las reglas de la coautoría (confr. JESCHECK, p. 546; SAMSON, loc. cit., §§ 25, 36) (...).”. BACIGALUPO, *Manual...*, 1996, p. 183.

*condiciones, es presumible que muchos subordinados puedan alegar en su favor la eximente de obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron. Pero, aun así, no cabe duda de que hubo quienes por su ubicación en la cadena de mandos conocieron de la ilicitud del sistema, y hubo también quienes ejecutaron sin miramientos hechos atroces. De aquí se sigue que existen subordinados que no van a ser alcanzados por la eximente de obediencia debida, y que son responsables de los hechos cometidos junto a quienes impartieron las órdenes objeto de este proceso<sup>97</sup>.”*

Es así que el desarrollo del análisis los conducía a una interrogante ineludible: ¿Debían los procesados ser considerados autores mediatos, o instigadores? La respuesta llegará en la sección sexta, bajo el título “El camino a seguir”.

Este comienza con una afirmación categórica:

*“Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos. (...) Para fundar debidamente esta aseveración, deben tenerse presente los elementos que seguidamente se analizarán y que conforman las circunstancias concretas de lo que se está juzgando, dado que el concepto del ‘dominio del hecho’ es descriptivo y cobra su sentido frente a una hipótesis empírica determinada<sup>98</sup>.”*

Los elementos, en resumen, serían los siguientes:

- La *decisión* tomada por los procesados de combatir a la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por los métodos atroces de la llamada “Escuela Francesa” fue adoptada aun cuando la intervención de las Fuerzas Armadas se encontraba regulada por una serie de disposiciones legales y reglamentarias.
- El *modo ilegal de actuar* fue emitido a través de la cadena de mandos regulares y tuvo por virtualidad dejar sin efecto las directivas en vigencia, sólo en los puntos que se opusieran a lo ordenado (lugar de detención, trato al prisionero, inmediata intervención de la justicia militar o civil, o puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional). En todo lo demás, las directivas siguieron rigiendo plenamente. Es decir, la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados: sólo cambió la “forma” de combatir.
- La *garantía de impunidad* que recibieron los ejecutores. Se aseguraba que la ejecución de las acciones se iba a desarrollar sin ninguna interferencia y en la

---

<sup>97</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 267.

<sup>98</sup> Op. Cit.

clandestinidad más absoluta. Para ello, no sólo se utilizaron los recaudos necesarios para impedir la intervención de los mecanismos usuales de prevención del delito, sino que se adoptaron estrategias entre las que pueden encontrarse la *negación de la existencia de los hechos* ante todo reclamo de cualquier autoridad o de familiares de las víctimas; las *respuestas falsas* a los requerimientos de los jueces; la *simulación de investigaciones* para esclarecer los hechos y la *denuncia* de lo expuesto como una campaña fomentada por los propios guerrilleros desde el exterior.

- El *dominio de los hechos* en manos de los procesados, lo que les permitía *controlar la organización* que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Esto equivale a decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar<sup>99</sup>.

Sin su imprescindible concurso, concluyen, los hechos no hubieran podido haber ocurrido. Luego del Golpe de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas, bajo las órdenes de varios de los entonces enjuiciados, prosiguieron de un modo manifiestamente ilícito que, de todas formas, mantuvo la estructura legal que se empleaba hasta ese momento.

A esto debe sumarse, prosiguen, que la dirección de los procesados trascendía sus respectivas fuerzas y alcanzaba a las de seguridad, entre las que se hallaban las encargadas de prevenir los delitos, y que por la fuerza se habían erigido en la única fuente de poder de la República. La total ausencia de autoridades que pudieran controlar eficazmente lo que acontecía resume en la sentencia lo más tarde definido como el *drama de la autonomía militar*<sup>100</sup>.

Seguidamente, al profundizar en la *fungibilidad*, destacaron que, en este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. La dimensión del dominio de quienes controlan el sistema le permite, aún en el caso en que algún subordinado se resistiera a cumplir, reemplazarlo automáticamente por otro que sí lo haría. De esto infieren que el

---

<sup>99</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 267-268.

<sup>100</sup> GARCÍA, Prudencio, El Drama de la Autonomía Militar, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

plan trazado no hubiera ser podido ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí (completan la idea) del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento del que se vale el *Hintermann* es el sistema mismo que maneja discrecionalmente; sistema, a su vez, integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una *voluntad concreta*, sino sobre una *voluntad indeterminada*: cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

Es así como la trascendencia del autor directo se diluye, en la medida en la que su rol en la producción del hecho pasa a ser secundario. Quien domina el sistema, concluyen, domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran<sup>101</sup>.

Seguidamente, se descarta la importancia de la falta de conocimiento por los procesados de la existencia de cada uno de los hechos individuales y de la identidad de las víctimas. Esto surge de que las directivas impartidas entonces aludían genéricamente a todo *subversivo*, dejando amplia libertad a los inferiores para determinarlo y proceder en consecuencia. Luego concluyen, citando a MAURACH, en que los comandantes *siempre tuvieron en sus manos evitar* la consumación de los delitos que se cometían. Les bastaba con ordenar la cesación del sistema. En vez de esto, su intervención desde el vértice máximo de la estructura de poder no se limitó a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos<sup>102</sup>.

Más aún, prosigue el tribunal, hubo otra circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales y que sólo los procesados pudieron proporcionar: la impunidad.

Así, advierten la existencia de los dos Estados denunciados, entre otros, por Eduardo Luis DUHALDE<sup>103</sup>: mientras que el “Estado Terrorista” proseguía con la represión ilegal, la sociedad seguía sometida al orden jurídico de un Estado de Derecho. Denuncian entonces la paradoja de que la constitución (con las limitaciones propias de un régimen

---

<sup>101</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 269.

<sup>102</sup> Op. Cit. Algunos incluso participaron “de propia mano” en la comisión de delitos. Por ejemplo, el biógrafo de Emilio Eduardo MASSERA, Jorge URIARTE, mostró cómo, tras terminar con los preparativos del campo de concentración de la Escuela de Mecánica de la Armada, y bajo el *nom de guerre* “Almirante Cero”, MASSERA lideró, pistola en mano, los primeros allanamientos en los que el infame Grupo de Tareas 3.3. inauguró el raid delictual por el que se haría tristemente célebre hasta en países como Suecia. URIARTE, Jorge, El Almirante Cero. Biografía no autorizada de Emilio Eduardo Massera, Buenos Aires, Planeta, 2011.

<sup>103</sup> DUHALDE, Eduardo Luis, El Estado Terrorista Argentino, Barcelona, Ed. Argos-Vergara, 1983,

de facto) hubiera continuado en vigor, al igual que el Código Penal, y de que, al mismo tiempo, la policía hubiera continuado con la detención de delincuentes, y los jueces con sus condenas. Y aunque la existencia de este sistema normativo se hubiera excluido con el aplicado para combatir la guerrilla, agregan, la subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, con procedimientos de tal vileza que, advierten, se ha “(...) *provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles*”<sup>104</sup>.

Al proseguir el análisis, consideran que las contribuciones apuntadas pueden configurar actos de complicidad. No obstante, no alteran la *autoría mediata* ya señalada, debido a que, en el concurso entre distintas formas de intervención en el delito, la autoría desplaza a cualquier otra. Asimismo, se tienen en cuenta la citada opinión de JESCHECK, para reconocer la validez de la aplicación al caso una coautoría por división de funciones<sup>105</sup>. Empero, concluyen manteniendo la calificación de autoría mediata para la conducta de los procesados.

La última sección del considerando presenta un abordaje exhaustivo del origen y de las diversas interpretaciones que se le dieron al art. 45 CPA, en relación con la autoría mediata. Esto les permitiría sumar más argumentos dogmáticos de Derecho penal nacional, a la ya, en este punto, suficientemente justificada aplicación del art. 514 CJM.

Como en la sección anterior, se traen, primero, las opiniones que entienden que la autoría mediata supone una extensión del concepto legal de autor que choca con el dogma de la legalidad de la incriminación. Luego, toman en cuenta las teorías de SOLER y NÚÑEZ, autores para los cuales la calificación se aplicaría en virtud de la primera parte del art. 45 del Código Penal. A renglón seguido, pasan a un estudio de los antecedentes históricos de este artículo 45 a fin de mostrar que existe un mejor fundamento para la autoría mediata en otra parte del artículo.

El comienzo del análisis tiene lugar con el “Proyecto” de Código Penal de 1866, obra de Carlos TEJEDOR<sup>106</sup> (1817-1903). En opinión del tribunal, TEJEDOR abordó la

---

<sup>104</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 269.

<sup>105</sup> Op. Cit., nota 68.

<sup>106</sup> TEJEDOR, Carlos, Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Primera, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1866, y del mismo autor, Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Segunda, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1867.

autoría considerando no solo al ejecutor y al cómplice primario, sino también al instigador y al autor mediato. Al mismo tiempo, puede decirse que los jueces dieron cuenta de que el trabajo del codificador originario representó el inicio de la recepción del Derecho penal alemán:

“(…) TEJEDOR sigue las ideas de FEUERBACH plasmadas en el Código de Baviera y las concepciones imperantes en esa época respecto de la participación criminal<sup>107</sup>.”.

A renglón seguido, se refieren a las teorías en pugna en el siglo XIX, al citar el resumen introductorio llevado a cabo por ROXIN en *Täterschaft und Tatherrschaft*. Es así como, afirman, en general se diferenciaba a quienes eran *causa directa* del hecho (es decir, los que contribuían de un modo inmediato o eficaz y que eran considerados autores principales) de aquellos que solo concurrían de una manera indirecta al hecho (los cómplices). En la misma línea, los autores principales comprendían a los ejecutores, a los cooperadores necesarios y a los provocadores, inductores o determinadores. Estos últimos eran la causa moral del delito a través de la orden, el mandato, etc.; algo que hacía posible su inclusión en los supuestos de autoría mediata.

Tras confirmar la idea de la recepción efectuada por TEJEDOR sumando la cita de otra de sus obras penales más importantes (el “*Curso de Derecho Criminal*”<sup>108</sup>), los jueces pasan al posterior “Proyecto de Reforma” (1886), para afirmar que también receptaba el instituto de la autoría mediata mediante una atenta lectura de códigos europeos como los de España (1822, 1848, 1850 y 1870) y Bélgica (1867), y de otras naciones hispanoamericanas como Perú (1873) y Chile (1874)<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, pp. 271.

<sup>108</sup> TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*. Primera Parte Leyes de Fondo, Buenos Aires, Librería de C.M. Joly, 1871, y, del mismo autor, *Curso de Derecho Criminal*. Segunda Parte: Leyes de Formas, Segunda edición, Buenos Aires, Librería de C.M. Joly. 1871.

Hijo de inmigrantes gaditanos en Buenos Aires, Carlos TEJEDOR CARRERO no llegó a efectuar la recepción de la Dogmática penal alemana. Sin embargo, realizó, en las notas del Código penal bávaro que tradujo y adaptó a su época, un repaso tanto de las ideas de KANT, como de las del filósofo y jurista alemán Samuel PUFENDORF (1632-1694). A su vez, los análisis de los modelos procesales vigentes en los “tiempos bárbaros”, lo llevaron a abordar un libro que luego autores como el citado BINDING y Gustav RADBRUCH (1878-1949) considerarán como la primera fuente de Derecho penal alemán y, ya en el siglo XXI, se considerará “el libro más peligroso de la Historia”: La *Germania* de Cornelio Tácito (55-120). Cfr. TEJEDOR, *Curso de Derecho Criminal*, Segunda Parte..., 1871, p. 8, nota 3, y KREBS Christopher B., *A most dangerous book. Tacitus's Germania from the Roman Empire to the Third Reich*, New York, W. W. Norton & Company, 2011. Para un breve abordaje de la *Germania* desde el punto de vista penal y procesal penal: RADBRUCH, Gustav, *El Origen del Derecho Penal en el Estamento de los Siervos* (1938), traducción de V.-H. García, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley/Thomson-Reuters. Año X (Nro.3), 2020, pp. 34-42.

<sup>109</sup> Texto completo de la sentencia..., 1985, p. 273.

Finalmente, y de acuerdo con el comentario del art. 45 que se había hecho en 1923, adhieren a la posición del jurista, político y diplomático Rodolfo MORENO (1879-1953) a fin de sostener:

*“(...) el código antiguo admitía, como todas las leyes, el principio del artículo que considera autor del delito al que dispone su consumación sin participar en su materialidad pero siendo el eje alrededor del cual se produce; y al referirse al que determina a otro señalaba los diferentes medios que podían usarse para tal determinación. Hablaba así de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, inducción en error y confirmación en el mismo. (...)”<sup>110</sup> ”.*

La sección del considerando se cierra con un repaso de la recepción del instituto efectuada, a su vez, por varios de los más destacados doctrinarios españoles, entre los que pueden encontrarse: José Antón ONECA (1897-1981), Juan DEL ROSAL (1908-1973), Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1938), y el citado traductor y comentarista de MAURACH, José CÓRDOBA RODA (1934-2020).

#### IV. CONCLUSIÓN

En los llamados “estudios de justicia transicional”, se considera que el mecanismo de la persecución penal (*criminal prosecution*) requiere, entre otras cosas, de una fuerte voluntad política que permita y apoye la formulación de acusaciones contra aquellos que cometieron delitos durante períodos dictatoriales o autoritarios<sup>111</sup>. En el caso bajo análisis, esta se reflejó en la incesante voluntad del entonces presidente Raúl ALFONSÍN (1927-2009) por lograr, bien que las Fuerzas Armadas se *autodepurasen*, o bien que los delincuentes dentro de esta fuesen llevados ante los correspondientes tribunales civiles. Y si bien, como se dijo, existen numerosos abordajes del proceso que llevó a este último, lo cierto es que, casi cuarenta años después, el “Juicio a las Juntas” continúa provocando fascinación.

El presente trabajo pretendió evaluarlo desde el punto de vista de la recepción de la dogmática penal; lo que, despojado de todo contexto, puede parecer un mero ejercicio teórico. No obstante, lejos estaba de serlo en una época en la que la adhesión a la teoría finalista de la acción, destacó RIGHI, podía traer el terrible anatema de “subversivo”<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Op. Cit.

<sup>111</sup> Op. Cit., nota 8.

<sup>112</sup> “Lo cierto es que el finalismo supuso una mutación integral del sistema, y que su traslación a nuestro medio fue traumática por la reacción de nuestros maestros, quienes enfrentaron el nuevo modelo con tocas clases de excesos. Como ejemplo, es suficiente recordar la infortunada expresión de Núñez, quien en el contexto político social de los años setenta, calificó al finalismo como un cambio ‘subversivo’”. RIGHI, Esteban, *Teoría de la Pena*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002, p. 8.

A esto pueden sumarse los torpes intentos del “jurista terrible”<sup>113</sup> uruguayo Fernando BAYARDO BENGOA (1923-1987); quien, luego de tratar de introducir el concepto de “subversión” para crear delitos de “lesa patria” (algo aún peor, en su visión, que la traición a la patria), *cerró el círculo* de despropósitos teóricos al volver sobre el disparate de la consideración del *finalismo* como variante dogmática del marxismo; un mero “(...) instrumento técnico para asegurar la preservación de las masas proletarias”<sup>114</sup>.

En contextos así, la insistencia en señalar los peligros que, como en “Los Teólogos”, conllevaba adherir a determinadas posiciones teóricas, cumple la función de mostrar el compromiso que tuvieron tanto los magistrados del “Juicio”, como los profesores y juristas a los que sus ideas llevaron al exilio.

Así, y para comenzar a poner a prueba la hipótesis planteada, es dable volver sobre tales doctrinas y su origen.

De lo expuesto surge que, hacia mediados del siglo pasado, Hans WELZEL capitalizó las críticas y avances de autores como GRAF ZU DONHA, a fin de depurar su propia doctrina y, en algún sentido, iniciar el desplazamiento de las *causalistas* o formal-objetivas. En cuestión de décadas, el finalismo pasó a ser la doctrina dominante en las Facultades de Derecho alemanas.

Al mismo tiempo, la constante internacionalización del *German Approach* propiciada por la traducción de las principales obras de dogmática penal llevó a que este llegara a Argentina. En tal proceso, JIMÉNEZ DE ASÚA se destacó no solo como actualizador de la teoría formal-objetiva en el país, sino como uno de los primeros en que efectuar críticas a su concepción de la autoría.

Es entonces que, ya en la década de 1960, su discípulo BACIGALUPO toma tales críticas como punto de partida y efectúa la recepción de la teoría de WELZEL. Esta permitió una nueva y más precisa delimitación de la autoría y participación que tomaba en cuenta las disposiciones del Código Penal Argentino. Tal introducción de la *teoría del*

---

<sup>113</sup> La expresión *furchtbare Juristen* es utilizada en los casos de aquellos juristas que contribuyeron al régimen nazi de ocupando puestos destacados en la política, en la Administración de Justicia o en la enseñanza del Derecho de aquella época. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger...*, pp. 35-36, nota 2 y MÜLLER, Ingo, *Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Justiz*, Berlín, Verlag Klaus Bietemann, 1987.

<sup>114</sup> BAYARDO BENGOA, Fernando, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, citado en ZAFFARONI/CROXATTO, *El pensamiento alemán...*, p. 202.

*dominio final del hecho*, asimismo, proporcionaba una definición más acabada de los conceptos de coautoría y de autoría mediata.

El afán de continuar con la difusión de la doctrina alemana llevó a BACIGALUPO a la traducción de la obra de quien era, en aquel momento, un joven profesor de la Universidad Georg-August de Gotinga: Claus ROXIN. El aporte volvía sobre la necesidad de la delimitación de las categorías de autor y partícipe, pero sumaba el debate por la *autoría mediata a través de un aparato de poder*. Esto, casualmente, tenía lugar a inicios de la década del 1970; década en la que, puede decirse, el Estado Argentino se transformó en la peor organización criminal de su breve historia.

Aunque durante los años de terrorismo estatal (1975-1983), el exilio forzado de profesores de Derecho penal significó un retroceso en la actualización de las teorías penales, pasaron solo veinte años desde la introducción del finalismo en Argentina para que esta teoría llegara a debatirse en el juicio que terminaría, de una vez por todas, con los más o menos sucesivos advenimientos de estos, en la expresión de Luis DUHALDE, “Estados Terroristas” argentinos: el “Juicio a las Juntas”.

La *expertise* de los jueces llevó a que la sentencia misma se volviera un documento en el que se repasaban las diferentes doctrinas penales. En este sentido, la sección sobre autoría de su considerando VII tenía inicio con una relación del “estado de la materia” en la que dieron cuenta de que, como había señalado NÚÑEZ, el *paradigma* dogmático penal dominante no era otro que el causalista.

Sin embargo, no tardaron demasiado en dar el “giro copernicano” que les permitió, con la del *dominio final del hecho*, llevar claridad a los que se consideraría autor. Así, tras la crítica a SOLER, NÚÑEZ y JIMÉNEZ DE ASÚA, utilizan, en primer lugar, el “Manual de Derecho Penal” de BACIGALUPO a fin de descartar la aplicación de la teoría subjetiva. Seguidamente, y al encarar la decisión acerca de qué interpretación del art. 45 CPA, destacan el “*notable giro de la doctrina más moderna*” expuesto por este autor en “La Noción de Autor en el Código Penal”.

Posteriormente, y tras examinar el verdadero *catálogo de horrores* de la metodología aplicada por lo excomandantes, reconocerán el hecho de que, si bien los delitos no se cometieron *de su propia mano*, debía efectuarse una indagación en la teoría de autoría mediata a fin de atribuírselos. Se pasa entonces a la obra de ROXIN, y aunque se cita la edición alemana de la “Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal”,

puede notarse que la fuente más importante que se tenía en español era la temprana traducción hecha por BACIGALUPO del también citado y anterior, “Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal”.

Tales trabajos permitieron el reconocimiento de los requisitos de *la autoría mediata a través de un aparato de poder*, a saber: el dominio de la organización; que este dominio se diera al margen de la legalidad; la fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor, y la disposición incondicional del autor directo para llevar a cabo el hecho que se ha ordenado.

Con todo, el trabajo de los jueces no se redujo a la mera aplicación de los resultados de una revisión bibliográfica, sino que también efectuaron estudios de otras ramas del Derecho cuya extraordinaria profundidad no dejaba lugar a dudas: los excomandantes habían ordenado la comisión de tal cantidad de delitos que, aunque la extensa indagación en la dogmática penal permitiera su condena, el único concepto teórico que llegaba a abarcar tal horror era, como concluyó NINO, el de “Mal Absoluto”.

Puede decirse entonces que los aportes de BACIGALUPO tuvieron importancia en un aspecto que, justamente, él mismo pone de relieve en una publicación anterior a la sentencia e incluida en el ya mítico “Diario del Juicio”.

Así, en su columna de septiembre de 1985 en la que parece responder a las de Alberto FERNÁNDEZ, el autor se refirió el debate teórico del “Juicio” haciendo hincapié en que ambas teorías (la causal de la acción y la finalista) permitían la condena a los excomandantes en tanto se efectuara la aplicación del art. 45 CPA. La cuestión, continuaba, estaba vinculada a la posibilidad de fundar la responsabilidad de los autores mediatos. En este sentido, concluye, la teoría finalista permitía una mejor fundamentación para la punibilidad de la autoría mediata; algo que, en el ámbito castrense, el art. 514 CJM venía a confirmar<sup>115</sup>.

Es entonces que, siguiendo con la hipótesis planteada, BACIGALUPO se destacó tanto debido a su temprana adhesión y recepción de la teoría finalista como por el hecho de haber llevado a cabo la traducción de un artículo clave para la comprensión de la teoría de la autoría mediata a través de un aparato de poder. En esto, como se vio, se adelantó bastante a sus contemporáneos en Argentina y España; algo que permitió su posterior aplicación en el juicio.

---

<sup>115</sup> BACIGALUPO, Enrique, 24 de septiembre de 1985, El Tribunal no juzgará sobre teorías, El Diario del Juicio, nro. 18, p. 411.

Es así como su contribución en “el Juicio” se sumó a toda una corriente enmarcada en la recepción española y latinoamericana de la dogmática alemana la cual, solo en el caso del finalismo, contó con los representantes citados a lo largo del texto: entre otros, José CEREZO MIR y Juan BUSTOS RAMÍREZ (traductores de WELZEL), José CÓRDOBA RODA (traductor de MAURACH), Gladys ROMERO (traductora de STRATENWERTH) y Esteban RIGHI.

El internacionalismo que surge de esto último parece corresponderse con el de la dimensión monstruosa que tuvo la represión desde 1975. Así, pueden contarse, entre otras, decenas de víctimas tanto de nacionalidad española<sup>116</sup> como, en los casos de Svante GRÄNDE<sup>117</sup> (1947-1975) y Dagmar HAGELIN<sup>118</sup> (1959-1977), aún de misioneros y estudiantes suecos.

Puede concluirse entonces sosteniendo que los intentos de limitar la democracia y la libertad de cátedra por medio de la violencia no hicieron sino propiciar, justamente, una reacción acorde con aquello que se trató de silenciar. Esta tuvo lugar a través de una de las condenas más importantes de la Historia Argentina reciente, cuya profundidad la convierte en un documento que no solo puede seguir abordándose desde el punto de vista de la recepción de la dogmática penal alemana o de la criminología<sup>119</sup>: otra posible línea de investigación, a 300 años del nacimiento de KANT, surge al analizarse la aplicación que hace NINO del concepto de “Mal Absoluto” y plantear la pregunta sobre si la verdadera *burocracia de la muerte* desarrollada en la Armada luego de la designación de MASSERA como comandante general<sup>120</sup> no admitiría la consideración de aquel relativo a la llamada “banalidad del Mal” (*Banalität des Bösen*<sup>121</sup>).

---

<sup>116</sup> “(...) El 19 de marzo de 1996 publicamos en *La Vanguardia* el primer reportaje sobre el caso español, titulado ‘España acusa’, en el que se facilitaba una primera lista con las identidades de 38 españoles víctimas de la represión en Argentina. Hoy aquella relación inicial de compatriotas desaparecidos supera ya los seis centenares de nombres. DE POZUELO, Eduardo Martín/ TARÍN, Santiago, *España Acusa*, Barcelona, Plaza & Janés, 1999, p. 10.

<sup>117</sup> ANDERSSON, Jens, 15 de febrero de 2024, Svante Grände – prästsonen som blev chilensk gerillasoldat, *Hallands Nyheter*. Consultado en: [<https://www.hn.se/nyheter/varberg/svante-grande-prastsonen-som-blev-chilensk-gerillasoldat.d5643278-cd3a-4906-ab34-e91cf3f722c6>] el 20 de febrero de 2024.

<sup>118</sup> Para un resumen del testimonio del padre de Dagmar en el “Juicio a las Juntas”: 24 de septiembre de 1985, Testimonio del señor Ragnar Erland Hagelin, *El Diario del Juicio*, nro. 18, pp. 403-408.

<sup>119</sup> GARCÍA, Víctor-Hugo, *A Doctrine of Neutralization. The influence of the Techniques of Neutralization in the Juicio a las Juntas*, tesis de maestría inédita, Universidad de Estocolmo, Estocolmo, Reino de Suecia, 2021.

<sup>120</sup> URIARTE, El Almirante Cero..., pp. 93-94.

<sup>121</sup> ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, traducción de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1967.

Al mismo tiempo, antes el retorno a la política argentina de los discursos miserables que buscan votos afirmando que la criminalidad organizada estatal del período 1974-1983 no fue otra cosa que una guerra, es útil recordar las palabras de un jovencísimo SANCINETTI sobre la necesidad de,

*“(…) fomentar en los jóvenes, las futuras generaciones de juristas, una actitud verdaderamente distinta; es preciso que no crean que la claudicación ética constante es el único instrumento seguro del ‘éxito’, ni que será admitido siempre en silencio por los congéneres no comprometidos. (...) para que los jóvenes comprendan la misión de sacrificio y abnegación que pesa sobre los hombres honestos, en esa lucha desigual y milenaria contra los abusos del poder, es preciso que busquen ejemplos personales alternativos. Acaso en la historia puedan encontrar los modelos más conmovedores. (...)”<sup>122</sup>.*

En este sentido, la negativa coyuntura discursiva actual da a a las nuevas generaciones la oportunidad de seguir lo señalado en este prólogo y encontrar estos modelos en los exjueces Ricardo GIL LAVEDRA, León ARSLANIAN, Jorge TORLASCO, Jorge VALERGA ARÁOZ, Guillermo LEDESMA y Andrés D’ALESSIO; el fiscal Julio César STRASSERA y, entre otros, los profesores Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Enrique BACIGALUPO, Claus ROXIN, Esteban RIGHI, Gladys ROMERO y Juan BUSTOS RAMÍREZ.

Con estos, es de esperarse que los estudios se profundicen y que, como sucedió con la tragedia de los Golpes de Estado, las narrativas ridículas que los legitiman pasen a ser artefactos anticuados destinados no ya a ser comedia, sino a los verdaderos hazmerreíres de la historiografía argentina.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Códigos (Argentina)

Código Penal de la República Argentina y sus Decretos y Leyes Complementarios. Edición al cuidado del Doctor Fernando Marcelo Zamora, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía Editor, 1973.

### 2. Sentencias (Jurisprudencia)

Cámara Nacional de Apelaciones en los Criminal y Correccional de la Capital Federal, Texto completo de la sentencia dictada el día 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en pleno, en la causa n° 13/84, integrada por los jueces Jorge Torlasco, Ricardo Gil Lavedra, León Carlos Arslanián, Jorge Valerga Araoz, Guillermo Ledesma y Andrés J. D’Alessio.

### 3. Libros

ARENDRT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, traducción de Carlos Ribalta, Barcelona, Lumen, 1967.

BACICALUPO, Enrique, Delitos impropios de omisión, Madrid, Dykinson, 2006.

— Delito y Punibilidad, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

---

<sup>122</sup> SANCINETTI, Prólogo, SANCINETTI, Derechos Humanos en la Argentina..., pp. XVII-XXII.

- Manual de Derecho Penal, 3ª reimpresión, Bogotá, Temis, 1996.
  - Lineamientos de la Teoría del Delito, Buenos Aires, Hammurabi, 1994.
  - La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
- BINDING, Karl, La Culpabilidad en el Derecho Penal, traducción directa del alemán por M. Cancio Meliá, Buenos Aires, Editorial B de f, 2009.
- /HOCHÉ, Alfred, La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, traducción de B. Serigós, Buenos Aires, Ediar, 2009.
  - Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Aalen, Scientia Verlag, 1965.
- BORGES, Jorges Luis, Jorge Luis Borges II. 1945-1970, Estocolmo, Bokförlaget Tranan, 2019.
- CAMARASA, Jorge A./FELICE, Rubén/GONZÁLEZ, Daniel, El Juicio. Proceso al Horror, Buenos Aires, Sudamericana / Planeta, 1985.
- COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Buenos Aires, EUDEBA, 1984.
- DE POZUELO, Eduardo Martín/TARÍN, Santiago, España Acusa, Barcelona, Plaza & Janés, 1999.
- DUHALDE, Eduardo Luis, El Estado Terrorista Argentino, Barcelona, Ed. Argos-Vergara, 1983.
- FERNÁNDEZ, Alberto Ángel/MARTÍN, Manuel/MONCALVILLO, Mona, Juicio a la Impunidad, Buenos Aires, Ediciones Tarso, 1985.
- GALLAS, Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlín, Walter de Gruyter, 1968.
- GARCÍA, El Drama de la Autonomía Militar, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción, Santa Fe, 1957.
- KREBS, Christopher B., A most dangerous book. Tacitus's Germania from the Roman Empire to the Third Reich, New York, W. W. Norton & Company, 2011.
- MAURACH, Reinhart, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4ª edición, Karlsruhe, Verlag C. F. Karlsruhe, 1971.
- Tratado de Derecho Penal, traducción y notas de Derecho Español de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.
- MEZGER, Edmund, Criminología, traducción de Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1942.
- Criminología, traducción de Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios de Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- MÜLLER, Ingo, Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Justiz, Berlín, Verlag Klaus Bietemann, 1987.
- NINO, Carlos Santiago, Juicio al Mal Absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso, Buenos Aires, Emecé, 1997.
- On Radical Evil, Yale, Yale University Press, 1996.
- NÚÑEZ, Ricardo, Tendencias de la doctrina penal argentina, Opúsculos de Derecho penal y Criminología, 1984.
- RIGHI, Esteban, Teoría de la Pena, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2002.

RIGHI, Esteban/FERNÁNDEZ, Alberto/PASTORIZA, Luis, Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 1988.

ROBIN, Marie-Monique, Escuadrones de la Muerte. La Escuela Francesa, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005.

ROLDÁN CAÑIZARES, Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República y Exilio, Madrid, Dykinson, 2019.

ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 9ª edición alemana (2015) por J. Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2016.

— Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 6ª edición alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1988.

— Täterschaft und Tatherrschaft, Berlín, De Gruyter Recht, 1975.

SANCINETTI, Marcelo, Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1988.

SIKKINK, Kathryn, The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics, New York, W. W. Norton & Co, 2011.

SCHÖNBERGER, Christoph, Der “German Approach”, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015.

TEJEDOR, Carlos, Curso de Derecho Criminal. Primera Parte Leyes de Fondo, Buenos Aires, Librería de C.M. Joly, 1871.

— Curso de Derecho Criminal. Segunda Parte: Leyes de Formas, Segunda edición, Buenos Aires, Librería de C.M. Joly, 1871.

— Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Primera, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1866.

— Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Parte Segunda, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1867.

URIARTE, Jorge, El Almirante Cero. Biografía no autorizada de Emilio Eduardo Massera, Buenos Aires, Planeta, 2011.

VORBAUM, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin, Springer Verlag, 2011.

WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas por J. Cerezo Mir, 4ª reimpresión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de f, 2011.

— Derecho Penal Alemán. Parte General, traducción del alemán por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez. 11ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

#### 4. Capítulos de libros

BAYER, Osvaldo, Prólogo, ASOCIACIÓN DE MADRES DE PLAZA DE MAYO, Massera. El genocida, Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Prólogo, BACIGALUPO, E., Teoría y Práctica del Derecho Penal. Tomo I, 1ª edición, Madrid, Marcial Pons, pp. 17-20.

ROXIN, Claus, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, traducción directa del alemán de E. Bacigalupo, AAVV, Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Ciencia del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Editorial Pannedille, 1970, pp. 55-70.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Política y dogmática jurídico penal, CAFFERATA NORES, J. I., ZAFFARONI, E. R., Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal, Córdoba, Advocatus, 2002.

## 5. Artículos

BACIGALUPO, Enrique, La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica, en: In Dret, Barcelona, 2019. Consultado en: [<https://indret.com/la-recepcion-de-la-dogmatica-penal-alemana-en-espana-y-latinoamerica/>] el 14 de marzo de 2024.

CROXATTO, Guido/ZAFFARONI, Eugenio, El pensamiento alemán en el derecho penal argentino”, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, 22, 2014, pp. 192-212. Consultado en: [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/46154>] el 10 de febrero de 2024.

GARCÍA, Víctor-Hugo, Recensión del libro ‘Victoria Kent al frente de las prisiones españolas 1931-1932. El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República’, Icaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, año 15, número 12, 2021, pp. 485-511.

— Núñez, Maier y los Märchen de Heinrich Heine. Entrevista al Dr. Dr. h. c. mult. Enrique Bacigalupo Zapater, Nuestra Joven Revista Jurídica, Universidad de Córdoba, 2021. Consultado en: [[https://www.academia.edu/45649903/N%C3%9A%C3%91EZ\\_MAIER\\_Y\\_LOS\\_M%C3%84RCHEN\\_DE\\_HEINRICH\\_HEINE\\_Entrevista\\_al\\_Dr\\_Dr\\_h\\_c\\_mult\\_Enrique\\_Bacigalupo\\_Zapater](https://www.academia.edu/45649903/N%C3%9A%C3%91EZ_MAIER_Y_LOS_M%C3%84RCHEN_DE_HEINRICH_HEINE_Entrevista_al_Dr_Dr_h_c_mult_Enrique_Bacigalupo_Zapater)] el 13 de marzo de 2024.

RADBRUCH, Gustav, El Origen del Derecho Penal en el Estamento de los Siervos (1938), traducción de Víctor-Hugo García, Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, La Ley/Thomson-Reuters. Año X (Nro.3), 2020, pp. 34-42.

ROXIN, Claus, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, en Doctrina Penal, traducción de Carlos Elbert, Revista Doctrina Penal, nro. 8, 1985.

## 6. Artículos periodísticos

ANDERSSON, Jens, 15 de febrero de 2024, Svante Grände – prästsonen som blev chilensk gerillasoldat, Hallands Nyheter. Consultado en: [<https://www.hn.se/nyheter/varberg/svante-grande-prastsonen-som-blev-chilensk-gerillasoldat.d5643278-cd3a-4906-ab34-e91cf3f722c6>] el 24 de marzo de 2024.

### “El Diario del Juicio”

24 de septiembre de 1985, Testimonio del señor Ragnar Erland Hagelin, El Diario del Juicio, nro. 18.

BACIGALUPO, Enrique, 24 de septiembre de 1985, El Tribunal no juzgará sobre teorías, El Diario del Juicio, nro. 18.

CABEZA MIÑARRO, Carlos, 24 de septiembre de 1985, Defensa individual frente a acusación por Juntas, El Diario del Juicio, nro. 18.

STRASSERA, Julio César, 17 de septiembre de 1985, La Acusación, El Diario del Juicio, nro. 17.

FERNÁNDEZ, Alberto Ángel, 30 de julio de 1985, La necesidad de una pronta respuesta, El Diario del Juicio, nro. 10.

30 de julio de 1985, ‘Los militares no exigen que se les aplique su sistema’. Jorge Luis Borges habla sobre el juicio, El Diario del Juicio, nro. 10.

FERNÁNDEZ, Alberto Ángel, 27 de mayo de 1985, La legítima defensa es un argumento insostenible, El Diario del Juicio, nro. 1.

ZIBELL, Rodolfo, 24 de mayo de 1985, Strassera. La vida, la obra, la forma de ser y el pensamiento del hombre al que le tocó acusar a los excomandantes, El Diario del Juicio, nro. de presentación.

## 7. Tesis de Maestría inéditas

GARCÍA, Víctor-Hugo, A Doctrine of Neutralization. The influence of the Techniques of Neutralization in the Juicio a las Juntas, tesis de maestría inédita, Universidad de Estocolmo, Estocolmo, Reino de Suecia, 2021.

## 8. Material audiovisual

FUNDACIÓN GENERAL UNIVERSIDAD DE SAALAMANCA, Dr. Francisco Muñoz Conde: ‘La participación del particular en los delitos especiales’, 21 de enero de 2015. Consultado en: [<https://www.youtube.com/watch?v=hCuFQvbtYEA>] el 14 de marzo de 2024.

\* \* \* \* \*

## **Prof. Luis Miguel Ramos Martínez**

Ayudante de Derecho Penal. Univ. de León, España. Socio de la FICP.

### **~Legítima defensa: la racionalidad de la necesidad del medio (resumen)~**

#### **I**

La presente ponencia<sup>1</sup> se divide en dos grandes bloques: el primero está dedicado a justificar la necesidad de seguir hablando hoy del requisito de la necesidad racional del medio exigido en esta causa de justificación; el segundo consiste en un recorrido rápido por lo que será la estructura fundamental de mi tesis doctoral: una parte introductoria y sendos apartados sobre los dos sentidos que se pueden atribuir a este requisito de la legítima defensa, a saber, el ampliatorio y el restrictivo —distinción propuesta por LUZÓN PEÑA, por escrito, desde 2012—.

#### **II**

Existen varias razones para considerar que el tema, aunque clásico, es también de actualidad, justificando así mi elección.

- En primer lugar, siguen coexistiendo distintas posturas en torno al significado de este requisito —segundo legal, tercero doctrinal y jurisprudencial, del art. 20.4.º CP—, por lo que el debate está vivo. Resumiendo mucho, se podría distinguir entre: autores que extraen la exigencia de proporcionalidad en algún sentido, bien por la operatividad de algún principio general de la antijuridicidad o bien por propia la interpretación —a mi juicio incorrecta— del requisito; autores que aceptan restricciones ético-sociales sin base legal directa, las cuales pueden tener distinto fundamento, como la dignidad humana, el principio de solidaridad mínima, etc.; autores que buscan limitaciones en otras normas del ordenamiento, ubicándose aquí el debate sobre la aplicabilidad de las restricciones del art. 2 CEDH o la prohibición del abuso de derecho que recoge el art. 7.2 CC; y, finalmente, autores que realizan otras propuestas restrictivas, destacando en este grupo la interpretación de adjetivo «racional» efectuada por LUZÓN PEÑA.

---

<sup>1</sup> Resumen de la ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024. El texto íntegro, con citas, se podrá consultar en las actas publicadas por la FICP en su *web*.

- En segundo lugar, como este enriquecedor debate no ha tenido todo el efecto que debiera en la jurisprudencia, más allá de la evolución que se pueda extraer de la línea que ha ido manteniendo el TS al respecto, actualmente se suelen encontrar resoluciones que interpretan el requisito de la necesidad racional del medio de manera confusa, fruto de la vinculación constante que hacen los órganos judiciales entre necesidad racional y proporcionalidad. Hay varias sentencias más o menos recientes conocidas sobre el tema, pero bastan los siguientes dos ej. para ilustrar la confusión que todavía reina en este aspecto de aplicación de la eximente: la STS 268/2023, la cual, citando otras resoluciones anteriores, declara que «la racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado [...] exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa y determinar si esta sobrepasó o no la intensidad y grado necesario para neutralizar aquél», tratando como equivalentes ambos conceptos; y la SAP Valencia, de 8 de marzo, que resolviendo la primera instancia de un caso bastante mediático, solo dedica media línea, «el jurado no apreció una reacción proporcionada», a fundamentar la inexistencia de eximente completa —por cierto, haciendo referencia dentro de la justificación a las consecuencias del temor que provocó en el defensor la agresión ilegítima—.

- En tercer lugar, el 8 de octubre de 2021, el Grupo Parlamentario VOX presentó una Proposición de LO para modificar el CP —que fue acompañada de una campaña a favor de la extensión de la tenencia de armas— en la que, en síntesis, proponían introducir una presunción legal de necesidad racional del medio —no se sabe *iuris tantum* o *iuris et de iure*— para los casos de allanamiento de morada y, con el requisito confuso de «peligro de agresión», de defensa del lugar en el que se ejercite una actividad comercial, profesional o empresarial, utilizando como único criterio de validez que el medio de defensa utilizado fuera legal/reglamentario. Aunque sin éxito, se pretendió excepcionar este requisito, en esas circunstancias, en los supuestos en que los sujetos que se defendiesen tuviesen armas autorizadas en su casa o negocio, buscando seguramente, además de una utilización meramente simbólica del Derecho penal —en este caso no creando más Derecho penal—, potenciar la intimidación general de la legítima defensa.

- En cuarto y último lugar, mencionaré un par de problemas que están actualmente en discusión y cuya solución puede pasar por la interpretación de este requisito: la legítima defensa en situaciones sin confrontación —llamada muerte del tirano doméstico cuando se trata en el ámbito de la violencia de género—, sobre el que entendiendo que, a

la vista de la STS 684/2021, se puede interpretar el delito de maltrato habitual como un delito permanente contra el bien jurídico paz familiar; y el debate que se abre tras la L 7/2023 —derechos y bienestar animal— y la LO 3/2023 —maltrato animal— en torno a posibilidad de defender los derechos subjetivos de un animal en legítima defensa por declarar art. 20.4.º CP exento de responsabilidad criminal a quien obre «en defensa de la persona o de derechos propios o ajenos».

Resumiendo: la doctrina está dividida, la jurisprudencia es confusa, ha habido un intento de reforma reciente y hay discusión jurídica, pero también social, sobre temas que se resolverían en sede de este requisito.

### III

Como introducción al segundo bloque anunciado, he de mencionar algunos aspectos sobre los que no puedo detenerme ahora, pero sí me pronunciaré en mi investigación doctoral: los detalles acerca de mi toma de postura sobre el fundamento —asumiendo el doble mayoritario— y la naturaleza —indiscutida causa de justificación, pero que excluye baremos subjetivos que se suelen ubicar incorrectamente en la antijuridicidad— de la legítima defensa; mi alineamiento con la posición doctrinal que considera que restringir los requisitos de las causas de justificación —fuera de sus términos— es, indirectamente, crear Derecho penal; y mi asunción de la materialización del requisito de la necesidad en concreto en el principio de menor lesividad, tan desarrollado por la doctrina alemana —es decir, entender, necesario como lo imprescindible, también con la exigencia de idoneidad del medio, aquí cuantitativa—.

- Ya sobre el **sentido ampliatorio**, es necesario puntualizar que este no vendría dado solo por la ausencia de proporcionalidad —p. ej. entre los bienes jurídicos en juego—, sino por el efecto que tendría considerar que la necesidad concreta del medio ha de juzgarse bajo la creencia racional fundada *ex ante*. El autor que mejor desarrolla las consecuencias de esto es también LUZÓN PEÑA: si era razonable la creencia de que era preciso recurrir a ese medio concreto, aunque *a posteriori* se compruebe que no era el necesario, el defensor incurrirá en un error objetivamente invencible sobre la necesidad. No obstante, aun siendo esta la consecuencia más importante del sentido ampliatorio, buena parte de este apartado que será de mi tesis estará dedicado a sistematizar los argumentos principales en contra de del uso del término «proporcionalidad»: literales —también como exclusión de la irracionalidad—; sistemáticos —frente al estado de necesidad del art. 20.5.º CP y frente a otras normas que regulan actuaciones defensivas

que se exigen proporcionales, como el art. 5.º.2.c LOFCS—; histórico-teleológicos; y de Derecho comparado —con países de nuestro entorno geográfico y cultural—.

• Finalmente, acerca del **sentido restrictivo**, es pertinente recordar que las restricciones más deseables son siempre las legales, pues estas, sean más o menos acertadas, tienen la forma y la carga democrática deseable para crear Derecho penal; aunque, lógicamente, deben ser interpretadas. Por ello, no se trata tanto de criticar —todas— las ideas que subyacen bajo las restricciones ético-sociales antes mencionadas, sino más bien de analizar qué cabe dentro la letra del requisito y qué no. El aporte interpretativo anunciado de LUZÓN PEÑA consiste en entender «racional» como «social y jurídicamente razonable», lo que puede ser una solución para los supuestos en los que la extensión de la legítima defensa parece chocar con otros principios o intereses del ordenamiento jurídico —no sería racional, razonable, p. ej. causar un daño absolutamente desproporcionado—. Que la necesidad del medio escogido por el defensor sea conforme a la razón, implica no solo que no sea irracional, sino que sea razonable. La RAE reconoce la sinonimia entre racional y razonable —ambos adjetivos comparten su raíz etimológica: *ratio*—. Aunque esté casi por completo fuera del ámbito penal, un uso relativamente reciente por el legislador del adjetivo «racional» con este sentido —razonable— lo encontramos en el TR de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: cuando esta norma hace referencia a un uso o empleo racional está pensando, sobre todo, en la prevención de su abuso, en cierta moderación. Además, aquí se pueden explorar los criterios de la adecuación —social y jurídica— para decidir si pueden ser trasladables a la legítima defensa. Y, en último lugar, sobre los adverbios «social y jurídicamente»: si lo razonable socialmente puede ser aquello considerado de manera mayoritaria o unánime como correcto, adecuado, justo, procedente, etc., en el caso de la legítima defensa, puede ayudar a esto imaginarse a un tercero llevando a cabo la defensa, aunque teniendo en cuenta que víctima-defensora y tercero-defensor pueden tener distintos medios defensivos a su disposición; y si para determinar qué es razonable jurídicamente, puede acudir a lo que el ordenamiento, en general, no desvalore, hay que buscar normas aplicables a casos concretos —p. ej. el art. 15 CE para quienes admiten el planteamiento de la legítima defensa de terceros ante la tortura en los casos de atentados terroristas inminentes llevada a cabo por sujetos que no actúan en nombre del Estado—.

\* \* \* \* \*

## II. NOTICIAS DE LA FICP

### 1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

- (i) **Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\* por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo**

**23 de julio de 2024.** Sobre “**Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos**”. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Directores: Profs. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* y Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedráticos de las Univs. de Alcalá y León, Profs. Honorarios de la Univ. de Vigo, 2006 y 2022), Profs. Dres. Marta García Mosquera\* y Virxilio Rodríguez Vázquez\* (Profs. Titulares, Univ. de Vigo). Lugar: Edificio Redeiras de la Universidad de Vigo, c/ Ribeira do Berbés, 11. Vigo.

El evento culminó con la entrega solemne del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*. El cartel y programa del evento se encuentra disponible en nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Eventos anteriores](#).

A continuación se muestra una selección de fotos del acto, la totalidad de las cuales está disponible en nuestra [Galería de fotos](#).



Inauguración de la Jornada con la intervención del Presidente del Consello Social, D. Ernesto Pedrosa Silva, y el Prof. Luzón Peña\*, ante el público asistente.



Las dos primeras mesas de la Jornada: a la izq., la conformada por los Profs. Sanz Morán\*, Díaz y García Conlledo\* (en representación del Prof. Wolter\*), Lorenzo Salgado\*, García Mosquera\* (moderadora), Martínez-Buján\* y Peñaranda Ramos\*. A la dcha., la conformada por los Profs. Gómez Martín\*, Trapero Barreales\*, Rodríguez Vázquez\* (moderador), Paredes Castañón\* y Olaizola Nogales\*.



Entrega del Libro Homenaje al Prof. de Vicente\* por los directores de la obra y la Jornada, Profs. García Mosquera\*, Rodríguez Vázquez\*, Díaz y García Conlledo\* y Luzón Peña\*.



Palabras del homenajeado, Prof. de Vicente Remesal\*.

## (ii) XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Vigo

**22 de julio de 2024.** En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, dedicado a los “**Problemas de Derecho penal general y especial**”. Seminario organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Vigo y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*. Coordinadores generales: Profs. Dres. Marta García Mosquera\*, Virxilio Rodríguez Vázquez\*, Raquel Roso Cañadillas\*, José-Zamyr Vega Gutiérrez\* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco\*. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, Vigo, España.

El evento ha tenido como ponentes invitados especiales al Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Buenos Aires, Argentina, y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Luigi Foffani\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. degli Studi de Modena i Reggio Emilia, Italia, y socio de la FICP). Como ya sucedió en la convocatoria anterior de 2023, los patronos que no pudieron asistir y los socios no invitados presencialmente pudieron seguir online el evento.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Eventos anteriores](#), y próximamente se publicarán las actas del Seminario en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#). A continuación se muestra una selección de fotos, la totalidad de las cuales está disponible en nuestra [Galería de fotos](#).



Arriba a la izq., inauguración del Seminario por el Decano de la Facultad de Derecho y el Prof. Luzón\*. A la dcha., el Prof. Rodríguez Vázquez\* imparte su ponencia, moderado por la Prof. García Mosquera\*. Abajo a la izq., los Profs. Díaz\*, de

Vicente\* y Luzón\*. A la dcha., ponencia de la Prof. Barrientos\*, moderada por el Prof. García Amado\*.



Arriba a la izq., ponencia del Prof. Rodríguez Ramos\*, moderado por el Prof. Cancio\*. A la dcha., ponencia del Prof. Rusconi\*, moderado por el Prof. Díaz\*. Abajo, ponencia del Prof. Foffani\*, moderado por la Prof. Olaizola\*.



Público asistente de manera presencial al XXV Seminario

### (iii) IX Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León

**25 y 26 de septiembre de 2024.** Sobre “**Una historia de resiliencia y de cambio: 25 años del centro penitenciario de León**”. Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Universidad de León, en colaboración con la Fundación Athena, ACAIP y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*. Lugar: Sala Gordón Ordás (día 25) y Sala San Isidoro (día 26), Edificio Rectorado «El Albéitar» de la Universidad de León, León, España. Inscripciones hasta el 24 de septiembre mediante correo electrónico dirigido a [matrab@unileon.es](mailto:matrab@unileon.es). Se admiten comunicaciones hasta el 20 de septiembre.

El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos](#).

### (iv) VI Congreso sobre metodología y política criminal en el sistema penal, Univ. de Oviedo

**10 y 11 de octubre de 2024.** Sobre “**Responsabilidad penal y ciencia cognitiva: el problema del dolo**”. Evento organizado por el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas Universidad de Oviedo, con la colaboración del Vicerrectorado de Investigación de la Univ. de Oviedo y la FICP. Comité organizador: Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón\*, Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado\*, Cristina López López\*, y la Prof. Ana M.<sup>a</sup> Ontaneda Rubio\*. Lugar: Aula Magna del Edificio Histórico, Universidad de Oviedo (C/ San Francisco 3 – Oviedo, España).

El Congreso también será accesible online (enlace disponible para personas inscritas). Información e inscripciones en: [congresodpenaloviedo@gmail.com](mailto:congresodpenaloviedo@gmail.com). Se admiten comunicaciones hasta el 7 de octubre.

El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos](#).

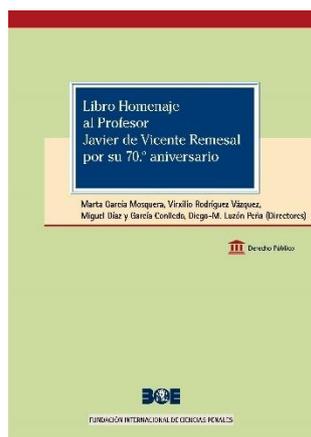
## 2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

### (i) **Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario**

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/GARCÍA MOSQUERA, Marta/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, 2024. ISBN: 978-84-340-2999-6.

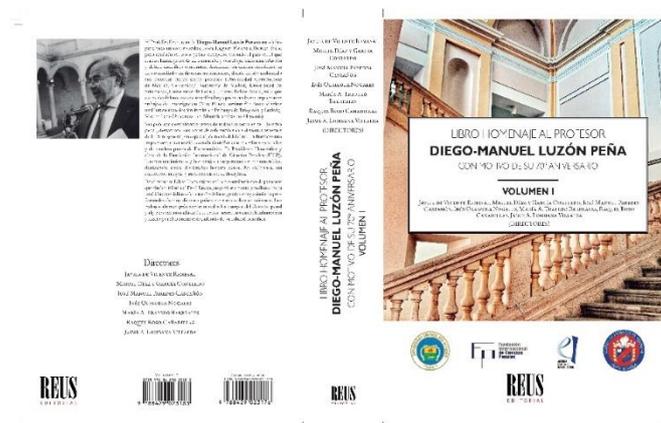
La obra fue entregada al homenajeado el 23 de julio, en la Jornada Internacional en su honor que se celebró en la Univ. de Vigo. Su contenido está disponible en línea en el siguiente [enlace](#).



### (ii) **Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario**

VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

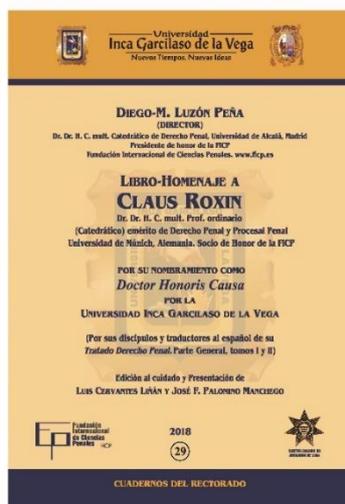
El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en [Otras publicaciones de la FICP](#).



Portada y contraportada del vol. I

### (iii) Libro-Homenaje a Claus Roxin

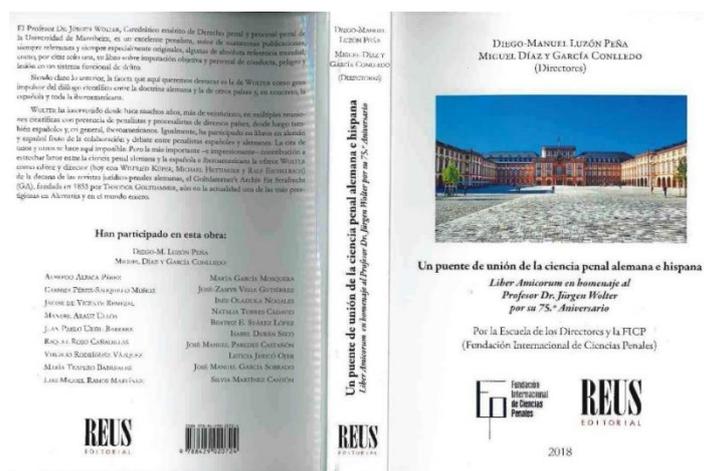
LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado Universidad Inca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

### (iv) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

### (v) *Actas de Congresos y Seminarios con ISSN*

Se recuerda que la FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de congresos y seminarios](#):

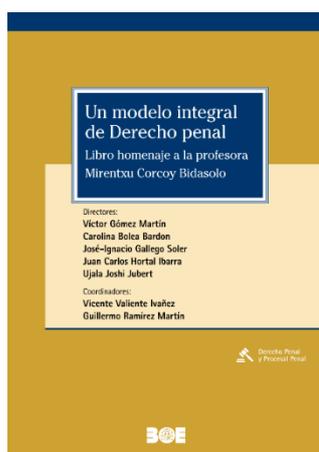
- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

### 3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP

#### (i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\*

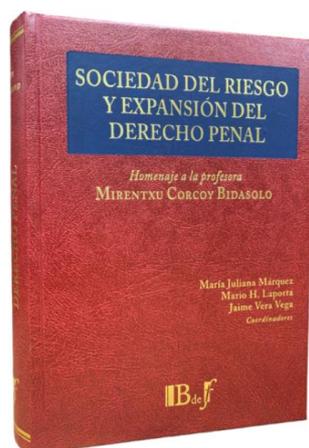
GÓMEZ MARTÍN\*/BOLEA BARDON\*/GALLEGO SOLER\*/HORTAL IBARRA\*/JOSHI JUBERT (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible electrónicamente [aquí](#).

La obra se entregó a la homenajeada el pasado 17 de junio de 2022, al finalizar la “Jornada en homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo\*: un modelo integral de Derecho Penal”, organizada por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP, y dirigida por los directores de la referida obra. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España.



MÁRQUEZ/LAPORTA/VERA VEGA (coords.), Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal: homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Buenos Aires, B de f, 2023.

La nueva obra se entregó a la homenajeada el pasado 8 de junio de 2023, al finalizar la “Jornadas internacionales: sociedad del riesgo y expansión del derecho penal”, organizadas por el el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires. Lugar: Cyan Hotel de las Américas, Buenos Aires, Argentina.



## III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

### 1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos<sup>1</sup>

(i) **Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\* por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo, 23/07/2024**

El pasado martes 23 de julio de 2024 tuvo lugar la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, sobre “**Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos**”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Directores: Profs. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* y Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedráticos de las Univs. de Alcalá y León, Profs. Honorarios de la Univ. de Vigo, 2006 y 2022), Profs. Dres. Marta García Mosquera\* y Virxilio Rodríguez Vázquez\* (Profs. Titulares, Univ. de Vigo). Lugar: Edificio Redeiras de la Universidad de Vigo, c/ Ribeira do Berbés, 11. Vigo.

El evento culminó con la entrega solemne del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*. El cartel y programa del evento se encuentra disponible en nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Eventos anteriores](#).

(ii) **Symposium en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann\* por su 80.º aniversario, Univ. Humboldt de Berlín, 8-9/11/2024**

Los días **8 y 9 de noviembre de 2024** se llevará a cabo el Symposium en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann\* (Catedrático emérito de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich y socio de honor de la FICP) por su 80.º aniversario. Organizado por el Prof. Dr. Luís Greco\* (Catedrático de Derecho Penal de Universidad Humboldt de Berlín y Patrono de la FICP) y por la Prof. Dra. Tatjana Hörnle, se celebrará en la Universidad Humboldt de Berlín.

---

<sup>1</sup> Los miembros de la FICP (patronos y socios) están identificados mediante un asterisco.

El evento contará con la participación de diversos miembros de la FICP: entre los patronos, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* (Presidente de honor de la FICP) y del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP); entre los socios, además del homenajeado, participarán los Profs. Dres. Dres. h.c. Ricardo Robles Planas\* y Moisés Moreno Hernández\*, así como los Profs. Dres. Mariana Sacher\* y Alaor Leite\*.

**(iii) Obtención por el Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. h.c. mult. Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona\* del Doctorado en Historia, Univ. de Zaragoza, 06/2024**

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona\* (Catedrático em. de Derecho penal de la Univ. del País Vasco, y socio de la FICP), tristemente fallecido el pasado 15 de agosto de 2024 a los 72 años, obtuvo en el previo mes de junio el título de Doctor en Historia en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza, con la tesis doctoral titulada “Clemente VIII y el final del Gran Cisma de Occidente en la Corona de Aragón”, dirigida por los Profs. Dres. Esteban Sarasa Sánchez y Concepción Villanueva Morte. Se trató del tercer Doctorado del Prof. Romeo\*, quien previamente obtuvo los de Derecho (1980) y de Medicina (1991), además de poseer seis Doctorados *honoris causa*.

Pueden verse algunas declaraciones del Prof. Romeo Casabona\* sobre su tercer Doctorado en este [enlace](#).



**(iv) Nombramiento de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\* como Doctora *honoris causa* por la Univ. de Buenos Aires, 15/08/2024**

El pasado 15 de agosto de 2024, el Consejo Superior de la Univ. de Buenos Aires, Argentina, resolvió otorgar a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, España, y patrona de la FICP) el título de Doctora *honoris causa* por la citada universidad.

**(v) Imposición de medallas a los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde\* e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre\* en la Univ. de Huelva, 4/10/2024**

El próximo 4 de octubre de 2024 tendrá lugar en la Facultad de Derecho de la Univ. de Huelva una ceremonia de imposición de medallas a los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde\* e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre\*.

La ceremonia estará a cargo del Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva, el Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, y tendrá lugar como culminación del IV Congreso Andaluz de Justicia Penal y XXI Congreso de Justicia Penal de la Universidad de Huelva, sobre “La desinformación y el Derecho Penal” (3 y 4 de octubre), organizado por la Universidad de Sevilla (Proyecto I+D PID2022-137466NB-I00, “La desinformación como riesgo en el mundo digital: análisis interdisciplinar”, Ministerio de Ciencia e Innovación), la Facultad de Derecho de la Univ. de Huelva y la Universidad Pablo de Olavide. Lugar: Salón de Grados, Facultad de Derecho, Univ. de Huelva, Huelva, España.

**(vi) Obtención de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. Pública de Navarra por la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri\*, Pamplona, 19/07/2024**

El 19 de julio de 2024, la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri\* obtuvo una plaza de Profesora Titular de Derecho Penal en la Univ. Pública de Navarra, tras superar el correspondiente concurso, que se celebró en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la citada universidad.

El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP) y compuesto además por las Profs. Dras. M.<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín\* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Zaragoza) y Catalina Vidales Rodríguez\* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Valencia). Al acto acudieron también otros miembros de la

FICP, como el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* (Presidente de honor de la FICP).

A continuación se muestra una selección de fotos del evento, la totalidad de las cuales puede consultarse en nuestra [Galería fotográfica](#).



A la izq., la Prof. Paz Francés Lecumberri\*. A la dcha., momento del concurso con los miembros del tribunal (de izq. a dcha., los Profs. Rueda Martín\*, Díaz y García Conlledo\* y Vidales Rodríguez\*). En primera fila en el público, el Prof. Luzón Peña\* y las Profs. Jericó Ojer\* y Olaizola Nogaes\*.



A la izq., posado final de la candidata con el tribunal: de izq. a dcha., los Profs. Rueda\*, Francés\*, Díaz\* y Vidales\*. A la dcha., se suman al posado los Profs. Luzón\* y Olaizola\*.

## 2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

### (i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

- de Vicente Remesal, Javier\*, Las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido: su tratamiento jurídico penal, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 12, 2023, pp. 240-327.
- de Vicente Remesal, Javier\*, El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, en: *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1691-1704.
- Luzón Peña, Diego-Manuel\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier\*/Paredes Castañón, José Manuel\*/Olaizola Nogales, Inés\*/Trapero Barreales, María A.\* (coords.), *Código Penal y legislación complementaria*, 10.<sup>a</sup> ed. Con la colaboración de: Roso\*, Barber\*, Jericó\*, Durán\*, García Mosquera, Rodríguez Vázquez, Fuente, Pavía, Martínez Cantón, García Sobrado, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo\*, Torres Cadavid, Alpaca, Uribe, Cardona Cardona, Ramos, Serrano Suárez, Cantillo, Molina, Alemán, Barrientos, López López, Martínez Rguez, Madrid, Reus 2024.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El consentimiento hipotético, una figura rechazable [con proemio], en: *Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario* (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 353-375. Disponible en el siguiente [enlace](#). También [sin proemio] en *Revista de Derecho Penal 2024-1* (Dir. E. Donna), Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, pp. 55-85.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El comienzo de ejecución en la tentativa acabada y en la tentativa en autoría mediata, *ForFICP 2024-1*, pp. 9-38.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El comienzo de la tentativa en la coautoría, *ForFICP 2024-1*, pp. 39-64.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales, *Revista de Derecho Penal 2024-1* (Dir. E. Donna), Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, pp. 87-226. También en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 12, 2023, pp. 33-130. También en *Foro FICP*, 2023-2, pp. 27-114.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Derecho de corrección a menores, *Anatomia do Crime*, Univ. de Lisboa 17 2023, pp. 71-91. También en *Liber Amicorum* en homenaje al

Prof. Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Madrid, UAM Edics., 2023, pp. 353-376. También en Problemas vigentes y actuales del Derecho penal y procesal penal. Libro Homenaje al Prof. extraordinario Nelson Ramón Pessoa, Buenos Aires/Corrientes, La Ley-Thomson/ M.B., 2024, pp. 113-132.

- Luzón Peña, Diego-M.\*, Obediencia debida justificante tras la nueva legislación extrapenal y obediencia no debida exculpante o atenuante, en: Libro Homenaje al Prof. Jorge Ed. Buompadre. Derecho penal. En las postrimerías del siglo XX y comienzos del tercer milenio, Resistencia (Argentina), Contexto, 2024, pp. 61-82. También en Revista de Derecho Penal 2023-2 (dir. E. Donna), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 21-53.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Autoría o participación en delitos omisivos impropios o comisivos por omisión, Libro Homenaje al Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. A sus 75 años de vida, Guayaquil, Murillo Edits., 2024, pp. 817-834. También en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 881-897.
- Luzón Peña, Diego-M.\*/Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría (vers. revisada), Revista de Derecho Penal 2024-1 (Dir. E. Donna), Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, pp. 227-270. También en Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 12, 2023, pp. 131-164. También en Foro FICP, 2023-2, pp. 115-147.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, La acción o conducta humana como primer elemento y fundamento de todo delito, Revista de Derecho Penal 2023-2 (dir. E. Donna), Buenos Aires, Rubinzal, pp. 413-488.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El concepto de acción en Derecho penal, Foro FICP, 2023-1, pp. 9-60.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Obediencia debida justificante y obediencia debida exculpante o atenuante, Revista brasileira de ciências criminais, 194, 2023, pp. 55-76. También en Foro FICP, 2023-1, pp. 61-82.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, Culpabilidad y libertad, en Derecho Penal y dignidad humana. Libro Homenaje al Prof. Felipe A. Villavicencio Terreros, Lima, Grijley, 2023, pp. 367-448.
- Luzón Peña, Diego-M.\*, El consentimiento hipotético, una figura rechazable, Revista General de Derecho Penal, 40, 2023. También en Foro FICP, 2023-2, pp. 6-26.
- Aráuz Ulloa, Manuel\*, Legítima defensa en el ámbito de la violencia de género: la necesidad racional del medio empleado, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp.

281-294. Disponible en el siguiente [enlace](#).

- Barber Burusco, Soledad\*, Los criterios que aporta la STS 523/2023, de 29 de junio, para la aplicación de la LO 10/2022 como ley más favorable, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 27-40. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Cancio Meliá, Manuel\*, Patient autonomy and criminal law: A Spanish perspective, en: Paweł Daniluk (ed.), *Patient Autonomy and Criminal Law. European Perspectives*, editorial Routledge, Londres *et al.*, 2023, pp. 315-331.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity, en: Tatjana Hörnle (ed.), *Sexual Assault. Law Reform in a Comparative Perspective*, editorial Oxford University Press, Oxford *et al.*, 2023, pp. 215 a 234; version española, reducida (La reforma de los delitos contra la libertad sexual), en: Lascurain Sánchez/Peñaranda Ramos (coord.): *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2023, pp. 105-121.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Tentativa y desistimiento; en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 221-229.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Actos preparatorios, en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 230-237.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Delitos contra la Administración de Justicia y contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, en: Cuerda Arnau (dir.)/Raga i Vives (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Tirant lo Blanch, València, 2023, pp. 2772-2855.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Reforma y estado actual de los delitos sexuales en España (conferencia transcrita), en: Romero Castilla *et al.* (eds.), *Soberanía, Modernidad y Derecho: Aciertos y desaciertos del ordenamiento jurídico desde la visión local, regional, nacional e internacional*, Amachaq editora, Lima, Perú, 2023, pp. 105-126.
- Cancio Meliá, Manuel\*, Estudio preliminar a la segunda edición, de Albin Eser y Björn Burkhardt, en: *Derecho penal. Problemas fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias (Studienkurs Strafrecht I. Schwerpunkt allgemeine Verbrechenselemente)*, ed. BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2023, pp. XXXI-XLVII.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*, ¿Algunas luces en las últimas reformas del Código Penal? Despenalización de la eutanasia activa (LO 3/2021) y penalización de la incitación al suicidio y las lesiones (LO 8/2021), en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García

Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 801-812. Disponible en el siguiente [enlace](#).

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/Gómez Martín, Víctor\* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/Mir Puig, Santiago\* (dirs.), Comentarios al Código Penal: Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023. 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*, Principio de culpabilidad ¿responsabilidad objetiva en determinados delitos?, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 569-590.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\* (dir.)/Gómez Martín\*/Cardenal Montraveta/Joshi Jubert/Bolea Bardon/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Santana Vega/Carpio Briz/Cigüela Sola/Castellví Monserrat/Valiente Iváñez/Turienzo Fernández/Ramírez Martín/Rogué Such/Bages Santacana/Díaz Morgado/Vera Sánchez, Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu\* (dir.), Comentarios al Código penal (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Cuerda Arnau, María Luisa (dir.)/Raga Vives (coord.)/Acale Sánchez/Borja Jiménez/Camarena Grau/Cancio Meliá\*/del Caso Jiménez/Díaz y García Conlledo\*/Dopico Gómez-Aller/Faraldo-Cabana/Feijoo Sánchez/González Cussac/Gutiérrez Azanza/Hernández García/Hernández Rueda/Luzón Cánovas/Olaizola Nogales\*/Rueda Soriano/Sánchez Melgar/Silva Castaño/Tejada de la Fuente/Tomás-Valiente Lanuza/Vercher Noguera/Zaragoza Aguado, Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, 2023.

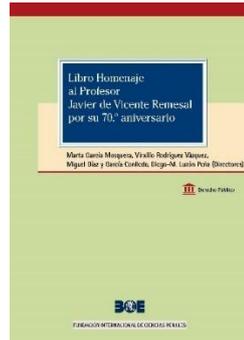


- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Enaltecimiento y justificación del terrorismo y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Breves apuntes para la derogación del artículo 578 CP, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 855-871. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Reformas (y no reformas) penales, principios y libertades. Especial referencia a los ultrajes a España y a los delitos de odio. Reformas penales y estado de Derecho. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 621 - 671.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Supuestos de error en Derecho penal de empresa. En: El principio de responsabilidad penal por el hecho. Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2024, pp. 217 - 231.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. ¿Debería Colombia establecer un sistema similar? Anuario de Corporate Compliance. 1, 2023, pp. 89 - 122.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos. Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance (REDEPEC). 2, 2023, pp. 1 - 34.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Anatomía de un asesinato (Anatomy of a Murder, Otto Preminger, 1959). Clásicos del cine jurídico. Pamplona: Aranzadi, 2023, pp. (211) 213 - 238.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Artículos 7, 8, 9, 24,25, 26, 27, 28, 29, 30, 172 bis, 172 ter, 172 quater, en: Cuerda Arnau (dir.), Comentarios al Código Penal (dos tomos). Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 177-180, 181-187, 188-190, 354-359, 360-364, 365-368, 369-372, 373-382,383-387, 388-392, 1131-1136, 1137-1142, 1143-1148.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Autoria mediata pelo domínio de organização em aparato organizado de poder? Dez questões fundamentais da política criminal. Um diálogo hispano-brasileiro. Brasil, Tirant lo Blanch (Brasil), 2023, pp. 183 - 197.

- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Criminal Law and Legal Theory: Not Just Legal Dogmatics, but Never Without It, en: Crisis of the Criminal Law in the Democratic Constitutional State. Manifestations and Trends. Suiza, Springer, 2023, pp. 83 - 98.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, Elogio de una garantista, de los límites a la potestad punitiva y de la legislación bien hecha. En: Sociedad del Riesgo y Expansión del Derecho Penal. Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Argentina, B de F, 2023, pp. 195-240.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*, La (mal) llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones desde el Derecho español. Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller Lobenfelder. Hacia un Derecho penal liberal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 266 - 292.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Trapero Barreales, María A.\*, La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4ª y 181.4 d) CP], en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1341-1375.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Trapero Barreales, María A.\*, La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 25-18 (2023), pp. 1 - 51.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Trapero Barreales, María A.\*, Determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento sexual, ¿es atípico o constituye una agresión sexual? En: Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo. Madrid, UAM Ediciones, 2023, pp. 141 - 159.
- Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Martínez Rodríguez, José Antonio, A vueltas con las primas a terceros por ganar: el delito de corrupción deportiva y su interpretación por el Tribunal Supremo, Revista Española de Derecho Deportivo. 52, 2023, pp. 11 - 27.
- Durán Seco, Isabel\*, El favorecimiento al autor tras la consumación prometido antes de esta: ¿cooperación al delito o simple encubrimiento?, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 295-306. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- García Amado, Juan Antonio\*, Sobre límites constitucionales de la punición. A propósito de la Acórdao nº 867/2021 del Tribunal Constitucional Portugués, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 83-93. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- García Amado, Juan Antonio\*, Cuando los jueces son árbitros de equidad, Almacén

de Derecho, 15 de mayo de 2024. Disponible [aquí](#).

- García Amado, Juan Antonio\*, Reglas y principios, Revista Cubana de Derecho, Vol. 4 Núm. 01, 2024, pp. 44-72. Disponible [aquí](#).
- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Luzón Peña, Diego-M.\* (Directores), Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, Agencia Estatal BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP, 2024, 1.380 pp. Disponible en el siguiente [enlace](#).



- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Luzón Peña, Diego-M.\*, Prólogo y semblanza del homenajeado, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*). Madrid, Agencia Estatal BOE /Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP, 2024, pp. 17-23. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Gómez Martín, Víctor\*, Crónica sucinta de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos en el Código Penal español, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 949-961. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Gómez Martín, Víctor\*, Die strafbarkeit des Handels mit menschlichen Organen im spanischen Strafgesetzbuch, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 32 (2023), pp. 1–12, Duncker & Humblot, Berlin, 2024 = Crónica de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico de órganos humanos en el Código penal español, en libro colectivo a publicar en la editorial Marcial Pons, 2024).
- Gómez Martín, Víctor\*, Transitando la senda del Derecho penal de autor. Manifestaciones históricas y consideraciones críticas a la luz del principio del hecho, en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu\*/Gómez Martín, Víctor\* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Gómez Martín, Víctor\*, La ruleta de la (in)fortuna: algunas notas críticas sobre la determinación del "dies a quo" en los delitos con víctima menor de edad, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo

Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 833-847.

- Greco, Luís\*, Tentativa e dolo eventual, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 333-342. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Greco, Luís\*/Peláez Mejía, José María, El interviniente en el Código Penal colombiano, Tirant lo Blanch, 2024.
- Greco, Luís\*, A culpabilidade penal diante das neurociências - um balanço, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 655-672.
- Greco, Luís\*, Strafrechtliche objektive Zurechnung als System, JuS 2023, pp. 993-1001.
- Greco, Luís\*, Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung, ZStW 135, 2023, pp. 378-432.
- Greco, Luís\*, Beweisverbote in Deutschland - eine kritische Bestandsaufnahme, in: Guzik-Makaruk/Laskowska/Filipkowski (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie. Liber amicorum für Emil Plywaczewski, Prokuratura Krajowa, Warschau, 2023, pp. 153-166.
- Greco, Luís\*/Leite, Alaor, Esfera nuclear da vida privada e medidas ocultas de investigação criminal, en: Machete/Almeida Ribeiro/M. Canotilho (Hrsg.), Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade, Almedina, Lissabon, t. 2, 2023, pp. 147-189.
- Greco, Luís\*, Pornografía punível no estado liberal: fundamentos e limites dos §§ 184, 184a-d do Código Penal alemão, en: Corrêa Camargo/Renzikowski (eds.), Questões fundamentais do direito penal sexual, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2023, pp. 189-218.
- Greco, Luís\*, La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2023, 25-4, pp. 1-13. Disponible [aquí](#).
- Jericó Ojer, Leticia\*, Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de protección a la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal, RECPC 25-08, 2023, pp. 1-55.
- Jericó Ojer, Leticia\*, La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la reciente incorporación de nuevas cláusulas premiales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP), Revista Penal, N° 52, 2023, pp. 109-135
- Jericó Ojer, Leticia\*, La violencia sexista y sexual en el deporte: una mirada desde el Derecho penal a propósito del caso Rubiales, Documentación laboral, n°. 131, 2024, Vol. I., n° 49, pág. 49-64.

- Jericó Ojer, Leticia\*, La controvertida pretensión de la víctima en el proceso penal: ¿eutanasia o celebración del juicio?, en: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\* (dirs.), Libro Homenaje al profesor Javier De Vicente Remesal por su 70º cumpleaños, BOE/FICP, 2024, pág. 1283-1294. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Lombana Villalba, Jaime\*, Aplicación de la dogmática penal en el Derecho administrativo sancionatorio, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1295-1303. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Olaizola Nogales, Inés\*/Bordegués Olaizola, Javier, La conformidad en el proceso penal español: una lectura crítica, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1319-1334. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Manipulaciones permitidas en los mercados de valores, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1083-1099. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Derecho y conflicto político: el retorno de Puigdemont, en: Miró Llinares/Aguerrí (dirs.), Derecho penal *trending topic*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp.183-200.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, en: Correcher Mira, Jorge (dir.), Sistema penal y exclusión: Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 17-41.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Orden económico y Derecho penal bancario, en: Muñoz Sánchez, Juan/García Pérez, Octavio/Cerezo Domínguez, Ana Isabel/García España, Elisa (dirs.), Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1565-1581.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Veredicto final, en: Fernández Carballo Calero/Velasco Fabra (dirs.), Clásicos del cine jurídico, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 293-308.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración, Revista Penal (México), 22, 2023, pp. 171-182.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Recensión del libro de Fernando Miró Llinares, El progreso de la dogmática (y sus problemas), Revista Electrónica de Ciencia

Penal y Criminología, 25, 2023.

- Paredes Castañón, José Manuel\*, Dolo y psicología de sentido común, Revista Foro FICP, 2023-1, pp. 111-121.
- Paredes Castañón, José Manuel\*, Recensión a Cornelius Prittwitz, Derecho penal y riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas, InDret, 3/2023, 2023, pp. 735-739.

Las publicaciones del Prof. Paredes Castañón\* pueden encontrarse de manera completa y descargarse en su página web ([aquí](#)).

- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen\*, El peligro propio de los delitos de peligro concreto: una aproximación, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 387-399. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Roso Cañadillas, Raquel\*, Sociedad líquida y Derecho penal, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 189-201. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Roso Cañadillas, Raquel\*, ¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?, Anuario de la Fac. Derecho de la Univ. de Alcalá, XVI, 2023, pp. 199-225.
- Roxin, Claus/Greco, Luís\*, Manual de Direito Penal, Parte Geral (trads. Greco\*/Leite/et al.), vol. 1, Marcial Pons, 2024.



- Sanz Morán, Ángel\*, Sobre la vocación de nuestro tiempo con relación a la legislación y la ciencia del Derecho, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 73, 2024, pp. 11-14.
- Sanz Morán, Ángel\*, La inhabilitación profesional como pena: Un apunte, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 673-683. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Sanz Morán, Ángel\*, Sobre la racionalidad de la ley penal: un apunte, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor

José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 391-404.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto\*, Reformas legales y "eficientismo" penal en Colombia, en: Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 439-451.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto\*, ¡Malos tiempos para el Derecho penal... y para las libertades! (La Crisis de legitimación del Derecho penal actual), en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo\*/Luzón Peña\*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 203-211. Disponible en el siguiente [enlace](#).
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto\* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 102, 2024 (accesible [aquí](#)).



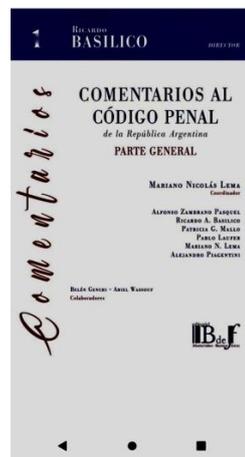
- Wolter, Jürgen, Javier de Vicente Remesal y la FICP: un modelo para una ciencia hispano-alemana del Derecho penal de igual peso. A la vez: las capacidades especiales en el sistema del delito (trads.: Díaz y García Conlledo, Miguel\*/Luzón Peña, Diego-M.\*), en Libro Homenaje al Prof. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, BOE/ FICP, 2024, pp. 567-581.

## (ii) Socios (con asterisco los socios):

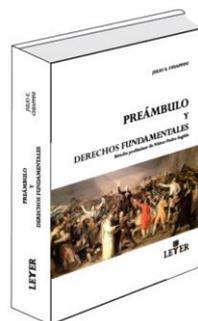
- Roxin, Claus\*/Greco, Luís, Manual de Direito Penal, Parte Geral (trads. Greco\*/Leite/et al.), vol. 1, Marcial Pons, 2024.



- Acale Sánchez, María\* (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico), 3ª ed., Iustel Publicaciones, Madrid, 2023.
- Alastuey Dobón, M.ª Carmen\*/Boldova Pasamar, M. Ángel\*, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Basílico, Ricardo A.\*(Dir.)/Lema, M. N. (Coord.)/Zambrano Pasquel, A.\*/Basílico, R. A.\*/Mallo, P. G./Laufer, P./Lema, M. N./Piagentini, A. Comentarios al Código Penal de la República Argentina. Parte General, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de f, 2023. ISBN 978-9915-650-70-8.



- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco\*/Bartoli, Roberto (Dirs.), Modernidad y transformación del Derecho penal (Modernità e trasformazione del Diritto penale), Dykinson, Madrid, 2023.
- Chiappini, Julio E.\*, Preámbulo y derechos fundamentales, Bogotá, Leyer, 2024.



- Chiappini, Julio E.\*, El sicariato. Homicidio por precio o promesa remuneratoria. Aspectos legales, criminológicos y de investigación (prólogo de Jorge Luis Villada), Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2023.
- Chiappini, Julio E.\*, El delito de abuso de autoridad (prólogo de Edgardo Alberto Donna), Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2023.



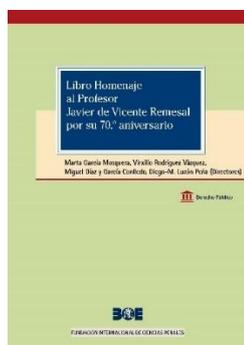
- Coca Vila, Ivó\*, Pena y vínculo político: sobre el castigo no paradigmático en el Derecho penal del ciudadano, Barcelona, Atelier, 2023.
- Conal, Christian\*, Ciberseguridad y Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 2023.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Gómez Martín/Cardenal Montravel\*/Joshi Jubert/Bolea Bardon\*/Gallego Soler\*/Hortal Ibarra\*/Santana Vega\*/Carpio Briz\*/Cigüela Sola/Castellví Monserrat\*/Valiente Iváñez/Turienzo Fernández/Ramírez Martín/Rogué Such/Bages Santacana/Díaz Morgado/Vera Sánchez, Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (adaptado a las LLOO 1/2019, 2/2019, 2/2023, 3/2023 y 4/2023 de reforma del Código penal), 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



- Cuerda Arnau, María Luisa (dir.)/Raga Vives (coord.)/Acale Sánchez\*/Borja Jiménez/Camarena Grau/Cancio Meliá/del Caso Jiménez/Díaz y García Conlledo/Dopico Gómez-Aller\*/Faraldo-Cabana\*/Feijoo Sánchez\*/González Cussac\*/Gutiérrez Azanza/Hernández García/Hernández Rueda/Luzón Cánovas/Olaizola Nogales/Rueda Soriano/Sánchez Melgar/Silva Castaño/Tejada de la Fuente/Tomás-Valiente Lanuza/Vercher Noguera/Zaragoza Aguado, Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, 2023.



- García, Víctor-Hugo\*, Estándares sobre prueba penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Perfil Criminológico. Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad de la Fiscalía General del Estado (República del Ecuador), 33, 2023, pp. 61-76 – peer reviewed. Disponible [aquí](#).
- García, Víctor-Hugo\*, Auge y ¿caída? del Derecho Penitenciario Sueco. La Ley Penitenciaria de 1974: surgimiento, aplicación e influencia en España". En: Mata y Martín, Ricardo (Dir.), Andrés Laso, Antonio (coord.) Las Prisiones Españolas durante la Transición. Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 343-354.
- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio\*/Díaz Y García Conlledo, Miguel/Luzón Peña, Diego-M. (Directores), Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, Agencia Estatal BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP, 2024, 1.380 pp.



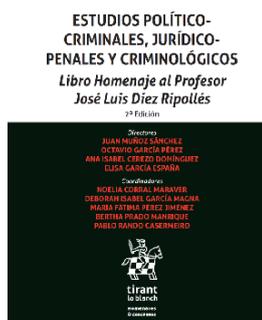
- Gómez Colomer, Juan Luis\*, El juez robot: la independencia judicial en peligro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.



- González Cussac, José Luis\* (coord.), Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- López López, Cristina\*, Problemas fundamentales de los delitos de terrorismo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.



- Manes, Vittorio\*, Justicia mediática: los efectos perversos sobre los derechos fundamentales y el proceso justo, Madrid, Dykinson, 2023.
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos\*, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 7ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Mir Puig, Carlos\*, Los delitos de malversación del Patrimonio Público en el Código Penal como delitos de corrupción pública y política (Reforma LO 14/2022, 22.12). Barcelona, Atelier, 2024.
- Miró Llinares, Fernando\*/Aguerri, Jesús (Editores). Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter). Madrid: Marcial Pons, 2024.
- Montero Zendejas, Daniel A.\*, Hacia un Derecho cuántico punitivo frente al fenómeno del zombi digital, Revista DERECOM, 15 de octubre de 2023. Disponible [aquí](#).
- Muñoz Conde, Francisco\*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 25.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Muñoz Sánchez, Juan/García Pérez, Octavio/Cerezo Domínguez, Ana Isabel/García España, Elisa (dirs.)/Corral Maraver, Noelia/García Magna, Deborah\*/Pérez Jiménez, Fátima/Prado, Bertha/Rando Casermeiro, Pablo (coords.), Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés (dirs. Muñoz Sánchez, García Pérez, Cerezo Domínguez, García España), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



La obra contiene numerosos artículos publicados por patronos y socios de la FICP. Puede encontrarse un índice de la obra [aquí](#).

- Núñez Paz, Miguel Ángel\*, Tentativa y desistimiento en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Ortega Matesanz, Alfonso\*, Práctica y procedimiento de la acumulación de penas, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Pérez del Valle, Carlos\*, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 7.ª ed., Madrid, Dykinson, 2023.
- Rodríguez Ramos, Luis\*/Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel/Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín, Código penal concordado y comentado con jurisprudencia, 7.ª ed. La Ley, Madrid, 2023.
- Rodríguez Ramos, Luis\*, La atípica situación del documento mercantil, Diario La Ley, 10335, Sección Tribuna, 25 de julio de 2023.
- Roig Torres, Margarita\*, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la LO 11/2022, de 13 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.



- Roig Torres, Margarita\*, El delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal. Las reformas de las Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre y 1/2023, de 28 de febrero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Rosal Blasco, Bernardo del\*, Derecho penal de Sociedades Mercantiles, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2023.
- Rosal Blasco, Bernardo del\*, Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas. 2ª ed. Madrid, La Ley, 2023.
- Santana Vega, Dulce M.ª, Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María\*, Metodología del Derecho Penal, Lima, Palestra, 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María\* (dir.)/ Ragués i Vallés, Ramón\* (coord.), Lecciones de derecho penal. Parte especial, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.

- Silva Sánchez, Jesús María\* (dir.)/ Ragués i Vallés, Ramón\* (coord.), Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.
- Solari Merlo, Mariana N.\*, La identidad digital ante el Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Torrez Peralta, William\*, ¿Es posible ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre responsabilidad civil de la Sentencia penal en Nicaragua?, Revista General de Derecho Público Comparado, 34, diciembre de 2023, pp. 373-409.
- Torrez Peralta, William\*, Denegación de exequátur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: el caso «nemagón» de Nicaragua. Cuadernos de Derecho Transnacional, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 16, n.º. 1, marzo 2024, pp. 930-953.
- Trapani, Mario\*, Il reato e le sue conseguenze: punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato, Roma, Roma Tres-Press, 2022, 516 pp. El ebook puede descargarse [aquí](#).

Resumen. Il lavoro ha ad oggetto la ricostruzione, alla luce del diritto vigente, di un “sistema del diritto criminale” “integrale” e “integrato”. “Integrale”, in quanto ricavato dall’interpretazione delle disposizioni del diritto penale non solo sostanziale, ma anche processuale e dell’esecuzione penitenziaria, passando per le misure di prevenzione ante e praeter delictum; in una prospettiva quindi tanto repressiva che preventiva. “Integrato”, in quanto basato altresì sulle interferenze e interrelazioni tra tutte le “fattispecie di responsabilità” che hanno fra i loro requisiti costitutivi la commissione di un “fatto di reato”; non solo quindi la fattispecie di responsabilità per la “pena criminale”, ma anche quella per la “misura di sicurezza”, quella “civile da reato” e “amministrativa dell’ente” per il reato commesso dai suoi vertici. In questa logica ricostruttiva, momento centrale è la formulazione di una “teoria del reato” sviluppata attraverso una analisi degli elementi che compongono la struttura di questo “tipo di illecito”; analisi che prende le mosse da una “teoria della norma incriminatrice”, vista nei suoi quattro aspetti “temporale”, “spaziale”, “personale” e “materiale”.



- Valverde Cano, Ana Belén\*, Más allá de la trata: el Derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, Problemas de tipicidad en el delito de blanqueo de capitales: especial referencia al autoblanqueo y a la defraudación tributaria como delito previo, *La Ley Penal (Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario)*, n.º 164, 2023.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr\*, Ejercicio legítimo de la profesión de abogado, honorarios maculados y blanqueo de capitales: entre la atipicidad y la justificación, en Gorjón Gómez, J./Zaragoza Huertas, J., *La justicia penal en Iberoamérica. Un estudio multidisciplinar, México, tirant lo blanch*, 2024, pp. 85-124.
- Villa Sieiro, Sonia\*, *Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Viveiros, Carlos\*, *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Wolter, Jürgen\*, Javier de Vicente Remesal y la FICP: un modelo para una ciencia hispano-alemana del Derecho penal de igual peso. A la vez: las capacidades especiales en el sistema del delito (trads.: Díaz y García Conlledo, Miguel/Luzón Peña, Diego-M.), en *Libro Homenaje al Prof. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, Madrid, BOE/ FICP, 2024, pp. 567-581.
- Zaffaroni, E. Raúl\*, *La cuestión criminal*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2023.

### 3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

#### (i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos<sup>1</sup>:

- 2 de mayo de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*, titulada “El Derecho penal entre la protección justa de los ciudadanos y las garantías y los límites”. Conferencia online, Facultad de Derecho Orense, Univ. de Vigo. Dirige y presenta el Catedr. Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*.
- 4 de mayo de 2024. Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez titulada “El delito precedente en el blanqueo de capitales: especial referencia a la defraudación tributaria”, en el marco del Diplomado de certificación como especialista en cumplimiento regulatorio ALA/CFT-FP (14.<sup>a</sup> ed.), organizado por PLECA Consultores/Univ. Internacional para el Desarrollo Sostenible (UNIDES). El evento fue realizado de manera online.
- 7 – 8 de mayo de 2024. Masterclass del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado\* sobre “Interpretación, Ponderación y Argumentación en la Práctica Jurídica”. Evento organizado por Tirant Formación, en la Sede de la Editorial Tirant lo Blanch Colombia Calle 11 No. 2-16, Barrio La Candelaria – Bogotá, Colombia.
- 9 de mayo de 2024. Ponencia de Andrés Payer titulada “Die Beurteilung von Straftaten zum Klimaprotest in der Schweiz”. Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín, Alemania.
- 16 de mayo de 2024. Ponencia invitada del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\* sobre “La captura del regulador en los delitos socioeconómicos”. Seminario internacional del Proyecto Plutofilia y Derecho penal. Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- 23 de mayo de 2024. Con motivo de la celebración del Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva", organizado por el proyecto de investigación “Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción”, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Presentación de su propuesta por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.<sup>a</sup> Silva Sánchez.

---

<sup>1</sup> En esta sección, los miembros del Patronato de la FICP están identificados con un asterisco, y los socios, sin él.

- Intervenciones del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá\* y de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\*.
- 23 – 24 de mayo de 2024. Con motivo de la celebración del Congreso internacional: Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción, organizado por la Universidad Pública de Navarra e INARBE, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\* sobre “Regularización tributaria y amnistía fiscal”.
  - Moderación de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\* de la mesa dedicada a las “Ganancias ilícitas”, en la que participó como ponente el Prof. Dr. Daniel Rodríguez Horcajo.
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\* sobre “La protección al denunciante: la transposición de la Directiva Whistleblowing al derecho español”.
  - Participación del Prof. Dr. Luigi Foffani y del Prof. Dr. Alaor Leite en la mesa dedicada a la “Protección al denunciante”.
  - Ponencia de clausura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*.
- 31 de mayo de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján sobre “Nuevas orientaciones de la dogmática penal: aspectos prácticos de la concepción significativa de la acción”. Viernes formativos de la Fiscalía General del Estado. Evento online.
- 1 – 4 de junio de 2024. Con motivo de la celebración del Humboldt-Kolleg “Saber, querer, confundir, probar. Sobre la importancia de la investigación del saber y la voluntad para la responsabilidad penal” (en alemán: “Wissen – Wollen – Wirren – Beweisen. Über die Bedeutung der Wissens- und Willensforschung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit”), evento turco-alemán organizado por la Fundación Alexander von Humboldt y la Universidad Bilgi de Estambul, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de los miembros de la FICP:
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde, titulada “Der Vorsatz als Wille und Vorstellung”.
  - Presidencia del Prof. Dr. Luís Greco\* del panel dedicado al “Vorsatz - Willenstheorien - Handlung”.
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Luís Greco\*, titulada “Was kann der Strafrechtler vom Neurowissenschaftler lernen?”

- Ponencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo, titulada “Willensfreiheit und Hirnforschung”.
- Ponencia invitada del Prof. Dr. Luigi Foffani, titulada “Erfolgsvoraussicht und Risikoerkenntnis innerhalb des Unternehmensstrafrechts: Compliance Programm als Instrument des Risikomanagements”
- Presidencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá\* de la mesa dedicada a “Memory - Wissen Handlungsbewusstsein”.
- Ponencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá\*, titulada “Kriminalisierung von Angriffen auf die Intimsphäre durch Bildmissbrauch”
- 13 – 14 de junio de 2024. Con motivo de la celebración del III Congreso de Derecho Penal de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Carlos Carbonell Mateu sobre “Autodeterminación personal y ley penal: de la tutela a los límites”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\* sobre “Ius puniendi y derecho fundamental a la participación política”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Patricia Lorenzo Copello en la mesa sobre “*Ius puniendi* y derechos fundamentales”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Nicolás García Rivas en la mesa sobre “Amnistía”
  - Comunicación de la Prof. Dra. Rut Lopera Viñe sobre “Incertidumbres acerca de la ciudadanía fragmentada”.
  - Comunicación de la Prof. Dra. Wendy Pena González sobre “Los fines de la pena como parte del principio de proporcionalidad en sentido estricto”.
  - Comunicación del Prof. Dr. Carlos Castellví Monserrat, titulada “¿Puedo pedir dinero a cambio de no denunciar un delito?”.
  - Comunicación de la Prof. Dra. Ana Belén Valverde Cano sobre “Stealthing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres pautas para decidir sobre su castigo”.
  - Comunicación del Prof. Dr. Sergio de la Herrán Ruíz-Mateos, titulada “Sobre el alcance de la agravante de violencia extrema en la regulación de los delitos sexuales y su delimitación respecto a otras figuras afines como el homicidio o las lesiones”.
  - Comunicación de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco\*, titulada “La azarosa prohibición de contacto con menores para delincuentes sexuales”.

- Comunicación de la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui sobre “Aplicación de los principios limitadores del Derecho penal a la fase de ejecución de la pena de prisión”
- Comunicación del Prof. Dr. Carlos Fuertes Iglesias sobre “Alteración de la realidad, distorsiones cognitivas e inexactitud testifical consciente: supuestos en torno al falso testimonio y aplicación de la excusa absolutoria (art. 462 CP)”.
- Comunicación de la Prof. Dra. Alejandra Pastrana Sánchez sobre “Drogas y violencia homicida: primeros apuntes para una política criminal”.
- Comunicación de la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana sobre “La naturaleza (des)organizada del tráfico ilícito de patrimonio histórico: ¿un obstáculo para el análisis de redes criminales en este ámbito de la delincuencia?”.
- Comunicación del Prof. Dr. Javier Ijalba Pérez sobre “Delitos y responsabilidad penal en el ámbito de la inteligencia artificial”.
- 25 de junio de 2024. Con motivo de la celebración del V Seminario Prof. Dr. Tomás Vives Antón sobre “Fundamentos del sistema penal y principios constitucionales: cuestiones de actualidad”, organizado por la Univ. Jaime I/Jaume I, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Paulo César Busato sobre “La verdad sobre la verdad y su instrumentalidad autoritaria en Derecho”.
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\* sobre “Elementos subjetivos del delito y garantías probatorias: una concepción naturalista de la base fáctica del dolo y de la culpabilidad”.
  - Moderación por el Prof. Dr. José Luis González Cussac de la mesa dedicada a la “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”.
  - Ponencia invitada de Alexey Choy Caruncho sobre “Pena pecuniaria y responsabilidad penal corporativa: una aportación desde la filosofía del lenguaje”.
  - Moderación por el Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu de la mesa dedicada a la “Protección de la vida”.
- 4 – 5 de julio de 2024. Con motivo de la celebración en la Univ. de Las Palmas de Gran Canaria de la acción integrada de ocho proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: “Las caras de la corrupción”, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

- Ponencia invitada de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\* sobre “Las fórmulas del ordenamiento jurídico para recuperar las ganancias derivadas de la corrupción”
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Ana Carrillo del Teso sobre “La Directiva (UE) 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos: nuevas modalidades y preocupaciones”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. David Carpio Briz sobre “Amnistía y delitos de corrupción”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Javier Sánchez Bernal sobre “Las últimas reformas de la malversación: ¿zigzag legislativo o necesidad de ‘política’ criminal?”
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Dulce M.<sup>a</sup> Santana Vega sobre “Las penas privativas de derechos innominados en el ámbito de la Corona”
- 4 – 6 de julio de 2024. Con motivo de la celebración del curso de verano “Alarma social, morbo y delito frente a la función preventivo-general de los medios de comunicación”, organizado por la Univ. de Cádiz (dir: Prof. Dra. María Acale Sánchez), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
- Conferencia de la Prof. Dra. María Acale Sánchez sobre “Tratamiento en los medios de comunicación de la violencia cometida por las personas pertenecientes al mundo de la fama”
  - Conferencia del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli sobre “Juicios paralelos: el conflicto entre el poder judicial y los medios de comunicación en el proceso penal”
  - Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Carlos Carbonell Mateu sobre “Fake news, libertad de expresión y responsabilidades”
  - Conferencia de la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana sobre “La victimización secundaria”
- 22 de julio de 2024. Con motivo de la celebración del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Vigo y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
- Ponencia invitada del Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez, titulada “Las contribuciones dogmáticas al Derecho penal médico del Prof. Dr. Dr. h.c.

- Javier de Vicente Remesal: cuestiones para el debate”, moderada por la Prof. Dra. Marta García Mosquera.
- Ponencia invitada de Deisy Janeth Barrientos Pérez, titulada “Reflexiones sobre el delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado\*.
  - Ponencia invitada del Prof. Luis Miguel Ramos Martínez, titulada “Legítima defensa: la racionalidad de la necesidad del medio”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá\*.
  - Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi, titulada “Delitos de lesa humanidad, aparatos de poder e imputación de autoría: el juzgamiento de las juntas militares en la Argentina”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*.
  - Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Luigi Foffani, titulada “¿Hacia dónde nos lleva la nueva política criminal de la Unión Europea?”, moderada por la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\*.
- 23 de julio de 2024. Con motivo de la celebración de la Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, sobre “Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos”, y entrega de su Libro-Homenaje, organizadas por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la FICP, Vigo, Edif. Redeiras, Univ. Vigo, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
- Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán\* y los Profs. Dres. Carlos Martínez-Buján Pérez, José Manuel Lorenzo Salgado, Enrique Peñaranda Ramos\*, así como el Prof. Dr. Jürgen Wolter (representado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*), en la mesa dedicada a “La ciencia penal española actual y su relación con la alemana y la latina europea e iberoamericana. Aportaciones del homenajeado”.
  - Participación de los Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón\*, María A. Trapero Barreales\* (actuando en nombre propio y de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\*), y Víctor Gómez Martín\* (actuando en nombre propio y de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\*) en la mesa dedicada al “Papel del Prof. de Vicente Remesal en el estado actual de la ciencia penal y las relaciones internacionales en ella”.
  - *Laudatio* del homenajeado por los Profs. Dres. Marta García Mosquera y Virxilio Rodríguez Vázquez, así como por los Profs. Dres. Dr. Dr. h.c. mult.

Diego-M. Luzón Peña\* y Miguel Díaz y García Conlledo\*, con motivo de la entrega del Libro-Homenaje.

- Palabras del homenajeado, el Prof. Dr. Dr. h.c. J. de Vicente Remesal\*.
- 19 de agosto de 2024. Comienzo de la gira por Brasil del Prof. Dr. Luís Greco\* con motivo de la presentación de la obra Roxin, Claus\*/Greco, Luís, Manual de Direito Penal, Parte Geral (trads. Greco\*/Leite/*et al.*), vol. 1, Marcial Pons, 2024, que constituye la traducción a la lengua portuguesa de la obra Roxin/Greco\*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C.H.Beck, 2020.
- 1 de septiembre de 2024 – 30 de noviembre de 2024. Estancia de investigación de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas\* en la Facultad de Derecho de la Univ. de Würzburg, Alemania, en la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Teoría del Derecho, Derecho de la Información e Informática Jurídica del Prof. Dr. Hilgendorf. La estancia está financiada por una Ayuda del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y se centra en un proyecto de investigación sobre “La protección penal de los trabajadores en la sociedad posmoderna: la sociedad del riesgo y la sociedad líquida”, con énfasis en el impacto de la inteligencia artificial.
- 5 de septiembre - 29 de noviembre de 2024. Estancia de investigación de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\* en el Dipartimento di Studi Giuridici "Angelo Sraffa" de la Universidad Bocconi de Milán, bajo la dirección del prof. Francesco Viganò. La investigación se centra en las siguientes temáticas: "La aplicación de la atenuante de reparación del daño a los delitos de violencia de género y contra la libertad sexual" y sobre "Corrupción y género".
- 17 de septiembre de 2024. Intervención de los socios Profs. Dres. Francisco Javier Álvarez García, Jacobo Dopico Gómez-Aller y Luis Roca Agapito con motivo de la celebración de la Jornada en memoria de Mario Sánchez Dafaue, organizada por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid. Lugar: Edificio Luis Vives, Getafe, Madrid, España.
- 18 de septiembre de 2024. Con motivo de la celebración del Seminario Internacional “Temas actuales del Derecho Penal”, organizado por el Grupo de investigación en Derecho Penal, Política Criminal y Criminología de la Univ. de Barcelona (DPPCCUB) (2021 SGR 00297) y el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención», tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín\*, titulada “Entre la tipicidad, la culpabilidad, la punibilidad y el sinsentido. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los modelos corporativos de prevención de delitos”
  - Ponencia de la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon, titulada “Algunas reflexiones en torno a la figura del feminicidio”
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo\*, titulada “Corrupción en los negocios: requisitos y eficacia”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Carlos Castellví Monserrat, titulada “Amenazas y ofertas”
  - Moderación por el Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra de las citadas ponencias de los Profs. Dres. Corcoy Bidasolo\* y Castellví.
- 23 – 25 de septiembre de 2024. Con motivo de la celebración del Curso de Verano “La Ley Integral contra la Violencia de Género: Balance y desafíos 20 años después de su entrada en vigor”, organizado por la UNED Pamplona (dir. Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\*), tendrán lugar las siguientes intervinientes de miembros de la FICP:
    - Conferencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\*, titulada “Luces y sombras de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.
    - Conferencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\* titulada “El juicio continúa: mujeres, revictimización y proceso penal”.
    - Conferencia de la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri titulada “Primera aproximación a una propuesta de Diálogos Restaurativos Comunitarios en Violencia de Género”
    - Conferencia de la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui, titulada “Violencia de género y ejecución de la pena de prisión”
- 25 de septiembre de 2024. Ponencia de apertura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*, titulada “Las reformas del Código Penal de 1995: ¿una evolución a mejor?”. IX Congreso Nacional Penitenciario Legionense, organizado por el Área de Derecho penal de la Universidad de León, en colaboración con la Fundación Athena, ACAIP y la FICP. Lugar: Sala Gordón Ordás (día 25) y Sala San Isidoro (día 26), Univ. de León, León, España.
- 26 – 27 de septiembre de 2024. Con motivo de la celebración del Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal sobre "Derecho Penal y Garantías Constitucionales/Diritto Penale e Garanzie Costituzionali", organizado por el Departamento de Derecho Penal la Univ. de Jaén y el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Univ. degli Studi di Firenze, (dirigido, entre otros, por el Prof. Dr.

Ignacio Benítez Ortúzar), se contará con la intervención de los siguientes miembros de la FICP:

- Moderación por la Prof. Dra. M.<sup>a</sup> José Cruz Blanca de la mesa dedicada a las “Estructuras de detención administrativa para extranjeros (medidas de seguridad y medidas de prevención)”, en la que además participarán como ponentes los Profs. Dres. Guillermo Portilla Contreras y Antonia Monge Fernández.
  - Moderación por la Prof. Dra. Mar Moya Fuentes de la mesa dedicada a las “obligaciones de tipificación penal, con especial atención a la tutela de los derechos humanos y del ambiente”.
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Nicolás García Rivas en la mesa dedicada al “Non bis in idem”.
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Rafael Rebollo Vargas en la mesa dedicada a los “Principios de humanidad y reeducación de la pena (prisión permanente revisable, endurecimiento penitenciario, regímenes penitenciarios diferenciados”.
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Luís Roca Agapito en la mesa dedicada al “Principio de proporcionalidad de la pena”.
- 27 de septiembre de 2024. Con motivo de la celebración del Congreso “Nuevas perspectivas sobre el bien jurídico” (dir. Prof. Dra. Ana Belén Valverde Cano), organizado en la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
- Ponencia invitada del Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, titulada “Una visión estratificada de los bienes jurídicos como contenido de la tipicidad”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Wendy Pena González, titulada “El bien jurídico como criterio de garantía de proporcionalidad ante la determinación de la pena”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*, titulada “Una teoría sobre los bienes jurídicos colectivos: reflexiones al hilo del ejemplo de la salud pública”.
- 1 de octubre de 2024. Con motivo de la celebración del VII Seminario de Investigación en Derecho penal de la Univ. de Barcelona, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.<sup>a</sup> Silva Sánchez sobre “Formas de exclusión social, sistema del delito y teoría de la pena”

- Ponencia del Prof. Dr. Leopoldo Puente Rodríguez sobre “Derecho penal y exclusión social: problemas y ¿soluciones?”
- Ponencia del Prof. Dr. Carlos Castellví Monserrat sobre “Corresponsabilidad y necesidad”
- 1 de octubre de 2024. Ponencia invitada de la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui, titulada “Sobre el uso del RisCanvi en la toma de decisiones penitenciarias”. Congreso “Aplicación práctica de algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia: análisis y propuestas de mejora”, organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Valencia, Valencia, España.
- 3 – 4 de octubre de 2024. Con motivo de la celebración del IV Congreso Andaluz de Justicia Penal y XXI Congreso de Justicia Penal de la Universidad de Huelva, sobre “La desinformación y el Derecho Penal” (3 y 4 de octubre), organizado por la Universidad de Sevilla (Proyecto I+D PID2022-137466NB-I00, “La desinformación como riesgo en el mundo digital: análisis interdisciplinar”, Ministerio de Ciencia e Innovación), la Facultad de Derecho de la Univ. de Huelva y la Universidad Pablo de Olavide, tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Mercedes García Arán sobre “Tratamiento informativo de la delincuencia y derechos”.
  - Ponencia invitada de la Prof. Dra. Ana Pérez Cepeda sobre “Fake news y delitos de odio”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. Miguel Ángel Núñez Paz sobre “Desinformación y género. Cuestiones previas al Derecho penal”
  - Ponencia invitada del Prof. Dr. Miguel Abel Souto sobre “*Fake news* y amnistía”
  - Intervención de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre con motivo de la imposición de medallas que culmina el evento.
- 7 de octubre de 2024. Intervención de los Profs. Dres. Ana Belén Valverde Cano e Ivó Coca Vila en el taller “Becas post-doctorales y proyectos: algunas claves de iniciación”, organizado por la Asociación de Profesorado de Derecho Penal. Seminario online a través del siguiente enlace: <https://meet.google.com/ycp-wmdu-vdr>
- 11 de octubre de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* sobre “El consentimiento hipotético en el campo médico”. VIII Jornadas de

Derecho Penal y Bioética, organizadas por el Instituto de Ciencias Penales y Cátedra Libre de Derecho y Bioética Dr. Augusto León, de la Universidad Central de Venezuela. Celebración: *on line* Univ. Central de Venezuela.

- 10 – 11 de octubre de 2024. Con motivo de la celebración del VI Congreso sobre metodología y política criminal en el sistema penal, organizado el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas Universidad de Oviedo, el Vicerrectorado de Investigación de la Univ. de Oviedo y la FICP (coords.: Profs. Dres. Paredes Castañón\*, Fonseca Fortes-Furtado, López López y Ontaneda Rubio), tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia de inauguración del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\*, titulada “Elementos subjetivos de la responsabilidad, psicología de sentido común y ciencia cognitiva”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Lorena Varela, titulada “¿Es posible una auténtica imputación subjetiva del dolo?”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallés, titulada “¿Un dolo objetivo como solución a los problemas de prueba del conocimiento?”.
- 14 de octubre de 2024. Con motivo de la celebración del acto en memoria del Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. hist., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático Emérito de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y socio de la FICP, participarán asimismo los socios Profs. Dres. Esteban Sola Reche, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, Asier Urruela Mora y Emilio José Armaza Armaza. El acto homenaje tendrá por objeto recordar el legado académico y personal del Prof. Romeo Casabona, y será una oportunidad de encuentro en su memoria.
- 17 de octubre de 2024. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo titulada “Willensfreiheit und Hirnforschung. Vom Neurodeterminismus zu Neuromenschenrechten?”. Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, organizado por la Univ. Humboldt de Berlín (dir. Prof. Dr. Luís Greco\*). Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania.
- 24 – 25 de octubre de 2024. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional “Nuevos retos para el Derecho Penal Económico: la criminalidad organizada y las empresas multinacionales ante las violaciones a los Derechos Humanos”, organizado por el área de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca y el Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional (dir.: Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez), tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Conferencia inaugural del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, titulada “Corrupción internacional y derechos humanos”
- Ponencia de la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, titulada “Geopolítica y Derecho Penal: guerras, terrorismo y delincuencia organizada”
- Ponencia invitada del Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, titulada “ Compliance en la cadena de proveedores. De la Ley alemana sobre debida diligencia corporativa en las cadenas de suministros (Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz, LkSG) a la Directiva sobre Debida Diligencia de las Empresas (CSDDD)”
- Ponencia invitada del Prof. Dr. José R. Agustina Sanllehí, titulada “El derecho a la intimidad como límite en la prevención e investigación de los delitos en la empresa”
- Ponencia invitada de la Prof. Dra. Juana del Carpio Delgado, titulada “Presente y futuro de la armonización penal en materia de corrupción”
- Ponencia invitada de la Prof. Dra. Teresa Aguado Correa, titulada “Recuperación de activos e indemnización a las víctimas: avances y cuestiones pendientes”
- 8 – 9 de noviembre de 2024. Con motivo de la celebración del Symposium en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann por su 80º aniversario, organizado por la Univ. Humboldt de Berlín, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* y Miguel Díaz y García Conlledo\*, titulada “Bernd Schünemanns Straftatmodell”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco\*, titulada “Herrschaft als dogmatische Kategorie”
  - Ponencia del Prof. Dr. Alaor Leite titulada “Schuld nach Bernd Schünemann”.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas, titulada “Strafbarkeit juristischer Personen nach Bernd Schünemann”.
  - Ponencia de la Prof. Dra. Mariana Sacher, titulada “Bernd Schünemann als Prozessrechtler”.
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández en la mesa “Abschließendes”.
  - Palabras de cierre por el homenajeado, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann.

- 21 – 22 de noviembre de 2024. Con motivo de la celebración de las XXXI Jornadas jurídicas de la Facultad de Derecho, Economía y Turnismo: “20 años de legislación protectora integral frente a la violencia contra las mujeres: de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley del sólo sí es sí”, organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Lleida, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Participación de las Profs. Dras. María Acale Sánchez y Patricia Faraldo Cabana en la mesa dedicada a las “Luces y sombras en la concepción y el diseño de la LO 1/2004”.
  - Participación de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\* y del Prof. Dr. Javier Fernández Teruelo en la mesa dedicada a la “Asunción de la insuficiencia de la LO 1/2004 para luchar contra la violencia de género”.
  - Participación del Prof. Dr. José R. Agustina Sanllehí en la mesa dedicada a “La Ley del Solo Sí es Sí”.
- 26 de noviembre de 2024. Ponencia invitada de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\*, titulada “Whistleblowers y canales de denuncia: ¿y cuál es el premio para el arrepentido?”. Congreso Internacional “Canales de denuncia en el sector público y privado: whistleblowing y protección del informante (aspectos penales y procesales)”, Universidad de Valencia.

## (ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos<sup>2</sup>:

- **Convocatoria para el programa de Doctorado italo-español de estudios penales, Univ. de Calabria y UNIR**

A partir del 31 de agosto de 2023. Programa de doctorado organizado por el Istituto di studi penalistici "Alimena" de la Univ. de Calabria, Italia, y la Univ. Internacional de la Rioja (UNIR). Director: Prof. Dr. Caterini\*. Más información en la página web de la FICP, en [Noticias de las Ciencias Penales](#).



<sup>2</sup> Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

- **Seminario "El riesgo permitido en el Derecho penal económico: discutiendo la propuesta de Jesús Silva", Univ. Complutense de Madrid**

**23 de mayo de 2024.** Evento organizado por el proyecto de investigación “Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción”. IP: Profs. Dres. Íñigo Ortiz de Urbina y David Carpio Briz\*. Lugar: Aula Polivalente II, Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, Comunidad de Madrid, España.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en la sección de [Noticias de los socios](#).



- **VII Seminario anual de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid**

**29 y 30 de mayo de 2024.** Sobre “El sistema de consecuencias jurídicas del delito a examen”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid. Coordinadores: Profs. Dres. Marina Mínguez Rosique y David Gallego Arribas. Seminario celebrado en el marco del proyecto de investigación “Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)” (SI3/PJI/2021-00222, IIPP: Daniel Rodríguez Horcajo\* y Gonzalo J. Basso\*), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (VPRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad Autónoma de Madrid. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid, Campus de Cantoblanco, Comunidad de Madrid, España.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web [www.ficp.es](http://www.ficp.es) en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **III Congreso de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas, Univ. de Valencia**

**13 y 14 de junio de 2024.** Evento organizado por la Facultad de Derecho, el Departamento de Derecho Penal y el Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Univ. de Valencia y la Asociación de Profesorado de Derecho penal de las Universidades Españolas (presidida por el Prof. Dr. José Luis González Cussac\*), en colaboración con la editorial Tirant lo Blanch. Lugar: La Nau, Valencia, Comunidad Valencia, España. Más información sobre el evento en el siguiente [enlace](#).

El evento contó con la intervención de patronos y socios de la FICP: entre los patronos, el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\*, y entre los socios, de los Profs. Dres. Juan Carlos Carbonell Mateu\*, Nicolás García Rivas\*, Patricia Laurenzo Copello\*.

- **V Seminario Prof. Dr. Tomás Vives Antón sobre “Fundamentos del sistema penal y principios constitucionales: cuestiones de actualidad”, Univ. Jaime I/ Jaume I, de Castellón, y Univ. de Valencia**

**25 - 26 de junio de 2024.** Organizado por la Univ. Jaime I/Jaume I, de Castellón, y la Univ. de Valencia (dirs. Profs. Dres. M.<sup>a</sup> Luisa Cuerda Arnau y José Luis González Cussac\*). El seminario contó con la participación de patronos y socios de la FICP: entre los patronos, el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón\*; entre los socios, los Prof. Dres. Juan Carlos Carbonell Mateu\*, José Luis González Cussac\*, Paulo César Busato\* y Alexey Choy Caruncho\*. Lugar: distintas sedes en Valencia y Castellón de la Plana, Comunidad Valenciana, España.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **Acción integrada de ocho proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: “Las caras de la corrupción”, Univ. de Las Palmas de Gran Canaria**

**4 – 5 de julio de 2024.** Evento organizado por los proyectos de investigación PID2019-110914RB-I00 (Univ. de Santiago de Compostela), PID 2020-118854GB-I00 (Univ. Pública de Navarra), PID2020-117526RB-I00 (Univ. Autónoma de Barcelona), PID2021-123028OB-I00 (Univs. de Barcelona y

Complutense), PID2020-114303RB-100 (Univ. de Las Palmas de Gran Canaria), PID2021-126145OB-100 (Univ. de La Laguna) PID2020-119878GB-I00 (Univ. de Alicante) y PID2022-138775NB-I00 (Univ. de Salamanca). Dirección: Profs. Dres. Juan R. Rodríguez-Drincourt Álvarez y Dulce M. Santana Vega\*. Lugar: Sala de Juntas. Sede Institucional del Rectorado en Vegueta, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, Islas Canarias, España.

El evento contó con la intervención de distintos miembros de la FICP, como la patrona Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales\* y los socios Profs. Dres. Dulce M. Santana Vega\*, David Carpio Briz\*, Javier Sánchez Bernal\* y Ana Elena Carrillo del Teso\*. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **Curso de verano “Alarma social, morbo y delito frente a la función preventivo-general de los medios de comunicación”, Univ. de Cádiz**

**4 – 6 de julio de 2024.** Evento organizado por la Univ. de Cádiz (dir.: Prof. Dra. Maria Acale Sánchez\*). Tenía por finalidad abordar desde el doble ámbito del Derecho penal y del periodismo el tratamiento por parte de los medios de comunicación/redes sociales de los asuntos que mayor repercusión despiertan en la ciudadanía, de los juicios paralelos a los que someten a sus protagonistas, así como del daño secundario que causan a las víctimas. Lugar: Edificio Constitución de 1812, Cádiz, Andalucía, España.

El curso contó con la intervención de diversos socios de la FICP, como los Profs. Dres. Juan Carlos Carbonell Mateu\*, María Acale Sánchez\*, Patricia Faraldo Cabana\* y Emilio Cortés Bechiarelli\*. Más información, [aquí](#).

- **XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Vigo**

**22 de julio de 2024.** Sobre “**Problemas de Derecho penal general y especial**”. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Vigo y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\*. Coordinadores generales: Profs. Dres. Marta García Mosquera\*, Virxilio Rodríguez Vázquez\*, Raquel Roso Cañadillas\*, José-Zamyr Vega Gutiérrez\* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco\*. Lugar: Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, Vigo, Galicia, España.

El evento ha tenido como ponentes invitados especiales al Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Buenos Aires,

Argentina, y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Luigi Foffani\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. degli Studi de Modena i Reggio Emilia, Italia, y socio de la FICP).

A este acto, por su propio carácter de Seminario, que es restringido, y por la capacidad organizativa, sólo fue posible la asistencia presencial de los invitados. Pero, como ya sucedió en la convocatoria anterior de 2023, los patronos que no pudieron asistir y los socios no invitados presencialmente pudieron seguir online el evento.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Eventos anteriores](#), y próximamente se publicarán las actas del Seminario en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#).

- **Jornada Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\* por su 70.º aniversario (con entrega de su Libro Homenaje), Univ. de Vigo**

**23 de julio de 2024.** Sobre “**Relaciones entre la ciencia jurídico-penal española y la de otros países europeos y americanos**”. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Directores: Profs. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* y Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedráticos de las Univs. de Alcalá y León, Profs. Honorarios de la Univ. de Vigo, 2006 y 2022), Profs. Dres. Marta García Mosquera\* y Virxilio Rodríguez Vázquez\* (Profs. Titulares, Univ. de Vigo). Lugar: Edificio Redeiras de la Universidad de Vigo, c/ Ribeira do Berbés, 11. Vigo, Galicia, España.

El evento culminó con la entrega solemne del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*. El cartel y programa del evento se encuentra disponible en nuestra web [www.ficp.es](http://www.ficp.es), en la sección de [Eventos anteriores](#).

- **Curso de Verano “La Ley Integral contra la Violencia de Género: balance y desafíos 20 años después de su entrada en vigor”, UNED Pamplona**

**23-25 de septiembre de 2024.** Organizado por UNED Pamplona. Directora: Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer\*, Prof. Titular de Derecho penal de la Univ. Pública de Navarra y patrona de la FICP.

El propósito de este curso de verano es analizar los avances impulsados por la legislación en la lucha contra la violencia de género, así como identificar y comprender los desafíos continuos que demandan atención y soluciones específicas. El curso de verano se estructura en tres sesiones. La primera de ellas abordará el marco jurídico y sociológico de la Ley integral, los factores de riesgo asociados a la violencia de género y cuál ha sido el rol que ha desempeñado la

policía en la gestión de la violencia de género a lo largo de estos veinte últimos años. La segunda sesión se enfocará principalmente en las experiencias prácticas de distintos profesionales que actúan en el marco del proceso penal por violencia de género, así como en la discusión acerca de los desafíos jurídicos existentes en este ámbito. Por último, la tercera sesión estará dedicada al análisis de las distintas estrategias de intervención y prevención de la violencia de género. Lugar: online o presencial. Centro Asociado de la UNED en Pamplona, Navarra, España.

En el curso intervendrán distintas patronas y socias de la FICP: entre las patronas, las Profs. Dras. Inés Olaizola Nogales\* y Leticia Jericó Ojer\*, y entre las socias, la Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri\*.

Más información en: <https://extension.uned.es/actividad/idactividad/37249>

- **Jornada en memoria de Mario Sánchez Dafaue, Univ. Carlos III de Madrid**

**17 de septiembre de 2024.** Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Univ. Carlos III de Madrid de la Univ. Carlos III de Madrid (coord.: Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller\*). El acto contará con la intervención de los socios Profs. Dres. Francisco Javier Álvarez García\*, Jacobo Dopico Gómez-Aller\* y Luis Roca Agapito\*. Lugar: Aula 11.1.16, Edificio Luis Vives, c/Madrid 126, Getafe, Comunidad de Madrid, España.

El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **Seminario Internacional “Temas actuales de Derecho Penal”, Univ. de Barcelona**

**18 de septiembre de 2024.** Evento organizado por el Grupo de investigación en Derecho Penal, Política Criminal y Criminología de la Univ. de Barcelona (DPPCCUB) (2021 SGR 00297) y el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00). Directores: Profs. Dres. Víctor Gómez Martín\* y Carlos González Guerra. Lugar: Aula Font i Rius, Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, Cataluña, España.

El evento contará con la participación de patronos y socios de la FICP: entre los patronos, los Profs. Dres. Víctor Gómez Martín\* y Mirentxu Corcoy Bidasolo\*; y entre los socios, los Profs. Dres. Carolina Bolea Bardon\*, Juan Carlos Hortal Ibarra\* y Carlos Castellví Monserrat\*. El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias del Patronato](#).

- **VII Seminario de Investigación en Derecho penal de la Univ. de Barcelona**

**Curso académico 2024/2025. A partir del 1 de octubre de 2024.** Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona. Coords.: Profs. Dres. Carlos Castellví Monserrat\*, Javier Cigüela Sola, Alejandro Turienzo y Vicente Valiente Ibáñez.

Su primera sesión, dedicada al "Derecho penal y exclusión social", tendrá lugar el 1 de octubre de 2024, con la intervención, entre otros, de los siguientes socios de la FICP: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.<sup>a</sup> Silva Sánchez\* y los Profs. Dres. Carlos Castellví Monserrat\* y Leopoldo Puente Rodríguez\*. Formato híbrido: presencial y online. Lugar: Aula María Soteras, Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, Barcelona, Cataluña, España. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **IX Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León**

**25 y 26 de septiembre de 2024.** Sobre “**Una historia de resiliencia y de cambio: 25 años del centro penitenciario de León**”. Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Universidad de León, en colaboración con la Fundación Athena, ACAIP y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\*. Lugar: Sala Gordón Ordás (día 25) y Sala San Isidoro (día 26), Edificio Rectorado «El Albéitar» de la Universidad de León, León, Castilla y León, España. Inscripciones hasta el 24 de septiembre mediante correo electrónico dirigido a [matrab@unileon.es](mailto:matrab@unileon.es). Se admiten comunicaciones hasta el 20 de septiembre.

El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos](#).

- **Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal, Univ. degli Studi di Firenze y Univ. de Jaén**

**26 y 27 de septiembre de 2024.** Sobre "**Derecho Penal y Garantías Constitucionales/Diritto Penale e Garanzie Costituzionali**". Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal la Univ. de Jaén y el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Univ. degli Studi di Firenze, en el marco del proyecto de investigación Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II) (Proyecto PID2022-138770OB-I00) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Directores: Profs. Dres. Ignacio Benítez Ortúzar\* y Roberto Bartoli.

El evento contará con la intervención de diversos socios de la FICP: además de su director, el Prof. Benítez Ortúzar\*, participarán como ponentes o moderadores los

Profs. Dres. Guillermo Portilla Contreras\*, Nicolás García Rivas\*, M.<sup>a</sup> José Cruz Blanca\*, Antonia Monge Fernández\*, Rafael Rebollo Vargas\*, Luis Roca Agapito\* y Mar Moya Fuentes\*. Lugar: Campus de las Lagunillas, Salón de Grados, Edificio D1 (Zabaleta), Jaén, Andalucía, España. El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **Congreso “Nuevas perspectivas sobre el bien jurídico”, Univ. Complutense de Madrid**

**27 de septiembre de 2024.** Organizado en la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid. Directora: Prof. Dra. Ana Belén Valverde Cano\*. Financiado por el proyecto Ramón y Cajal RYC2022-07101-I (IP: Ana Belén Valverde Cano\*) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Social Europeo +. El congreso contará con la intervención de diversos miembros de la FICP: además de su directora, participarán como ponentes los Profs. Dres. Pablo Sánchez-Ostiz\*, Wendy Pena González\* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz\*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, Madrid, España. El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- **Taller “Becas post-doctorales y proyectos: algunas claves de iniciación”**

**7 de octubre de 2024.** Organizado por la Asociación de Profesorado de Derecho Penal. Según la organización, el taller abordará las distintas posibilidades de becas postdoctorales, con un enfoque especial en los contratos **Juan de la Cierva y Ramón y Cajal (RyC)**, que destacan no solo por su prestigio a nivel internacional, sino también porque representa una alternativa sólida ante la falta de plazas y la precariedad contractual que afecta a muchos jóvenes investigadores e investigadoras.

El taller contará con la intervención de los Profs. Dres. Ana Belén Valverde Cano\* e Ivó Coca Vila\*, que compartirán su experiencia relativa a la elaboración de la **solicitud**, el **funcionamiento del contrato** y las **oportunidades** que ofrece. Seminario online a través del siguiente enlace: <https://meet.google.com/ycp-wmdu-vdr>

- **VI Congreso sobre metodología y política criminal en el sistema penal, Univ. de Oviedo**

**10 y 11 de octubre de 2024.** Sobre “Responsabilidad penal y ciencia cognitiva: el problema del dolo”. Evento organizado por el Grupo de Investigación en

Ciencias Penales y Criminológicas Universidad de Oviedo, con la colaboración del Vicerrectorado de Investigación de la Univ. de Oviedo y la FICP. Comité organizador: Profs. Dres. José Manuel Paredes Castañón\*, Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado\*, Cristina López López\*, y la Prof. Ana M.<sup>a</sup> Ontaneda Rubio\*. Durante el congreso intervendrán diversos miembros de la FICP: entre los patronos, el Prof. Dr. Paredes Castañón\*, y entre los socios, los Profs. Dres. Ramón Ragués i Vallès\* y Lorena Varela\*. Lugar: Aula Magna del Edificio Histórico, Universidad de Oviedo (C/ San Francisco 3), Oviedo, Asturias, España.

El Congreso también será accesible online (enlace disponible para personas inscritas). Información e inscripciones en: [congresodpenaloviedo@gmail.com](mailto:congresodpenaloviedo@gmail.com). Se admiten comunicaciones hasta el 7 de octubre.

El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos](#).

- **Acto en memoria del Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. hist. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona\*, Univ. del País Vasco**

**14 de octubre de 2024.** Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. del País Vasco. El acto homenaje tendrá por objeto recordar el legado académico y personal del Prof. Romeo Casabona\*, y será una oportunidad de encuentro en su memoria. En el acto participarán asimismo los socios Profs. Dres. Esteban Sola Reche\*, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro\*, Asier Urruela Mora\* y Emilio José Armaza Armaza\*.

Lugar: Sala Baroja, Avenida Abandoibarra, 3, Bilbao, País Vasco, España. El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#). Inscripciones [aquí](#).

- **Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín**

**Semestre de invierno, 2024/2025. A partir del 17 de octubre de 2024.** Evento organizado por el Prof. Dr. Luís Greco\*, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranjero y Teoría del Derecho Penal, y patrono de la FICP. En este semestre de invierno participarán como ponentes, entre otros, el Prof. Dr. Dr. h.c. Eduardo Demetrio Crespo\* y el Prof. Dr. Luís Greco\*. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en [Noticias de los patronos](#).

- **Congreso Internacional “Nuevos retos para el Derecho Penal Económico: la criminalidad organizada y las empresas multinacionales ante las violaciones a los Derechos Humanos”, Univ. de Salamanca**

**24 – 25 de octubre de 2024.** Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Salamanca y el Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional. Dir.: Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez\*. Lugar: Facultad de Derecho, Salamanca, Castilla y León, España.

El evento contará con la participación de diversos socios de la FICP, como el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre\* y los Profs. Dres. Laura Zúñiga Rodríguez\*, Dino Carlos Caro Coria\*, José R. Agustina Sanllehí\*, Juana del Carpio Delgado\* y Teresa Aguado Correa\*.

El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#).

- ***Symposium* en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann\* por su 80.º aniversario, Univ. Humboldt de Berlín**

**8 y 9 de noviembre de 2024.** Evento organizado por el Prof. Dr. Luís Greco\* (Catedrático de Derecho Penal de Universidad Humboldt de Berlín y Patrono de la FICP) y por la Prof. Dra. Tatjana Hörnle. Lugar: Universidad Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania.

El evento contará con la participación de diversos miembros de la FICP: entre los patronos, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña\* (Presidente de honor de la FICP) y del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo\* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP); entre los socios, además del homenajeado, participarán los Profs. Dres. Dres. h.c. Ricardo Robles Planas\* y Moisés Moreno Hernández\*, así como los Profs. Dres. Mariana Sacher\* y Alaor Leite\*.

El programa completo se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Noticias de los socios](#). Inscripciones [aquí](#).

- **II Congreso de Jóvenes Penalistas de la AIDP España, Univ. de Zaragoza**

**11 – 13 de diciembre de 2024.** Evento organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Cátedra Johnson & Johnson de la Universidad de Zaragoza. Comité organizador: Profs. Dres. Alejandra Pastrana\*, Alejandro de Pablo\*, Beatriz García-Moreno, Carlos Fuertes, Christian Conal\*, Daniel Miguel Boldova, Jara Bocanegra, Lucas Menéndez, Luis Miguel Vioque y Sergio de la Herrán\*. Se

admiten comunicaciones. Más información, [aquí](#). Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, Aragón, España.