

## **PROBLEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADOS DE LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LA EMPRESA**

(Artículo publicado en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coords.), *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.469 a 523. ISBN 978-84-9876-137-5)

**Patricia Faraldo Cabana**  
**Profesora titular de Derecho penal**  
**Universidade da Coruña**

### **I. Introducción**

El objeto de este trabajo es analizar los problemas que plantean las formas de autoría y participación en la empresa como estructura jerárquica, esto es, como organización caracterizada por la interrelación del principio de jerarquía y la división del trabajo. Esto da lugar a que con frecuencia quien decide la acción delictiva y quien la ejecuta sean personas distintas. La estructura vertical de la mayoría de las empresas propicia esa separación entre los dirigentes y los simples ejecutores. Además, el hecho de que en la empresa la información se concentre en los niveles superiores de la jerarquía produce problemas de imputación subjetiva cuando parte de los intervinientes en el delito obra con conocimiento de que se está realizando una conducta típica y otra parte desconoce ese dato. Estos problemas se añaden a los derivados de la división del trabajo entre quien decide y quien ejecuta. Asimismo tiene lugar una diferenciación funcional cada vez más intrincada que se correlaciona con un sistema de coordinación y delegación y que en el ámbito penal plantea numerosas cuestiones, en particular a la hora de determinar si el dirigente ocupa una posición de garante que le obliga a responder por infracción del deber de vigilancia cuando los subordinados cometen delitos en el seno de la organización. Por tanto, el interés se centra en la intervención en el delito de dirigentes y subordinados, no siendo tema de análisis las cuestiones referidas a la toma de decisiones en órganos colegiados.

La regla general en los delitos comunes es la siguiente<sup>1</sup>: es autor en comisión activa quien realiza el hecho activamente de modo directo, conjuntamente con otros o instrumentalizando a otro. Es partícipe (inductor o cooperador) en comisión activa quien contribuye activamente al hecho del autor. Es autor en comisión por omisión únicamente aquella persona en cuya esfera de competencia se halla la evitación directa del hecho. Es partícipe en comisión por omisión aquella persona en cuya esfera de competencia se halla la posibilidad de instar a la evitación del hecho. Tratándose de un delito especial, que será el caso más frecuente<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Sigo la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 19.

<sup>2</sup> Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 194-195, citando a ACHENBACH y SCHÜNEMANN, que "a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho penal nuclear, en el que la regla general es la existencia de tipos *comunes*, en la esfera del Derecho penal accesorio y, en particular, en la del Derecho penal económico la regla general es la contraria, o sea, el hecho de que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una determinada característica objetiva al

hemos de tener en cuenta que sólo quien reúne las características exigidas por el tipo puede ser autor, lo que plantea ciertos problemas cuando quien realiza la conducta típica es el subordinado no cualificado. A estas estructuras debe superponerse el carácter doloso o imprudente del hecho de cada sujeto, que puede ser determinante a la hora de atribuir responsabilidad, en particular teniendo en cuenta que aunque son escasos los delitos imprudentes entre las infracciones contra el orden socioeconómico, el art. 331 CP recoge la modalidad imprudente de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Este dato nos permite realizar las siguientes distinciones: dirigente conocedor-subordinado conocedor; dirigente conocedor-subordinado desconocedor; dirigente desconocedor-subordinado conocedor. Pero además en el ámbito de la criminalidad de empresa se ha de tener en cuenta el problema de la actuación de una persona física en representación de una persona jurídica, derivado de que la empresa suele realizar su actividad bajo la forma jurídica de una sociedad mercantil. Por último, tiene un especial relieve el problema de la responsabilidad por omisión del dirigente por los hechos ejecutados por los subordinados o por otros dirigentes, que puede desglosarse a su vez en varios aspectos: los presupuestos de la responsabilidad en comisión por omisión, la posición de garantía de los dirigentes y la creación de un tipo penal o administrativo específico que castigue la infracción del deber de vigilancia en la empresa. Prescindo, eso sí, del análisis de la propuesta de hacer penalmente responsable a la empresa en sí misma considerada, pues en el Ordenamiento español, en vista de la vigencia del principio "*societas delinquere non potest*", el problema central del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa sigue siendo la imputación del hecho delictivo a personas físicas<sup>3</sup>.

## II. Autoría y participación en comisión activa

### II.1. Autoría y participación en comisión activa en delitos comunes

#### II.1.1. Subordinado ejecutor

Aparentemente la calificación como autor (único, mediato, coautor o autor accesorio, según las peculiaridades concurrentes en cada caso concreto) del subordinado o empleado que ejecuta directamente el delito común no presenta especiales dificultades<sup>4</sup>. La realidad es más

---

autor... (ej. ser administrador de una sociedad, fabricante, comerciante, patrono o poseer un especial deber jurídico extrapenal de velar por la integridad del bien jurídico)".

<sup>3</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 368. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "*societas delinquere non potest*", *CPC* núm.11, 1980, p. 79, postula la revisión del principio, al observar "cómo las personas jurídicas, usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos -auténticos parásitos sociales- se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación". Sin embargo, la vigencia del principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas preconiza precisamente que se castigue al "parásito social", según expresión de ZUGALDÍA, y no al "caparazón" que lo recubre, como correctamente señala BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *ADPCP* 1981, p. 379.

<sup>4</sup> Cfr. por ej., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 198; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 172; SILVA

compleja.

a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

Los casos de subordinado desconocedor son supuestos de error regulados en el art. 14 CP. Algunos autores ponen de relieve que la posibilidad de apreciar un error de prohibición, y muy particularmente si se trata de un error invencible, disminuye conforme se eleva la posición del sujeto en la empresa<sup>5</sup>, porque al subir en la jerarquía empresarial hay mayores exigencias en el deber de informarse. Ahora bien, un numeroso sector doctrinal ha manifestado su inquietud ante las consecuencias de la regulación del error vencible sobre la prohibición en el Derecho penal "secundario" en general debido a la abundancia de términos normativos jurídicos<sup>6</sup>. No voy a extenderme sobre esta polémica. Es oportuno, no obstante, señalar que a mi juicio un error sobre la amplia gama de elementos normativos jurídicos que se incluye en la esfera de los delitos que se cometen en el ámbito de la empresa debe ser caracterizado como error sobre el tipo<sup>7</sup>, caracterización que no sólo tiene relevancia en orden a la determinación de la pena o de la posibilidad de penar, sino también en lo que respecta a la participación, ya que si el error es de tipo la impunidad del autor cuando la conducta imprudente no es punible se extiende a los partícipes que hubieran intervenido con él, de conformidad con los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, mientras que no ocurre lo mismo en caso de que el error recaiga sobre la prohibición.

Cuando el subordinado ejecuta una acción objetivamente típica por orden de un dirigente, desconociendo que en su conducta concurren los elementos en que se basa la tipicidad, concurrencia que sí es conocida por el dirigente que ha dado la orden, la figura de la autoría mediata con instrumento que padece un error conduce a soluciones adecuadas<sup>8</sup>. De esta forma el

---

SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369.

<sup>5</sup> Cfr. por ej., SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios", cit., pp. 36-37.

<sup>6</sup> Vid. entre otros ARROYO ZAPATERO, L., "El Derecho penal económico en la RFA", en BARBERO SANTOS, M. (ed.), *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 109 ss. Por su parte, TORÍO LÓPEZ, A., "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la "Teoría de la culpabilidad", en AA.VV., *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1980, p. 247, considera que una punición general del error de prohibición vencible, aun con la pena atenuada del delito doloso, es político-criminalmente improcedente y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad. Del mismo autor, "Tipo, error de tipo, y de prohibición", en AA.VV., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Instituto de Criminología, Madrid, 1984, pp. 111 ss.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, vid. con extensa y convincente argumentación MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Imputación subjetiva", en CGPJ, *Derecho penal económico*, Madrid, 2002, pp. 30 ss.

<sup>8</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 199-200; RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa", en AA.VV., *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 252-253; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369. Quede constancia, no obstante, de que la falta de conocimiento en el ejecutor ha llevado a algunos autores a prescindir de la autoría mediata en los casos en que el error no se determina en el instrumento por medios comunicativos, esto es, cuando

dirigente sería considerado autor mediato por dominio de la voluntad. Respecto de la responsabilidad del subordinado, si el error sobre el tipo causado o aprovechado<sup>9</sup> por el dirigente es invencible queda exento de responsabilidad criminal<sup>10</sup>. Si el error es vencible, la infracción es castigada, en su caso, como imprudente (art. 14.1 CP). En buena parte de los casos esto supondrá la impunidad del subordinado, al no preverse la modalidad imprudente en la mayoría de los delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad de empresa, pero no ocurrirá así en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Cuando el error provocado o aprovechado por el dirigente es de prohibición la solución es similar para éste, que de nuevo debe ser considerado autor mediato por dominio de la voluntad<sup>11</sup>, pero distinta para el subordinado: de ser invencible el error sobre la prohibición da lugar a la exención de responsabilidad criminal; si es vencible, se impone la pena inferior en uno o dos grados (art. 14.3 CP).

Si no es posible calificar la conducta del dirigente como constitutiva de autoría mediata viene a colación la coautoría, dolosa por parte del dirigente e imprudente por parte del subordinado. Para hablar de coautoría es necesario que ambos compartan el dominio funcional del hecho, para lo cual no es preciso que ambos ejecuten de forma personal y directa el hecho típico. Pero aquí se añade el problema de la admisibilidad de la coautoría imprudente, negada por un importante sector doctrinal, aunque en la actualidad cada vez va ganando más adeptos la

---

falta una relación psíquica entre el instrumento y el hombre de atrás, decantándose en su lugar por la autoría inmediata. Cfr. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, pp. 89-93. Por su parte, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, aunque considera que se trata de una cuestión terminológica y prefiere seguir hablando aquí de autoría mediata, afirma que el dominio del hecho en estos casos es muy próximo al dominio de la acción propio de la autoría inmediata, respondiendo el dominio de la voluntad en estos casos a un fundamento muy distinto del que se le otorga en las situaciones coactivas. Para BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 183-184, se trata de un supuesto de autoría mediata, pues la falta de una decisión autónoma del instrumento en general no implica la anulación total de su voluntad, pudiendo llegar a detectar la manipulación practicada por el hombre de atrás e incluso negarse a conducir el proceso por cualquier otra razón, razones materiales que avalan incluir estos supuestos de ausencia de conocimiento en el instrumento en la autoría mediata.

<sup>9</sup> Sobre la relevancia de la distinción entre provocación y utilización del error, vid. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 184 ss, quien llega a la conclusión, a mi juicio correcta, de que la intervención activa de un sujeto en un proceso lesivo iniciado imprudentemente por otro sólo lleva a afirmar la autoría mediata cuando a través del engaño se convierte en el único interviniente que guía el proceso con conocimiento de su significado lesivo (p. 190). Afirma la irrelevancia cuando el hombre de atrás domina la cualidad lesiva de la acción, provocando o aprovechando una situación de falta de libertad del sujeto de delante para cometer el delito, siempre que la prestación del hombre de atrás tenga un significado objetivo de confirmación del hecho, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 185.

<sup>10</sup> Para una explicación del criterio que justifica la existencia del dominio de la voluntad en estos casos vid. ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 196-198.

<sup>11</sup> Únicamente cuando puede afirmarse que también al dirigente falta la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento realizado por el subordinado cabe apreciar en él inducción. Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 225.

posición que la admite.

A este tema no se ha dedicado demasiada atención hasta que el punto de mira se ha centrado en las cuestiones dogmáticas de autoría y participación que se plantean en los casos de responsabilidad por el producto. En la doctrina alemana la negación de la coautoría imprudente responde, en primer lugar, a la adopción del concepto unitario de autor en el delito imprudente, pues se entiende que todo aquel que interponga de forma contraria al deber de cuidado una condición para el resultado es autor imprudente, sin que pueda distinguirse entre autoría y participación en los delitos imprudentes<sup>12</sup>. En segundo lugar, esta negativa se basa en la supuesta imposibilidad de apreciar el acuerdo común en relación con la comisión imprudente<sup>13</sup>, por lo que se acude a la autoría accesoria para solucionar el supuesto planteado<sup>14</sup>, lo que obliga a valorar aisladamente cada conducta distinguiendo los casos en que la aportación de un interviniente es suficiente por sí sola para producir el resultado de aquellos otros en los que se precisa la suma de las aportaciones<sup>15</sup>. Ahora bien, es obvio que el acuerdo entre los intervinientes en un delito imprudente no puede tener el mismo contenido que cuando todos actúan dolosamente, lo que supone que no puede exigirse que el autor imprudente abarque el resultado típico como fin al

<sup>12</sup> Así, vid. por todos STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Die Straftat*, 3. Aufl. Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 306, 4. Aufl. 2000, p. 433. Vid. un detallado resumen de los argumentos utilizados por la doctrina alemana para justificar su postura en PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 22-27.

<sup>13</sup> En la doctrina alemana éste es el argumento más frecuentemente empleado. Vid. por todos HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, Beck, München, 1977, p. 73; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 676-677; POSECK, R., *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 155. En España, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. Akal, Madrid, 1997, cit., p. 365; CERESO MIR, J., *Derecho Penal. Parte general-Lecciones 26-40*, 2ª ed. UNED, Madrid, 2000, p. 197; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, pp. 70-71; MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 60-61.

<sup>14</sup> Vid. por todos HAFT, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, 8. Aufl., C. H. Beck, München, 1998, p. 204; JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 655; SCHLÜCHTER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil in aller Kürze*, 2. Aufl., EuWi, Thüngersheim-Frankfurt a. M., 1998, p. 87. En España también se acude a la autoría accesoria cuando un curso causal es doloso y el otro imprudente. Vid. por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Artículos 1-22)*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 838.

<sup>15</sup> Sobre los problemas que se plantean en el segundo caso, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 635-636, nota núm.344; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 209, nota núm.26. La autoría accesoria no es en rigor un supuesto de codelincuencia, ya que está ausente el acuerdo para realizar conjuntamente el hecho. En este sentido, cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 349-350; CUERDA RIEZU, A., "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 291.

que se dirige la acción imprudente, "pero lo que sí es perfectamente factible en el delito imprudente es la existencia de un acuerdo entre los intervinientes o, en su caso, de un proyecto de actuación diseñado por un tercero que tenga por objeto la acción u omisión peligrosa que se va a realizar o que se realiza conjuntamente... en definitiva consiste, al igual que en el delito doloso, en la existencia de un conocimiento recíproco de la actuación conjunta, pudiendo el mismo derivarse de la existencia de un acuerdo propiamente dicho entre los sujetos, ya sea expreso o tácito, o de un proyecto diseñado por un tercero"<sup>16</sup>. En el supuesto planteado puede afirmarse la existencia del acuerdo común entendido de esa forma. Por tanto, superada esta y otras objeciones, puede existir coautoría dolosa por parte del dirigente e imprudente por parte del subordinado en la realización del hecho típico.

Si no es posible afirmar la coautoría puede venir a colación la inducción dolosa del dirigente a una conducta de autoría imprudente o, más en general, a una conducta no dolosa por parte del subordinado<sup>17</sup>. Ahora bien, un importante sector de la doctrina española se muestra contrario a la admisión de la inducción a un hecho principal no doloso<sup>18</sup>, alegando, entre otras razones, que su rechazo se justifica ya por la propia esencia de la inducción, porque no es posible hablar de inducción ante la ausencia de una comunidad de voluntades referida a la producción de un resultado<sup>19</sup>, y que la imputación del resultado a título doloso al inductor e imprudente al autor contradice los principios de unidad del título de imputación y de accesoriidad de la participación<sup>20</sup>. Para solucionar el supuesto planteado se propone distinguir los siguientes grupos

---

<sup>16</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 214-215. En el mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004 (5ª ed. 1998, p. 392; ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, pp. 580 ss.

<sup>17</sup> El art. 28 CP no se pronuncia acerca de la exigencia o no de un hecho principal doloso en la inducción, a diferencia del § 26 StGB, que desde la reforma de 1-1-1975 exige expresamente que el hecho principal al que se induce sea cometido dolosamente. Sobre la discusión doctrinal anterior y posterior a la reforma vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 358-364.

<sup>18</sup> Vid. entre otros GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 143; MIR PUIG, S., *Parte General*, 5ª ed. 1998, cit., p. .

<sup>19</sup> Así, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., pp. 369-370, que apunta que "si la inducción comprende como primer momento típico el nacimiento de una resolución delictiva en el inducido, esto es, la realización de un injusto típico en el que tiene cabida el resultado, en aquellos casos en que el inductor incita al autor a realizar un comportamiento imprudente, lo que le hará surgir será la resolución de realizar una determinada actividad, pero en ningún caso su resolución comprenderá la producción de un injusto típico (con independencia de que éste sea el resultado de su hacer) como requiere el concepto penal de inducción".

<sup>20</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 370. Vid. también CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 504 ss; MIR PUIG, S., *Parte General*, 5ª ed. 1998, cit., . Téngase en cuenta que en la actualidad se señala mayoritariamente que la accesoriidad de la participación no es absoluta sino relativa, en el sentido de que el injusto de la participación no se deriva simplemente del injusto del autor, sino que también contiene un injusto propio. En este sentido, por todos, PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 335-336, que propone aceptar la distinción iniciada por HERZBERG, R. D., *Täterschaft*, cit., pp. 139-140, entre un

de casos<sup>21</sup>: 1º. Si el hombre de atrás conocía la imprudencia del autor, debida a que éste actuaba en situación de error vencible que le impedía comprender el alcance de su acción, se trataría de una autoría mediata, "ya que sería el aparente instigador quien tendría el verdadero dominio del hecho, de la producción del resultado, traducido en el dominio de la voluntad del autor al aprovechar su desconocimiento del verdadero alcance de la acción que ejecuta y respecto a la que, a lo sumo, sólo conoce su carácter peligroso"<sup>22</sup>. 2º. Si el hombre de atrás doloso creía que también el autor actuaba dolosamente, siendo así que éste se limitaba a obrar de modo imprudente, se niega que exista inducción consumada porque el hombre de atrás no hace nacer la resolución delictiva en el autor, aunque así lo crea, pues la voluntad de éste sólo se dirige a la realización de una actividad imprudente. La calificación del hombre de atrás como autor mediato doloso se hace depender de que se pueda apreciar en su actuación la eventualidad de que el suceso discorra de acuerdo con los esquemas de esta figura, y en caso contrario sería considerado como provocador del delito doloso que quería que realizara el ejecutor material, calificación que entra en concurso con la autoría mediata respecto del delito imprudente que efectivamente realiza<sup>23</sup>. Sin embargo, al no haberse iniciado siquiera la ejecución del delito doloso pretendido por el inductor la inducción se considera fracasada y por tanto no es punible<sup>24</sup>, lo que lleva a sancionar al instigador únicamente como autor mediato doloso del delito imprudente cometido por el subordinado. Ahora bien, otros autores admiten que en ocasiones los tipos de injusto del autor y del partícipe sean dispares, constituyendo por tanto excepciones a la regla que permiten afirmar la existencia de una participación dolosa en el delito imprudente. Estas excepciones se

---

aspecto negativo y uno positivo de la accesoriedad: el primero consiste en la dependencia de la participación respecto de un hecho principal con unas propiedades mínimas, de forma que sólo se puede castigar la participación cuando existe un hecho principal cometido típico-antijurídicamente y dolosamente (p. 139), no admitiendo ninguna quiebra o excepción en este sentido negativo; el segundo consiste en que el tipo de delito que rige para el autor y su medida de la pena son básicamente aplicables también para el partícipe, aunque éste no realiza por sí mismo los elementos del tipo en cuestión (p. 140), admitiéndose tantas quiebras de la accesoriedad positiva que la regla general se convierte en excepcional, pues la transferencia al partícipe de los elementos del tipo del autor sólo tiene lugar de forma excepcional, es decir, allí donde no se entiende por sí misma y requiere una justificación dogmática (p. 141). Como puede observarse, se parte de la inclusión del dolo en el tipo según el esquema finalista. Por su parte, desde los planteamientos propios del concepto causalista de delito se puede llegar a la conclusión de que el elemento subjetivo del hecho del partícipe no queda cubierto por el principio de accesoriedad. Cfr. CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 293-294, nota núm.55.

<sup>21</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., pp. 370 ss.

<sup>22</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 371. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, cit., p. 350, nota núm.239; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 581; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 143; MIR PUIG, S., *Parte General*, 5ª ed. 1998, cit., p.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, p. 68.

<sup>23</sup> Así, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 375. Parece que también OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoría*, Edersa, Madrid, 1999, p. 779.

<sup>24</sup> Es doctrina prácticamente unánime. Vid. por todos OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción*, cit., pp. 787 ss.

justificarían en el principio de responsabilidad subjetiva, de acuerdo con el cual cada interviniente en el delito debe responder conforme al tipo subjetivo que efectivamente ha realizado, pues en caso de conflicto entre este principio y el de accesoriadad es preferente el primero<sup>25</sup>. Ésta es la posición que me parece más correcta, pues permite valorar con mayor precisión las diferentes intervenciones en el delito.

Por último, también es posible que el dirigente doloso se limite a favorecer la conducta de autoría imprudente del subordinado, pudiendo entonces ser calificado como cooperador (necesario o no), repitiéndose aquí las objeciones de un sector doctrinal a la admisión de una conducta de participación dolosa en el delito imprudente, que no obstante podrían superarse apoyándonos en la preferencia por el principio de responsabilidad subjetiva frente a la del principio de accesoriadad.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta la existencia de un "*numerus clausus*" de delitos imprudentes, lo que en caso de subordinado ejecutor que actúa de manera imprudente supone que si la autoría imprudente no está sancionada expresamente en el delito de que se trate quedará impune no sólo la conducta del subordinado sino también la del dirigente que se limite a participar dolosamente en el hecho ajeno, por ej. cuando su conducta se califica como inducción. Sólo en caso de que pueda afirmarse a su vez una autoría (mediata), una coautoría o una autoría accesoria dolosas del dirigente podrá éste ser sancionado aunque el ejecutor material quede impune.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

El subordinado puede ser considerado autor del delito común que ha ejecutado materialmente. Su responsabilidad queda excluida o disminuida cuando ha actuado bajo coacción o por miedo, en cuyo caso se convierte en un instrumento en manos del autor mediato, el dirigente<sup>26</sup>. Ya he tenido ocasión de reflejar la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la posibilidad de aplicar la eximente de obediencia debida en el ámbito laboral<sup>27</sup>. Desaparecida esta eximente, los casos que antes caían dentro de su ámbito de aplicación han de analizarse ahora dentro de las eximentes de estado de necesidad, miedo insuperable y cumplimiento de un deber, puntualizando algún autor que "las posibilidades de exención disminuyen a medida que se trata de sujetos que ocupan posiciones de responsabilidad más elevada en el seno de la empresa"<sup>28</sup>. Esta observación es correcta tanto si se refiere al error de prohibición, como si alude

<sup>25</sup> En este sentido CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 294-295; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación*, cit., p. 355. Vid. también, aunque menos claramente, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1966, pp. 309-310; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 867.

<sup>26</sup> Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 174-177; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 370.

<sup>27</sup> Cfr. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 312 ss.

<sup>28</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios", cit., p. 36 (también en p. 37, donde apunta que "tal afirmación general no significa que sea absolutamente imposible que concurran en este grupo de sujetos



al estado de necesidad, al miedo insuperable o al cumplimiento de un deber, pues aunque tan presionable puede ser un director general como cualquier otro trabajador, lo cierto es que el personal de alta dirección suele contar con contratos blindados que les garantizan suntuosas indemnizaciones en caso de despido que, obviamente, no están al alcance de los demás empleados de la empresa, lo que puede disminuir las posibilidades de exculpación.

Ahora bien, respecto de la calificación del dirigente como autor mediato de un delito comisivo en el caso que nos ocupa, se ha señalado mayoritariamente que no es posible cuando el ejecutor material comete un delito con modalidades limitadas de acción, dado que en éstos únicamente puede ser autor quien materialmente utilice tales medios, pero no quien simplemente se limita a no impedir el hecho, que sólo puede ser calificado de partícipe<sup>29</sup>. Lo mismo se señala de los delitos de mera actividad. Llega incluso a apuntarse que "*en la práctica sólo en raras ocasiones se reunirán las condiciones para que se pueda imputar a un órgano directivo un delito de comisión activa sobre la base de la conducta infractora cometida por un subordinado*"<sup>30</sup>. Frente a esta postura que, repito, puede considerarse mayoritaria, me parece preferible la que afirma que la autoría mediata es perfectamente posible tanto en los delitos con medios determinados de acción como en los delitos de mera actividad, pues lo que la caracteriza es la puesta en marcha dolosa de un proceso lesivo cuya materialización queda en manos de otro sujeto, el ejecutor material, que es quien debe emplear los medios determinados o realizar la actividad, constituyendo el injusto propio del autor mediato la instrumentalización de otra persona para realizar el delito<sup>31</sup>. Recuérdese que he rechazado una concepción objetivo-formal de la autoría que la identifique con la ejecución directa de la acción típica<sup>32</sup>. Por lo demás, estamos analizando supuestos de conductas activas dolosas tanto por parte del subordinado ejecutor material como por parte del dirigente. Partimos, pues, de que el dirigente ha intervenido activamente en la realización del hecho. Si se limita a no impedir el hecho del subordinado, pudiendo y debiendo hacerlo, nos encontramos ante la cuestión de la atribución de responsabilidad penal al dirigente en comisión por omisión, que analizaremos en otro apartado.

Descartada la autoría mediata por dominio de la organización en el ámbito de la empresa

---

algunas de las situaciones mencionadas más arriba... Sin embargo, sí pretende poner de relieve la mayor dificultad de que prospere su alegación"). En el mismo sentido NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 176-177.

<sup>29</sup> Así, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 201. Ya antes, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 224 ss.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 201, citando a FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en LUZÓN PEÑA, D.-M./ MIR PUIG, S. (dirs.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 101 ss.

<sup>31</sup> Admiten en estos casos la autoría mediata COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 679; QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos especiales*, cit., p. 110.

<sup>32</sup> Cfr. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 153 ss.

lícita<sup>33</sup>, un entendimiento suficientemente amplio de la coautoría, que no la identifique con la ejecución conjunta corporal directa de la acción típica, permite solucionar el supuesto planteado de subordinado y dirigente conocedores<sup>34</sup>. En particular, en el caso de subordinado doloso que ejecuta el delito cumpliendo las órdenes del dirigente la fijación en una teoría objetivo-formal de la autoría produciría el absurdo de convertir a los verdaderos responsables en partícipes de quienes actúan a sus órdenes<sup>35</sup>. Por tanto, desde ese entendimiento amplio de la coautoría puede afirmarse que el dirigente tiene el dominio funcional del hecho cuando planifica el delito en la fase preparatoria y actualiza esa función directora durante la ejecución.

Si ya es discutible con carácter general hacer equivalente la coautoría a una coejecución, todavía lo es más en el ámbito de la delincuencia empresarial pues en muchos delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente la ejecución se dilata en el tiempo, pasando por varias etapas en las que no siempre intervienen los miembros del órgano de administración o de la cúpula dirigente que han decidido previamente y con todo detalle la maniobra delictiva<sup>36</sup>.

Cuando el delito cometido por el subordinado suponga la ejecución del plan diseñado por el dirigente que no actualiza su contribución en la fase de ejecución, éste puede responder como partícipe, ya sea a título de inducción, ya de cooperación (necesaria o no)<sup>37</sup>. Sin embargo, se ha objetado que las formas de participación "no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones"<sup>38</sup>. La observación es certera, y en efecto se ha de hacer un esfuerzo en favor de determinar con cierta amplitud los criterios que permiten afirmar el dominio funcional del hecho del dirigente conjuntamente con el ejecutor material. Se entenderá que el dirigente actualiza en la fase de ejecución la contribución que ha prestado en la fase preparatoria al ordenar la comisión del delito cuando hace un seguimiento de las actividades realizadas por el subordinado en cumplimiento

---

<sup>33</sup> Cfr. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 305 ss.

<sup>34</sup> Cfr. entre otros LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general del derecho penal económico: el actuar en lugar de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002, p. 151; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?", *Revista Penal* núm.9, enero 2002, pp. 81 ss; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 186 ss.

<sup>35</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 199-200; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369.

<sup>36</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 82.

<sup>37</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., "Diez cuestiones en torno a los denominados "delitos sociales"", en TERRADILLOS BASOCO, J., *Empresa y Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 189. En torno a la dificultad del deslinde entre la cooperación necesaria y la complicidad en el ámbito de la empresa, vid. MUÑOZ CONDE, F., "Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal", en AA.VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Volumen II*, Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 361-368.

<sup>38</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 83.

de la orden, cuando aprueba expresa o tácitamente estas actividades, cuando pide que se le mantenga al tanto y hace correcciones en el plan delictivo al hilo de los acontecimientos, etc.

La inducción es aplicable cuando el dirigente, sin realizar actos propios de la autoría ni facilitar la realización del hecho por el subordinado, directamente hace surgir en él la idea de cometer el delito.

En los casos en que el dirigente no actualice su contribución durante la ejecución delictiva, limitándose a intervenir en la fase preparatoria favoreciendo la comisión del delito, debe ser considerado cooperador (necesario o no). Igualmente debe calificarse de cooperador, ya dentro de la fase de ejecución del delito, al dirigente que colabora dolosamente en el hecho del subordinado mediante la realización de acciones que no son típicas.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

En este supuesto la persona directamente responsable por el delito común es el subordinado que lo ejecuta dolosamente. El dirigente que realice una intervención constitutiva de coautoría puede ser considerado coautor, aplicándosele la regulación del error de tipo o de prohibición, quedando condicionada su punición en el caso de error vencible sobre el tipo a que se trate de un delito que admita la modalidad imprudente de comisión, pues en otro caso queda impune (art. 14.1 CP).

El dirigente que intervenga en el hecho ajeno en error de prohibición puede ser considerado partícipe doloso en el delito común (criminallymente responsable o no según se trate de error vencible o invencible), mientras que si el error es de tipo su conducta no es punible, al no estar previsto legalmente el castigo de las formas imprudentes de participación<sup>39</sup>. Pero aunque se admitiera ese castigo siempre se ha considerado muy difícil admitir incluso conceptualmente

<sup>39</sup> La doctrina española mayoritaria entiende que las formas de participación imprudente son impunes por atípicas, al establecerse un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia en el art. 12 CP y no aludirse expresamente a ellas en los arts. 28 y 29 CP. Por todos, CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 295-297; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal. I. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 507; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 81 ss; de la misma autora, "La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995", *RDPyCrim* 2ª época, núm.1 extraord., 2000, pp. 142 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 105. A favor del castigo de la participación imprudente, vid. extensamente ROBLES PLANAS, R., "Participación en el delito e imprudencia", *RDPyCrim* 2ª época, núm.6, julio 2000, *pássim*. En mi opinión, si bien conceptualmente puede distinguirse en los delitos imprudentes entre autoría y mera participación, y de hecho en la práctica así debe hacerse, de los arts. 28 y 29 CP se desprende que las formas de participación (inducción y cooperación) han de ser dolosas. Además, el art. 12 CP establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y dado que los preceptos sobre participación no prevén la forma imprudente, ésta es impune. Y ello tanto si se trata de participación imprudente en autoría imprudente como si es participación imprudente en autoría dolosa. Y si es impune la participación imprudente cuando hay acuerdo o conjunción de voluntades, previamente o en el momento del hecho, también son atípicos los casos de participación imprudente en sentido amplio, es decir, de participación simplemente objetiva o favorecimiento objetivo de la autoría, sin acuerdo o no consciente. En este sentido, vid. entre otros MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 4ª ed., pp. 505-506; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 81 ss y 109 ss.

la figura de la inducción imprudente<sup>40</sup>, presentando menos problemas la cooperación imprudente<sup>41</sup>. En cualquier caso, la impunidad de la participación imprudente no puede llevarnos a calificar una conducta que objetivamente es de participación (imprudente) como de autoría (imprudente)<sup>42</sup>.

### II.1.2. Dirigente ejecutor

La autoría del dirigente que ejecuta directamente el hecho delictivo no suele plantear problemas. Conviene distinguir, no obstante, los siguientes supuestos:

#### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

El dirigente que ejecuta directamente el delito común es autor doloso, mientras que el subordinado que colabore con él en error sobre el tipo o sobre la prohibición debe ser considerado, según la entidad de la aportación que realice, coautor o cooperador (necesario o no), teniendo después en cuenta lo señalado en el art. 14 CP. Por tanto, si incurre en error invencible sobre el tipo o sobre la prohibición queda impune. Si incurre en error vencible sobre el tipo (supuesto que incluimos aquí por razones sistemáticas, aunque en sentido estricto no podría afirmarse que el subordinado "desconoce"), su conducta es sancionada como imprudente, lo que supone que siendo coautor imprudente el castigo se subordina a la previsión expresa de la modalidad imprudente del delito cometido, quedando impune si no existe tal previsión; y tratándose de un cooperador imprudente queda impune, al no preverse en nuestro Ordenamiento el castigo de las formas imprudentes de participación. Si incurre en error vencible sobre la prohibición se le impone la pena inferior en uno o dos grados. Ya hemos visto que la admisibilidad conceptual de la inducción imprudente es dudosa, y en cualquier caso tal figura de participación imprudente quedaría impune.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

El dirigente que ejecuta directamente el delito común es autor mientras que el

---

<sup>40</sup> Así, en contra de esta figura, entre otros, BALDÓ LAVILLA, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", en MIR PUIG, S. y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 1115, nota núm.105; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., p. 852; RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, p. 279.

<sup>41</sup> La aceptan RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., pp. 881 y 895; RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador*, cit., pp. 315-316. En contra, vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 340; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, cit., p. 185.

<sup>42</sup> Advierten de este peligro, entre otros, CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 296-297; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 82 ss; de la misma autora, "La impunidad", cit., pp. 142-146; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal*, cit.,. Como señala GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., p. 298, "el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesario o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice *expresamente*" (cursivas en el original).

subordinado, dependiendo de la entidad de su aportación, podrá ser coautor o cooperador (necesario o no). La autoría mediata sólo viene en consideración si alguno de los dos emplea el miedo o la coacción sobre el otro, en cuyo caso quien lo haga es autor mediato y el instrumento queda exento de pena por estado de necesidad o miedo insuperable, o bien recibe la pena del autor disminuida en uno o dos grados por la aplicación de alguna de estas eximentes como incompleta.

#### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

Es posible que el dirigente ejecute el delito sin contar con el conocimiento de los elementos típicos exigido para el dolo, conocimiento que sí tiene el subordinado que colabora preparando la realización del delito. Se trata de casos en los que el dirigente toma decisiones con base en los datos que el subordinado aporta. Como señala RAGUÉS I VALLÈS<sup>43</sup>, "en muchas empresas los administradores siguen siendo quienes formalmente adoptan ciertas decisiones, pero, desbordados por el volumen de su trabajo, muy a menudo se ven obligados a confiar a ciegas en sus subordinados, limitándose, por expresarlo gráficamente, a estampar su firma en la documentación que éstos les preparan. En ciertos casos, esta adopción rutinaria de decisiones puede ser aprovechada por los inferiores jerárquicos para conseguir que se tomen determinadas decisiones que, en sí mismas, realizan el tipo objetivo de un delito", puntualizando que "si el subordinado provoca de forma no dolosa la decisión del superior jerárquico se planteará a lo sumo una responsabilidad a título de imprudencia tanto de uno como del otro sujeto". La ausencia de dolo en los dos sujetos determina la impunidad de ambas conductas cuando el delito en cuestión no se castiga en su modalidad imprudente.

Pues bien, tratándose de delitos comunes la autoría mediata permite llegar a soluciones adecuadas cuando se plantea la estructura que se acaba de exponer, al imputar al subordinado la autoría mediata dolosa del correspondiente delito, siendo el dirigente un instrumento que obra en error causado o aprovechado por el hombre de atrás. De nuevo en caso de error vencible de tipo el dirigente puede ser sancionado como autor del delito imprudente, siempre que éste se sancione expresamente<sup>44</sup>.

## **II.2. Autoría y participación por comisión activa en delitos especiales. La actuación en nombre de otro**

### **II.2.1. Subordinado ejecutor**

#### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

La característica escisión entre acción y responsabilidad que tiene lugar en el seno de las sociedades mercantiles, a consecuencia de la actuación conforme a los principios de jerarquía y división de funciones, provoca en muchas ocasiones que el sujeto que actúa y realiza un hecho objetivamente relevante para el Derecho penal pueda no ser, sin embargo, penalmente responsable porque además de no reunir las características exigidas al sujeto activo actúe en

<sup>43</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 257 y nota núm.25.

<sup>44</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., pp. 258-259.

situación de error provocado o aprovechado por sus superiores. En este caso podría construirse con respecto al superior un supuesto de autoría mediata. Este supuesto se plantea en relación con quienes ocupan los escalones intermedios e inferiores en la jerarquía empresarial, cuando, cumpliendo órdenes o instrucciones de los administradores, realizan objetivamente conductas que podrían ser constitutivas de delito si reunieran la cualificación subjetiva exigida por el tipo y no actuaran en situación de error. Debe puntualizarse que la posibilidad de establecer la autoría mediata se condiciona al hecho de que el instrumento utilizado no actúe de forma plenamente responsable, puesto que en caso afirmativo no se da la estructura propia de la autoría mediata, una vez descartada en el ámbito de la empresa lícita la autoría mediata con aparatos organizados de poder.

En la hipótesis de que el *intra-neus* se valga de otra persona como instrumento para ejecutar el hecho es siempre autor mediato del delito especial<sup>45</sup>, pero respecto de la responsabilidad del instrumento deben distinguirse dos casos: que el instrumento sea otro *intra-neus* o que sea un *extra-neus*. En el primer caso nada impide la admisión de la autoría mediata del hombre de atrás y de la autoría inmediata del de delante. En el segundo caso, *intra-neus* que se vale de un *extra-neus* como instrumento para la realización del tipo, la cuestión es problemática por varias razones, siendo conveniente distinguir según se trate de un delito especial en sentido amplio o en sentido estricto. Tratándose de un delito especial en sentido amplio, el ejecutor no cualificado es sancionado como autor con base en el delito común<sup>46</sup>, aplicándosele las eximentes que correspondan por la coacción sufrida o lo dispuesto para el error, según se trate de una autoría mediata por dominio de la voluntad por coacción o por error. El hombre de atrás, como he anunciado, es autor mediato del delito especial. Tratándose de un delito especial en sentido estricto se discute acerca de la punibilidad de la autoría mediata con instrumento que sufre error y obra atípicamente<sup>47</sup>. Desde la teoría del dominio del hecho se ha afirmado que en ningún caso existe autoría mediata del hombre de atrás, porque en el que ha sido determinado no se ha excluido la libertad. El punto de partida es esencialmente incorrecto, pues lo decisivo para la autoría mediata utilizando un instrumento que yerra no es tanto la libertad del ejecutor cuanto su comprensión real del concreto sentido de la acción<sup>48</sup>. Cuando se trata de un delito especial propio la actuación del ejecutor no cualificado no está contenida en ningún tipo penal; ahora bien, si un sujeto cualificado engaña a un no cualificado sobre el sentido de su acción debe desplazarse la base del enjuiciamiento de éste a aquél, pues ha de valorarse de forma completamente distinta la realización de una conducta atípica sin más que el comportamiento del hombre de atrás que mueve astutamente al no cualificado a realizar una conducta que, de reunir la cualificación exigida por el tipo, sería punible basado en error. Por tanto, también en los delitos especiales en sentido estricto existe autoría mediata del dirigente

---

<sup>45</sup> Quien puede cometer el delito por sí mismo también puede llevarlo a cabo mediante un instrumento. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., pp. 114-115.

<sup>46</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., p. 98.

<sup>47</sup> La discusión en Alemania se ha centrado en la cuestión de si es autor de asesinato u homicidio quien determina dolosamente a otro mediante engaño al suicidio, partiendo de la inexistencia de un delito de inducción al suicidio como el contenido en el art. 143.1 CP. Los términos del debate, teniendo en cuenta esta diferencia legislativa, pueden trasladarse a nuestro Ordenamiento.

<sup>48</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, 7ª ed. cit., pp. 252 ss.

doloso cuando el delito es materialmente ejecutado por un instrumento que obra en error causado o aprovechado por él, esto es, la conducta típica es realizada por un subordinado no cualificado que desconoce la concurrencia de los elementos del tipo o sufre un error sobre la prohibición<sup>49</sup>. Dado que partimos de que concurren en el dirigente las características exigidas por el delito especial para ser considerado autor, ya sea directamente ya sea vía art. 31 CP, no se plantean problemas de tipicidad. Por su parte, el instrumento no cualificado que obra en error invencible sobre el tipo o sobre la prohibición queda exento de responsabilidad criminal (art. 14 CP). Si el subordinado no cualificado obra en error vencible sobre el tipo, admita o no el delito en cuestión la modalidad imprudente su conducta queda impune: nos encontramos ante un caso de instrumento no doloso no cualificado en delitos especiales, debiendo ser considerado cooperador necesario del hombre de atrás, y tratándose de una participación imprudente o neutral quedará impune. Por otro lado, también plantean problemas los delitos especiales con modalidades determinadas de acción, pues se entiende que el obligado respeto al principio de legalidad lleva a que sólo se admita la autoría mediata del cualificado en el delito especial en sentido estricto cuando su conducta puede subsumirse directamente en el tipo<sup>50</sup>, mientras que si no es posible quedaría impune, al no existir un delito común del que pueda considerarse autor inmediato el *extraneus*. No estoy de acuerdo. La conducta típica en la autoría mediata consiste en instrumentalizar a otro, siendo éste quien sí debe realizar el comportamiento especificado en el tipo.

En cuanto a la cuestión de si el *extraneus* ejecutor puede ser coautor de los delitos especiales conjuntamente con el *intraeus* con el que domine funcionalmente el hecho, debemos tener en cuenta que la admisibilidad de la coautoría entre sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales ha causado división en la doctrina. Para algunos autores, el *extraneus* puede ser coautor del delito especial en sentido estricto<sup>51</sup>, en particular cuando se trata de un delito compuesto de varios actos. Por el contrario, para otro sector doctrinal es imposible que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial en sentido propio, ya que no reúne las condiciones requeridas por el tipo<sup>52</sup>, por lo que debe ser considerado cooperador necesario.

---

<sup>49</sup> Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 207-208; RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 253.

<sup>50</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 232-242. En el mismo sentido vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en CGPJ, *Problemas de autoría*, Madrid, 1995, p. 117; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985, p. 487.

<sup>51</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 270 ss. En relación al delito de prevaricación, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas/ Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 415 ss; también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*, cit., p. 514.

<sup>52</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 838. Es doctrina mayoritaria. Vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria", en LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 175-176; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 127; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación y los delitos especiales", en CGPJ, *Problemas de autoría*, cit., p. 175.

Esta segunda posición es la que suscribo, puesto que si la coautoría es una forma de autoría no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. En los delitos especiales en sentido amplio, por su parte, el *intraneus* debe responder como autor del delito especial, mientras que el *extraneus* puede ser considerado autor del delito común correspondiente<sup>53</sup>, lo que supone romper la unidad del título de imputación, o cooperador necesario en el delito especial. Como señala DÍAZ Y GARCÍA<sup>54</sup>, "ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus*". En cualquiera de los supuestos mencionados el extraño se beneficiará de los efectos de la apreciación de un error de tipo o de prohibición o de la imprudencia.

Cuando la conducta del hombre de atrás cualificado es constitutiva de participación en el hecho ajeno, y no de autoría, queda impune en los delitos especiales propios, pues siendo atípico el hecho principal el principio de accesoriedad de la participación impide castigar al partícipe, aunque obre con dolo y reúna la cualificación exigida por el tipo<sup>55</sup>. Si se trata de delitos especiales impropios se propone que el partícipe *intraneus* responda con base en el delito común realizado por el autor no cualificado, puesto que al exigir la aplicación del delito especial que el autor sea una persona cualificada, en la hipótesis planteada no cabe en absoluto traerlo a colación<sup>56</sup>. No es posible construir la tipicidad del partícipe con base en una realización inexistente del tipo especial, por mucho que él sí sea portador de la cualificación exigida por el delito especial.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

Ya he hecho alusión a la discusión que suscita la posibilidad de coautoría entre sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales.

La opción por una concepción objetivo-formal de la autoría se demuestra poco fructífera en los delitos especiales, amén de crearse lagunas de punibilidad en el supuesto que nos ocupa, en el que quien realiza las acciones de ejecución del delito no tiene la cualidad exigida por el tipo (por ejemplo, la de deudor, la de administrador de hecho o de derecho, la de obligado tributario) y, por tanto, todo lo más puede ser calificado como cooperador necesario<sup>57</sup>. En efecto,

---

<sup>53</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., p. 839; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 127.

<sup>54</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 176.

<sup>55</sup> Recuérdese que estamos analizando los delitos de dominio. Los delitos de infracción de deber siguen un régimen completamente distinto.

<sup>56</sup> Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación*, cit., p. 348; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., p. 869.

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 77. Sobre la cuestión de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en el delito especial, vid. la completa exposición de la doctrina española que ofrece RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> A., "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la



la presencia de delitos especiales supone un problema añadido que, como veremos, no siempre puede resolverse apelando a la cláusula que regula la actuación en nombre de otro, pues el art. 31 CP sólo se aplica al "que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro", y aquí resulta difícil de encajar el supuesto del trabajador (pensemos en un contable) que en cumplimiento de las órdenes recibidas del consejero delegado o del consejo de administración realiza una falsedad societaria.

No podría ser considerado autor el que tiene esas cualidades pero no ejecuta directamente el delito, salvo que se trate de un autor mediato que emplea la coacción o el error para instrumentalizar al subordinado conocedor que ejecuta directamente el delito<sup>58</sup>, o de un coautor que ostente el dominio funcional del hecho.

Fuera de los supuestos de instrumentalización del ejecutor, existe coautoría en el caso de superior y subordinado ambos conocedores y ambos *intranei* cuando entre los dos ostentan el dominio funcional del hecho. Ahora bien, no puede existir coautoría entre el dirigente *intraneus* y el subordinado *extraneus*, aunque el ejecutor sea responsable y no un mero instrumento, porque el subordinado no tiene las cualidades o cualificaciones exigidas por el delito especial para la autoría. No existe otra solución que calificar la contribución del subordinado como cooperación (necesaria<sup>59</sup> o no) en el hecho del cualificado, como hemos visto al tratar el problema del instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales propios.

La punición de la participación del cualificado en el hecho del no cualificado no puede admitirse en los delitos especiales en sentido estricto. No existe un hecho típicamente antijurídico al faltar la cualidad exigida en el sujeto activo, impidiendo entonces la accesoriedad que se castigue al *intraneus*<sup>60</sup>.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

En esta estructura el subordinado conocedor ejecuta la acción típica, desconociendo el dirigente alguno de los elementos típicos o el significado antijurídico de la conducta. En este supuesto, siendo el subordinado *intraneus* responderá como autor del delito especial, mientras que el dirigente que haya colaborado imprudentemente de alguna forma en la realización del delito queda impune, al no ser objeto de sanción penal las formas imprudentes de participación en el delito. Si el subordinado es un *extraneus* la conducta es impune para ambos, salvo que pueda aplicarse el art. 31 CP y, por tanto, sea posible considerar al *extraneus* autor cualificado del delito especial por actuar en lugar de otro.

---

Administración pública", *RDPC* núm.8, 2001, pp. 162 ss.

<sup>58</sup> Vid. entre otros NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 207-208.

<sup>59</sup> A favor, vid. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 211-212.

<sup>60</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 158, quien señala que la doctrina, al considerar injusto este resultado, acude a las construcciones de la autoría mediata por utilización de un instrumento no cualificado o a la de los delitos de infracción de deber, convirtiendo al *intraneus* en autor y al *extraneus* en partícipe.

## II.2.2. Dirigente ejecutor

### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

El dirigente responde como autor del delito especial propio. El subordinado *extraneus*, que como hemos visto no puede ser coautor ni autor mediato, al carecer de la cualificación requerida por el tipo, queda impune si ha contribuido imprudentemente a la comisión del delito, al no sancionarse las formas imprudentes de participación. Tratándose de un delito especial impropio, el extraño puede ser coautor del delito común o partícipe en el delito especial, aplicándose la regulación del error o de la imprudencia, según corresponda.

### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

Hemos de distinguir según se trate de delitos especiales propios o impropios.

El dirigente responde como autor del delito especial propio. El subordinado *intraneus* puede ser coautor, inductor o cooperador en el delito, según la entidad de su contribución. El subordinado *extraneus* que realice una aportación propia del coautor únicamente puede ser inductor o cooperador (necesario o no) en el hecho ajeno realizado por el dirigente, salvo que la aplicación del art. 31 CP permita considerarle sujeto activo del delito especial, y por tanto coautor junto con el dirigente. En cuanto a la participación, el extraño o partícipe no cualificado responde con base en el delito especial<sup>61</sup>, ya que su responsabilidad se articula a partir de la figura de delito realizada por el autor principal cualificado. Se trata de mantener la unidad del título de imputación, cuestión que se halla en íntima conexión con el carácter accesorio de la participación. De esta forma, el *intraneus* sería autor del delito especial y el *extraneus* partícipe, pudiendo recibiendo éste la pena inferior en grado, según dispone el art. 65.3 CP.

Así pues, es en la inducción y no en la autoría mediata o en la coautoría donde cabe incluir la conducta del *extraneus* organizador o planificador de la actuación delictiva de un grupo de sujetos o de un solo sujeto, si no realiza otra actividad que ésa y no puede, por faltarle las cualidades exigidas por el tipo, considerársele autor, porque deja en las manos de otro u otros sujetos (los verdaderos coautores que, siendo *intranei*, realizan la acción típica), que actúan consciente y libremente, la realización del hecho típico. El organizador extraño no es autor aunque dirija de algún modo la ejecución, pero tampoco, aun no dando instrucciones durante la ejecución, cuando las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones. El cerebro organizador del delito no cualificado es inductor, si él ha hecho nacer en el verdadero autor la resolución delictiva; si no, es normalmente un cooperador necesario, lo que supone que en cualquier caso se le impone la pena del autor, sin necesidad de convertirlo en tal.

En los delitos especiales impropios el dirigente responde como autor del delito especial. El subordinado *intraneus* puede ser coautor, inductor o cooperador en el delito especial, según la entidad de su contribución. El subordinado *extraneus* que realice una aportación propia de la

---

<sup>61</sup> Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 26 ss, ofreciendo amplia bibliografía en nota núm.5.

coautoría puede ser considerado coautor del delito común<sup>62</sup>. Algún autor admite la posibilidad de que el extraño sea coautor del delito especial cuando el tipo esté compuesto por varios actos, pues se considera admisible que quien no podría ser autor único pueda, en cambio, realizar directamente algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo<sup>63</sup>. Sin embargo, si se parte de que acción ejecutiva es lo mismo que acción típica, esta postura no es admisible: no existe tipicidad cuando la acción es realizada por un extraño. Otro sector, alegando razones de justicia, también afirma que el extraño que interviene como coautor en el delito debe responder con base en el delito especial<sup>64</sup>.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

Esta estructura es notablemente problemática en los delitos especiales, puesto que quien reúne la cualificación exigida por el tipo para ser autor, el dirigente, carece de dolo o no es consciente de la antijuridicidad de la conducta, y en cambio quien sí cuenta con el conocimiento de los elementos típicos o de la significación antijurídica de la conducta, el subordinado, carece de la cualificación típica y, por tanto, no puede ser considerado autor. En los delitos especiales en sentido amplio se suele afirmar que no hay inconveniente para castigar al subordinado como autor mediato del delito común<sup>65</sup>. La doctrina dominante niega la viabilidad de la autoría mediata en los delitos especiales propios cuando es un *extraneus* quien instrumentaliza a un *intraneus*<sup>66</sup>. Como punto de partida hemos de tener en cuenta que la actuación imprudente del dirigente sólo podrá ser sancionada cuando el delito en cuestión castigue expresamente la modalidad imprudente, quedando impune en otro caso. Por su parte, la actuación del subordinado podrá encajar en ocasiones en el delito especial vía art. 31 CP. Cuando no sea posible, en los delitos especiales en sentido estricto se origina una laguna de punibilidad que se ha tratado de paliar considerando que la conducta del extraño puede ser entendida como participación en el delito especial<sup>67</sup>, o bien valorándola a tenor de los tipos que eventualmente

<sup>62</sup> Vid. por todos GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría*, cit., p. 157, para quien "cada uno responderá por el delito que realmente ha cometido: el especial o el común".

<sup>63</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 838.

<sup>64</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 292 ss. Vid. también a favor de hacer responder al particular en función del delito especial QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., p. 80; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación*, cit., p. 419.

<sup>65</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 172; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 116; QUINTERO OLIVARES, G., *La participación*, cit., pp. 114-115.

<sup>66</sup> Vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 172; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 229 ss; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 116; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación", cit., p. 175; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., pp. 111-115.

<sup>67</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., p. 292; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación", cit., p. 175; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., pp. 87-88. No obstante, advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 157, que al tratar de castigar al aparente autor mediato como partícipe del delito especial encontraremos con frecuencia que la conducta del sujeto

realice por sí misma<sup>68</sup>, en cuyo caso podría concurrir idealmente con la participación. Si estas posibilidades no son viables la conducta del *extraneus* queda impune, pero esta consecuencia no puede justificar por sí sola la admisión de su autoría mediata, ya que el principio de legalidad exige que el extraño no pueda ser autor del hecho principal, siendo así que la autoría mediata es ante todo verdadera autoría: el autor mediato realiza el injusto típico como propio y su conducta es principal, no accesoria, caracterizándose por la instrumentalización del ejecutor sobre la base del error o de la coacción. Ante esta laguna de punibilidad se han propuesto *de lege lata* otras soluciones<sup>69</sup>:

1) Equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo. Éste sería el caso de quien estando en condiciones de conocer algo, opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión. De esta forma podría castigarse al dirigente como autor doloso del delito especial y al subordinado como partícipe también doloso. Y en efecto no debe olvidarse que un sector doctrinal sostiene que "el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone un mínimo interés, entendido no como la actitud interna del sujeto, sino como elemento expresado externamente en la comisión del hecho. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error"<sup>70</sup>. Ahora bien, no puede generalizarse en exceso. Existen casos en que un sujeto no quiere saber más de lo que ya conoce porque es consciente de la posible comisión de delitos en cuyos detalles no desea profundizar. "En tal caso, el conocimiento con el que se cuenta inicialmente basta para afirmar la existencia de dolo eventual, de tal forma que deja de ser necesario acudir a la figura de la ignorancia deliberada para evitar la absolució"<sup>71</sup>. Pero en otros supuestos la ignorancia responde sin más a que el volumen de trabajo es tan elevado que el dirigente no puede entrar a conocer los detalles de cada actuación, por lo que "no parece nada claro que estas ignorancias deliberadas imputables a un

---

calificado no es típicamente antijurídica y, por tanto, las reglas de la accesoriad limitada impiden de nuevo el castigo del *extraneus*.

<sup>68</sup> Como la estafa, las falsedades documentales o la simulación de contrato en perjuicio de terceros, entre otros. Cfr. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Parte General*, 3ª ed. cit., p. 576; MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", *CPC* núm.3, 1977, pp. 168 ss; del mismo autor, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed. Barcelona, 1999, pp. 105 y 185 ss; del mismo autor, "Problemas", cit., p. 88. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., pp. 259 ss, pone el ejemplo de un administrador que delega *de facto* la gestión de las operaciones bancarias en un administrativo, quien se encarga de preparar la documentación y de acudir a los bancos para que realicen las operaciones oportunas, limitándose el administrador a firmar de forma rutinaria las autorizaciones, aprovechando lo cual el administrativo ordena una serie de transferencias de fondos de la empresa a su favor, siendo firmados los documentos correspondientes por el administrador. La instrumentalización del administrador por parte del empleado reúne en sí misma los requisitos de un delito de estafa y puede, por tanto, castigarse autónomamente, sin tener en cuenta que la administración desleal imprudente del dirigente no es punible.

<sup>69</sup> Sigo la detenida exposición de RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., pp. 265 ss.

<sup>70</sup> FELIP I SABORIT, D., *Error Iuris*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 263.

<sup>71</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

exceso de atribuciones deban hacerse acreedoras de la misma pena que las comisiones dolosas"<sup>72</sup>

2) "Entender que el mero desempeño de un determinado rol dentro del entramado empresarial o administrativo comporta la plena atribución al sujeto de los conocimientos que dicho rol presupone"<sup>73</sup>. Por tanto, quien ocupase una determinada posición no podría alegar en su defensa que desconocía los datos que por su posición debería conocer. Esta propuesta, que cuenta con algunos partidarios en la doctrina, es rechazable en la medida en que introduce en el juicio de imputación subjetiva el constructo del hombre medio ideal, en este caso del profesional medio ideal, más propio de la imputación objetiva, a lo que se añade que pasa por alto que, desde una óptica de valoración social, también en el ámbito de la empresa son creíbles algunas alegaciones de desconocimiento. No todos los dirigentes de empresa tienen el tiempo ni la formación universitaria o práctica necesarios para controlar el contenido de cuanta documentación pasa por sus manos. "La necesidad de mantener el doble nivel de imputación -objetiva y subjetiva- que exige el Derecho penal vigente obliga a tener en cuenta la posibilidad de esta clase de supuestos y, por tanto, impide la atribución automática de conocimientos a quien aparece como gestor formal de un determinado ámbito de competencias"<sup>74</sup>.

3) Agotar las posibilidades interpretativas que ofrece la figura del administrador de hecho, con el fin de aplicar el art. 31 CP para convertir al subordinado conocedor *extraneus* en autor mediato del delito especial propio. Aunque analizaré esta cuestión con más detenimiento en el siguiente apartado, conviene adelantar que la delimitación del concepto de "administrador de hecho" ha generado una gran controversia, ya que existe una noción jurídico-mercantil que algunos autores han querido trasladar a la interpretación de este concepto sea en materia de delitos societarios sea en materia de actuaciones en nombre de otro. Ahora bien, en la búsqueda del significado que debe darse a la expresión "administrador de hecho" han de tenerse en cuenta dos datos: en primer lugar, que dentro de la propia doctrina mercantil existen discrepancias acerca de la extensión del concepto de administración fáctica, pues para un destacado sector lo que otros consideran administración de hecho, fundamentalmente los casos de defectos formales en el nombramiento, cese y revocación con ejercicio de las funciones de administración, puede ser tratado sin más como una administración de derecho, si bien con ciertas cautelas dirigidas a la protección de terceros; y en segundo lugar, que el Derecho penal goza de autonomía respecto al Derecho mercantil, de forma que incluso las nociones técnicas procedentes de este sector del Ordenamiento jurídico pueden experimentar una transformación al entrar en contacto con el Derecho penal. Estamos ante un término típico pendiente de valoración, cuyo sentido debe ser investigado a la luz de las reglas de interpretación y de los fines propios del Derecho penal. Pues bien, con arreglo a estas reglas de interpretación es evidente que se ha de otorgar a la expresión "administrador de hecho" un significado amplio, que atienda no tanto a la relación formal entre

<sup>72</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

<sup>73</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

<sup>74</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 273. Pone de relieve la tendencia jurisprudencial a imputar responsabilidad al representante de la empresa por el hecho que se atribuye a la persona jurídica, sin comprobar siquiera si conoce la comisión del ilícito, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 184.

el sujeto y la sociedad cuanto a la relación material fáctica entre ese sujeto y el bien jurídico protegido. Para ello es necesario indagar en torno a la fundamentación de la categoría de los delitos especiales, puesto que la elección del legislador cuando configura determinadas infracciones como delitos especiales no es meramente discrecional sino que se justifica por la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido y de los intereses subyacentes a la regulación legal, ya que se ha acotado el círculo de posibles sujetos activos "en atención, no a la cualidad de la persona o, al menos, no en primer término, sino que normalmente sólo esas personas tienen a su alcance el bien jurídico protegido y sólo ellas pueden por tanto protegerlo o agredirlo"<sup>75</sup>. El legislador describe en estos casos como autores idóneos del delito especial a "sujetos que desde posiciones o status diferentes están, sin embargo, en idéntica relación material con el bien jurídico"<sup>76</sup>. En efecto, el bien jurídico protegido en los delitos especiales "se encuentra con respecto a los miembros de la comunidad social en una posición diferente a la de los bienes jurídicos de los tipos de los delitos comunes... (estos bienes jurídicos) no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, "cerradas" estructuras sociales. Estas estructuras sociales... son "cerradas" porque están generalmente al servicio de la realización de funciones sociales muy específicas y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, los bienes jurídicos integrados en tales estructuras se encuentran involucrados permanentemente en el ejercicio de la función. De manera que este ejercicio está permanentemente afectando al bien jurídico implicado en la función. Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado. Un ejercicio incorrecto de la función, es decir, desviado de los fines a los que sirve, dará lugar a la frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, con ello, a la lesión o peligro de éste. Dando un paso más en este análisis se llega a detectar que la competencia para el ejercicio de estas funciones específicas en el que se hallan involucrados determinados bienes jurídicos está atribuida sólo a determinadas clases de sujetos, de modo que, en principio, no cualquier miembro de la comunidad social puede participar en aquel ejercicio". De esta forma, el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica "en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denomino relación de dominio social"<sup>77</sup>. La relación de dominio social constituye, además del fundamento material de los elementos de la autoría en los delitos especiales, el fundamento material de las posiciones de garante, de forma tal que los delitos especiales de dominio social son, asimismo, delitos especiales de garante.

De lo dicho se deriva que lo decisivo para el delito especial no es el *status* formal con el que el legislador describe al sujeto activo del delito, sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función. Por tanto, para delimitar

---

<sup>75</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 127.

<sup>76</sup> GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", *AP* 1993 I, p. 27.

<sup>77</sup> GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos", *cit.*, p. 229.

quiénes pueden ser incluidos en la expresión "administrador de hecho" hemos de acoger una fundamentación material orientada en la línea de la teoría del dominio social, en atención a la cual se ha de exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de derecho. Esta identidad existe cuando el sujeto ejerce de hecho las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad, con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros, puesto que éstas son las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho. Las consecuencias que de esta posición se derivan se podrán observar claramente a la hora de concretar quiénes pueden ser considerados administradores de hecho en el art. 31 CP.

### II.2.3. Las actuaciones en nombre de otro

La cláusula que regula las actuaciones en nombre de otro pretende garantizar la imputación penal de quien, sin ostentar las calificaciones especiales de autor establecidas en el tipo delictivo, lleva a cabo la conducta que lesiona o pone en peligro el bien jurídico penalmente protegido en lugar de la persona física o jurídica de esa manera cualificada<sup>78</sup>. El ámbito de la responsabilidad del actuante en nombre de otro queda constituido por aquellos elementos especiales de la autoría que describen una relación de dominio sobre la causa del resultado (sea de lesión que de peligro concreto) igual a la del sujeto cualificado<sup>79</sup>. El fundamento de la responsabilidad del actuante en lugar de otro se encuentra, como he adelantado, en el abuso por éste de la función de dominio personalmente adquirida y asumida. Y es que la integración de otros sujetos distintos del formalmente idóneo en el círculo de autores de los delitos especiales sólo se justifica teniendo presente que la conducta de aquéllos, a diferencia de la de otros *extranei*, es materialmente idéntica a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo<sup>80</sup>.

La expresión "administrador de derecho" encierra un término normativo jurídico ya valorado que debe ser interpretado a la luz de la legislación mercantil<sup>81</sup>. La configuración de los

<sup>78</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *ADPCP* 1988, p. 542; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 42-43.

<sup>79</sup> Así SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas", cit., p. 544, quien ofrece dos posibilidades de entender esa responsabilidad penal de garante: en la forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso y en la forma del dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del bien jurídico amenazado. Este mismo autor, en lo que respecta al poder de decisión en el ámbito de los delitos de organización, propone considerar autor a quien de hecho influye sobre la actividad de la organización, sin atender a su estatus formal, de forma que la autoría se derivaría directamente del dominio sobre la organización. Cfr. SCHÜNEMANN en JÄHNKE, B./ LAUFHÜTTE, H. W./ ODESKY, W. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11. Aufl. 1996, § 14, Rn.20-21. Critica esta posición por considerar que acaba aproximándose a la teoría subjetiva de la jurisprudencia, y que no se fundamenta en características particulares de una categoría de delitos, entre otras razones, ROTSCH, T., *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 134-135.

<sup>80</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos", cit., marg.229. En el mismo sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de la Parte General de un nuevo Código Penal de 1990. Algunas observaciones", *La Ley* 1992-2, p. 1030.

<sup>81</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte*

órganos de administración presenta variantes según el tipo de entidad de que se trate. Ahora bien, más interesante que ofrecer una breve descripción de la configuración del órgano de administración en cada tipo social, necesariamente esquemática e insuficiente, me parece que es remitir el tema del administrador de derecho a la legislación mercantil, donde viene adecuadamente precisado. Nuestra atención se centrará así en el concepto de administrador de hecho y en los casos que pueden suscitar dudas.

La inclusión de los administradores de hecho en el círculo de sujetos activos permite aplicar el art. 31 CP a sujetos en los que falta la cualidad de administrador de derecho pese a que ejercen funciones como tales. En la actualidad se pueden distinguir dos diferentes interpretaciones del concepto que nos ocupa: una normativo-jurídica de inspiración mercantil, que considera, al igual que hace un sector de la doctrina mercantil, que existe administrador de hecho únicamente cuando se puede hablar de un nombramiento válido al que falta la inscripción o está caducado, o cuando concurren vicios que pueden provocar la anulación del nombramiento; y otra fáctica, que sostiene que tanto en esos supuestos como en el caso de ausencia de nombramiento formal debe ponerse el acento sobre la relación entre el efectivo ejercicio de funciones de administración y el bien jurídico protegido por la norma penal.

La opinión que relaciona la administración de hecho con los requisitos mínimos de legitimación en el Derecho mercantil ha sido minoritaria en Italia, siendo PEDRAZZI su máximo exponente<sup>82</sup>. A ella cabe oponer que el intérprete no puede quedar vinculado por el sentido que los términos procedentes de otras ramas del Derecho revistan en ellas, sino que ha de dilucidar cuál es, en cada caso, el que la propia Ley penal les otorga. La vocación realista del Derecho penal no debe hacerse depender de formalizaciones jurídicas extrapenales, puesto que éstas no son más que instrumentalizaciones normativas para el logro de determinados fines en la vida social.

A mi juicio, la posición que responde con mayor claridad a las exigencias de justicia material y al fin de protección de bienes jurídicos es, como he avanzado, la que pone el acento en la posición del sujeto con respecto al bien o interés tutelado. Se trata de vincular la condición de sujeto activo a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido, esto es, al "dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, que ejercen dichos sujetos"<sup>83</sup>. Opto, por tanto, por un criterio material basado en el acceso al ejercicio del dominio social y la asunción de la posición de garante en él fundamentada<sup>84</sup>.

---

*especial*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 349.

<sup>82</sup> Vid. especialmente PEDRAZZI, C., "Gestione d'impresa e responsabilità penale", *Riv. Soc.* 1962, pp. 230 ss. En España es un destacado representante de esta tendencia RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en AA.VV., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación CaixaGalicia, A Coruña, 1996, pp. 232 ss.

<sup>83</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro. II. Estudio específico del art. 15 bis CP*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 98; del mismo autor, "Instrumentos", cit., marg.232 y la bibliografía que menciona.

<sup>84</sup> Ampliamente GRACIA MARTÍN, L., *El actuar*, I, cit., pp. 354 y ss.



Efectivamente, lo que interesa en la interpretación del término "administrador de hecho" no es la perfección de la relación interna entre el sujeto y la sociedad, sino la relación externa del agente con el bien jurídico, "es decir, cuál es la posición de un sujeto que ha entrado en una esfera de dominio respecto de los bienes jurídicos protegidos en dicha esfera"<sup>85</sup>. En ocasiones es posible que un sujeto que carece formalmente de la cualificación de derecho "realice la acción típica y produzca la lesión o peligro del bien jurídico de un modo *equivalente* desde el punto de vista valorativo, es decir, desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto, a su realización por el sujeto idóneo"<sup>86</sup>, esto es, quien goza de la cualidad de derecho. La expresa mención legal de los administradores de hecho permite la integración formal de dichos comportamientos en los tipos correspondientes sobre la base de un fundamento material. De esta forma se desvincula el título de las funciones, atribuyendo al ejercicio de éstas una serie de obligaciones de cuya inobservancia puede derivarse responsabilidad penal. El centro de gravedad recae en la relación material, efectiva y real del sujeto con el bien jurídico penalmente protegido por el tipo respecto del cual ha asumido el dominio social y la posición de garante.

Ahora bien, para la existencia de un administrador de hecho deberá existir un mínimo formal, reconducible por lo menos a la tolerancia de su actuación como tal por la entidad respecto de la cual deba considerársele órgano fáctico, esto es, un reconocimiento de hecho o tácito<sup>87</sup>, complementado por el dato de que el sujeto actúa como administrador frente a terceros. No cabe objetar que un criterio material y fáctico como éste podría poner en peligro la seguridad jurídica, como ocurriría si sirviera para atribuir una cualidad formal a un sujeto que carece de ella. En el art. 31 CP la dicción legal reconoce la facticidad, de forma que una solución como la indicada es conforme de *lege lata* con los límites de la interpretación, sin suponer una vulneración del principio de legalidad en contra del reo. El Código penal de 1995 ha utilizado expresamente un criterio material que atiende a las verdaderas relaciones fácticas entre el sujeto activo y el bien jurídico penalmente protegido, esto es, a la función real que dicho sujeto desempeña y a su acceso a la relación típica con el bien jurídico penalmente protegido, con independencia de que mantenga o no un determinado vínculo jurídico-formal con la sociedad. Desde la teoría del dominio social que aquí se adopta basta con admitir que administrador de hecho es quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico penalmente protegido de forma equivalente a como lo hace un administrador de derecho, lo que hace necesario exigir el reconocimiento por lo menos tácito de la sociedad y la actuación frente a terceros.

En aplicación de estos criterios es posible resolver el problema de si el llamado "administrador oculto" puede considerarse como administrador de hecho a efectos del art. 31 CP. Los motivos que me han inducido a subrayar el aspecto funcional obligan a excluir del concepto de administrador de hecho a quienes, teniendo el control de la sociedad, lo ejercen a

---

<sup>85</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar, II*, cit., p. 161.

<sup>86</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 21.

<sup>87</sup> Esta es la posición adoptada en Italia y Alemania por la jurisprudencia y la doctrina. Vid. las referencias en FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 148, nota núm.370. A favor se ha manifestado ROSAL BLASCO, B. del, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 64.

través de hombres de paja nombrados regularmente, evitando revelarse ante terceros<sup>88</sup>. En este caso parece más correcto hablar de empresario oculto, que gobierna la sociedad utilizando fiduciarios o testaferros regularmente nombrados como administradores de derecho. Tal empresario no responde como administrador puesto que falta la exteriorización de las funciones; su conducta deberá encuadrarse en la participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el delito cometido por el administrador de derecho. No es posible atribuir la cualidad de sujeto activo de un delito especial a quien, conforme a las normas extrapenales que sirven de presupuesto al tipo delictivo, no tiene ni directa ni indirectamente obligación jurídica alguna<sup>89</sup>.

Ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la equiparación sin más especificaciones entre el administrador de hecho y el de derecho no es factible "cuando el ilícito penal lleva inherente el cumplimiento o incumplimiento de un acto que entra exclusivamente en la competencia de quienes, frente a la sociedad y a terceros, tienen una determinada posición jurídica (redacción de balances, denuncias, etc.)"<sup>90</sup>. Ante esta constatación ha propuesto GARCÍA CAVERO distinguir la posición del administrador de hecho en los delitos de dominio

<sup>88</sup> Así, cfr. AREÁN LALÍN, M., "Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios", en AA.VV., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, cit., pp. 28-29. Puede entenderse que llega también a esta conclusión CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 238, puesto que exige como requisito ineludible "la presencia de una mínima apariencia formal de que se es administrador de la sociedad, suficiente para ser tomado como tal por los terceros", citando a MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996, pp. 251-252. En contra, vid. por todos BAJO FERNÁNDEZ, M., "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en AA.VV., *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, cit., p. 36; FERRÉ OLIVÉ, J. C., "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista Penal* núm.1, julio 1997, p. 24, que alude a razones de justicia material para incluirlo, ya que entiende que "su peligro potencial para los bienes jurídicos es mucho mayor por la situación de impunidad en la que se quiere colocar, intentando eludir de forma directa sus responsabilidades". Frente a esta afirmación cabe señalar, en primer lugar, que no se explica por qué existe mayor peligro cuando estamos ante el empresario oculto que ante el administrador de derecho, y en segundo lugar que no tiene por qué quedar impune, pues puede ser sancionado como partícipe. También parece que GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal", en AA.VV., *El nuevo Código penal. Delitos Societarios e Insolvencias Punibles*, Banco Central Hispano, Madrid, 1996, pp. 144-145, entiende que cabe considerar administrador de hecho a quienes "ni siquiera actúan formalmente en nombre y representación de la misma (de la sociedad), aunque la administran fácticamente", si bien posteriormente (pp. 145-146) aconseja concretar el significado preciso del concepto de administrador de hecho atendiendo a cada delito concreto. Este autor llega a considerar administrador de hecho de la sociedad dominada al administrador de derecho de la sociedad dominante cuando se trata de un grupo de empresas. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid, 2001, p. 104. A continuación advierte que el administrador de hecho sólo puede realizar las conductas que "pertenecen al ámbito de actuación exclusiva de los administradores de derecho en el ejercicio de sus funciones", por lo que "en consecuencia, más que hacer un catálogo de administradores de hecho, o buscar un concepto único, hay que deducir su contenido concreto de cada una de las conductas descritas en los delitos o tipos penales". Efectivamente, no puede atribuirse la cualidad de administrador de hecho al administrador o empresario oculto cuando se trata de tomar decisiones que sólo pueden ser adoptadas por quienes ocupan una determinada posición jurídica. Cfr. en este sentido MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., pp. 86-87.

<sup>89</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 88.

y en los delitos de infracción de deber, apoyándose en la obra de JAKOBS.

Los delitos de dominio pueden ser comunes o especiales. En caso de que el delito de dominio esté configurado típicamente como un delito especial, puede darse el caso de que el *status* requerido por el tipo lo tenga la empresa y no el administrador. "Estos casos se solucionan con las reglas del "actuar en lugar de otro" que corrigen el mencionado desajuste existente entre la realidad material en la que se producen tales hechos y la redacción formal de los tipos". Pero también puede ocurrir "que el tipo penal requiera expresamente que el sujeto activo del delito sea el administrador de la empresa"<sup>91</sup>, como ocurre en los delitos societarios. "En estos casos no habrá problema alguno de imputación, pues el administrador de la empresa, en cuanto tal y habiendo tenido el dominio del hecho delictivo, responderá como autor... En los delitos de dominio el administrador responde en el marco de su esfera personal de organización... Cuando el delito de dominio está estructurado típicamente como un delito especial... es necesario comprobar la *posición especial* o particularizada que fundamenta el delito especial o el *equivalente normativo* de ésta (la asunción con dominio de ámbitos de organización que pertenecen a esferas de terceros)". Por su parte, los delitos de infracción de un deber "establecen deberes específicos a los que ostentan determinados roles especiales... Para el caso del administrador de la empresa, los delitos de infracción de un deber exigen expresamente, como requisito para poder ser autor del hecho punible, el *status* de administrador. No obstante, en este ámbito la calidad de administrador y el contenido de los deberes específicos se determinan con independencia de quién efectivamente desempeña las funciones de administración al interior de la empresa. Las consideraciones fácticas tienen aquí relevancia sólo como posibilidad de cumplir con el deber específico"<sup>92</sup>. En estos supuestos la responsabilidad penal se fundamenta en la infracción de un deber de carácter institucional. "La determinación de quién es el destinatario de la norma y cuál es el contenido del deber específico se tendrá que llevar a cabo mediante la interpretación del tipo penal concreto en referencia con el contexto normativo extrapenal"<sup>93</sup>. Después de efectuar esta distinción entre los delitos de dominio y de infracción de deber GARCÍA CAVERO procede a analizar los distintos supuestos que pueden incluirse dentro de la figura del administrador de hecho, empezando por los casos de nombramiento formalmente ineficaz de administrador, que no considera problemáticos<sup>94</sup>. Ahora bien, distinta es la situación en los casos de administrador no nombrado. "En el supuesto de un administrador no nombrado, una persona asume fácticamente las funciones de administrador sin que formalmente esté reconocido como tal y sin que exista, cuando menos, un acto de nombramiento incluso ineficaz. Si no existe un nombramiento como causa jurídica de la posición de órgano de la empresa, se plantea entonces la cuestión de cómo imputar la responsabilidad penal a aquella persona que ha asumido materialmente las funciones de administración, pero que formalmente no tiene vinculación con la empresa"<sup>95</sup>. GARCÍA CAVERO alude a los principios desarrollados por la jurisprudencia alemana para responder a esta cuestión, que coinciden con dos de los que he

---

<sup>90</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios*, Akal/ Iure, Madrid, 1987, p. 60.

<sup>91</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 102.

<sup>92</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 105-106.

<sup>93</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., p. 106.

<sup>94</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 112 ss, donde alude al administrador de una sociedad no inscrita, a la no inscripción del nombramiento del administrador, a la ineficacia civil del nombramiento y al administrador de una sociedad nula.

utilizado en la exposición de mi tesis sobre el administrador de hecho: asunción de hecho de la actividad de administrador y consentimiento de los socios (de la sociedad)<sup>96</sup>. Por tanto, "el administrador de hecho, en caso de desempeñar plenamente la posición de administrador de la empresa, responde en los delitos de dominio como un administrador de derecho. No interesa, pues, si el administrador está nombrado ineficazmente o actúa sin nombramiento. Sólo es necesario que cuente con el consentimiento o tolerancia de los socios. La razón para esta plena equiparación es que, en los delitos de dominio, el principio que fundamenta la responsabilidad es la libertad de organización, la cual se verifica en estos casos. El autor asume voluntariamente *todas* las competencias de administración y, por ello, responde penalmente por los defectos en la organización de dicha esfera"<sup>97</sup>. Por su parte, "la responsabilidad penal del administrador de hecho que ha asumido sólo determinadas competencias de administración, pero que se mantiene alejado de otras funciones de administración desempeñadas por otros miembros de la empresa (de derecho o de hecho) o no asumidas por nadie, se limita solamente a la organización de las competencias asumidas"<sup>98</sup>. Ahora bien, en los delitos de infracción de un deber es necesario analizar en concreto el delito de que se trate para determinar en cada caso la extensión que se puede dar al concepto de administrador de hecho<sup>99</sup>.

Tras establecer estas premisas GARCÍA CAVERO procede a analizar el administrador de hecho en el marco del actuar en lugar de otro distinguiendo según se trate de delitos de dominio o de infracción de deber. En los primeros entiende que el administrador de hecho que asume de cara al exterior funciones de administración puede responder penalmente en la misma medida que un administrador de derecho<sup>100</sup>. Respecto de la apariencia como requisito de la asunción, puntualiza que en los casos de dominio de un *extraneus* sobre el administrador de derecho mediante la coacción o el error se debe admitir que el *extraneus* sea considerado administrador de hecho porque ese dominio sobre el sujeto cualificado supone también el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. En los segundos, propone distinguir en cada caso la naturaleza extrapenal del deber correspondiente, pues según los casos permite fundamentar una traslación de tal deber o no. La traslación al administrador de hecho es posible cuando la configuración extrapenal del deber considera la asunción de hecho criterio suficiente, o cuando no existe configuración extrapenal alguna, mientras que si el deber se configura de forma tal que la simple asunción no fundamenta la traslación de deberes específicos el administrador de hecho no puede responder por la infracción del deber<sup>101</sup>.

Pues bien, en mi opinión el punto de partida de GARCÍA CAVERO es correcto. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber es sumamente importante, pese a que todavía no ha recibido toda la atención que merece por parte de la doctrina. Pero cabe

<sup>95</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., p. 116.

<sup>96</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 116 ss.

<sup>97</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 148-149.

<sup>98</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., p. 154.

<sup>99</sup> GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 155 ss.

<sup>100</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 174 ss.

<sup>101</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 178 ss.

discutir la clasificación de los delitos que realiza atendiendo a este criterio. Por lo demás, creo que lleva a conclusiones satisfactorias prescindir del requisito de la apariencia, esto es, de la actuación frente a terceros asumiendo funciones de administración, para poder ser considerado administrador de hecho en el art. 31 CP en los supuestos de empleo de coacción o error por un *extraneus* sobre el *intraneus*. Ello permite castigar como autor mediato de los delitos especiales propios al hombre de atrás no cualificado vía art. 31 CP.

La desaparición del término "directivo" de la persona jurídica provoca en apariencia una restricción de las posibilidades de aplicación del art. 31 CP, puesto que el ámbito que abarcaba dicho término no coincide con el propio del administrador de hecho o de derecho. Debemos distinguir las figuras del administrador o consejero y del gerente, director-gerente o director general. Los estatutos sociales usan de forma confusa estos términos, lo que da lugar a que en ocasiones se les deba considerar como administrador y otras como apoderado. La facultad de delegar permite crear nuevos cargos a los que se dote de determinadas competencias, nombrando las personas que los desempeñen, para ejercitar así en una forma orgánica distinta la función que corresponde al órgano de administración, siendo la inscripción constitutiva si la delegación es permanente. El delegado es en este caso, sin duda, un administrador de derecho. En ocasiones los estatutos sociales<sup>102</sup> colocan al lado del órgano de administración un órgano unipersonal que, con la denominación de director gerente o director general, comparte con aquél las funciones administrativas, delimitando al efecto las respectivas esferas de competencia de un órgano y otro. La legislación mercantil distingue claramente entre el director general y los administradores, pues el primero "desarrolla en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo" (arts. 95 LMV y 40 a) LOSSP), estando ligado a la sociedad no por una relación orgánica sino laboral, si bien del más alto nivel. El director es un apoderado general que puede ser considerado administrador de hecho cuando tenga acceso al dominio social sobre la vulnerabilidad del bien jurídico tutelado.

Señala ROSAL BLASCO<sup>103</sup> que "la asimilación de los apoderados a los administradores de la sociedad, aunque fuera a los administradores *de hecho*, sería forzar el sentido del concepto de administrador más allá de lo que permiten las exigencias dimanantes del principio de legalidad, dado que su posición no cumple con los requisitos mínimos y elementales para poder atribuir a sus funciones las propias de un administrador (aunque sea de hecho)". Frente a esta afirmación, considero preferible determinar caso por caso si efectivamente el apoderado general ha asumido funciones de administración que le dan acceso al dominio social, lo que permitiría su calificación como administrador de hecho, o no.

---

<sup>102</sup> La LSA sólo hace una escueta referencia a esta figura al indicar que "los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales" (art. 104. 2 LSA). Vid. también el art. 283 C.Co., que lo equipara al factor.

<sup>103</sup> ROSAL BLASCO, B. del, *Los delitos societarios*, cit., p. 66, que rectifica la posición que mantenía anteriormente, favorable a la inclusión de los apoderados en el concepto de administrador de hecho, en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, I*, cit., p. 1416. En este sentido se manifiestan también, entre otros, AREÁN LALÍN, M., "Conceptos mercantiles", cit., pp. 27-28; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, Civitas, Madrid, 1996, p. 47; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Delitos contra los derechos", cit., pp. 231-233; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 60.

Cuando no esté previsto otro órgano de administración, es evidente que el director o gerente tendrá la consideración de administrador único, y si hay dos serán administradores solidarios o mancomunados, según establezcan los propios estatutos. En este supuesto, la denominación de gerente no supone más que el empleo de un término económico para designar un cargo jurídico como es el de administrador<sup>104</sup>. En estos casos en que el director gerente o director general reúna la doble condición de director y administrador podrá ser considerado sujeto activo de los delitos especiales vía art. 31 CP.

Por lo demás, no cabe duda que la representación legal u orgánica de los administradores es compatible con apoderamientos aislados (representaciones voluntarias) que la sociedad pueda conceder a favor de cualquier persona para asuntos concretos que no sean indelegables por estar expresamente encomendados a aquéllos por la LSA o los estatutos. La redacción del art. 31 CP da pie a considerar que también los representantes que no son miembros del órgano de administración de la persona jurídica se incluyen en su ámbito de aplicación, al señalar en su último inciso "si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre". Parece que el legislador no quiso excluir del ámbito de aplicación del precepto las actuaciones de los representantes de las personas jurídicas, no obstante lo cual es exigible una mayor precisión en la redacción con el fin de evitar problemas interpretativos<sup>105</sup>.

El art. 31 CP añade a los supuestos en que se obra en representación legal o voluntaria de una persona jurídica los casos de actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro, esto es, de otra persona física. Si se entiende la actuación en nombre de otro como algo distinto y menos formal que la actuación en representación de otro, cabría integrar en el art. 31 CP los casos de actuación fáctica en lugar de otro, que vendría a significar para las personas físicas el equivalente a la administración de hecho en el ámbito de las personas jurídicas<sup>106</sup>.

Las reglas generales de autoría y participación aplicables a los delitos especiales permanecen inalteradas para las actuaciones en lugar de otro. De esta forma, el representante sólo responde en concepto de autor si ha realizado actos que fundamenten la autoría; en otro caso responde, según la conducta realizada, como partícipe. Ahora bien, la cláusula del art. 31 CP extiende el ámbito de la autoría en los delitos especiales en todas sus formas (directa, coautoría, mediata)<sup>107</sup>, lo cual provoca ciertos efectos que deben ser tenidos en cuenta. En este sentido, evidentemente nunca será posible apreciar coautoría en el representante por la ejecución del hecho junto al sujeto idóneo persona jurídica administrador, puesto que tales entes no pueden realizar ningún tipo de comportamiento penalmente relevante. No obstante, es posible la coautoría con otros *intranei*. Por otra parte, el actuante en lugar de otro puede también ser autor mediato tanto si utiliza como instrumento a un *extraneus* como si dicho instrumento es un

---

<sup>104</sup> Como advierten, entre otros, AREÁN LALÍN, M., "Conceptos mercantiles", cit., p. 28; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Delitos contra los derechos", cit., pp. 232-233.

<sup>105</sup> Cfr. en este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría", cit., p. 5.

<sup>106</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 31", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 386-387.

<sup>107</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar, II*, cit., p. 112.

*intraneus*. Otro efecto que produce la aplicación de la cláusula de actuación en nombre de otro es el de permitir la participación de *extranei* en el hecho del actuante en lugar de otro. Como hemos visto al analizar la autoría y participación en los delitos especiales en sentido estricto, sin la cláusula que se analiza el actuante en lugar de otro debería quedar impune por no ser sujeto cualificado; al no haber autor principal quedarían impunes también los *extranei* que hubieran actuado como partícipes en el hecho de aquél. Con la cláusula es posible penar al partícipe no cualificado como partícipe en el delito del ahora *intraneus*, esto es, del actuante en lugar de otro. En lo que se refiere a la participación, con GRACIA<sup>108</sup> considero que "si la cláusula de las actuaciones en lugar de otro provoca una ampliación del círculo de *intranei* de los delitos especiales, en sentido estricto y en sentido amplio, ello sucede a todos los efectos derivados de la tipicidad, y por ello también para el régimen aplicable en la participación". Me remito, pues, a lo ya señalado *supra* acerca de la participación de sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales.

### III. Autoría y participación por omisión

Hemos tenido ocasión de ver el abanico de posibilidades que se abre a la hora de calificar las conductas activas del dirigente de empresa y del subordinado. Corresponde a continuación analizar un supuesto distinto, como es la posibilidad de considerar responsable por omisión al dirigente cuando no ha ordenado la comisión de delitos pero de forma dolosa o imprudente ha infringido su deber de control y vigilancia sobre las actividades de sus subordinados o de sus iguales<sup>109</sup>. Esta responsabilidad por omisión tiene dos aspectos: por un lado, la posibilidad de imputar al dirigente en comisión por omisión la conducta delictiva realizada por el subordinado; por otro, la posibilidad de hacerle responsable de un delito o infracción administrativa de omisión pura o propia que castigue con carácter general la infracción del deber de vigilancia sobre los iguales o sobre los subordinados en el seno de la empresa. Empezaré determinando la amplitud y los límites del concepto de comisión por omisión y de la posición de garante del dirigente. Posteriormente distinguiré a la hora de imputar la responsabilidad penal al dirigente por hechos realizados por los subordinados los supuestos dolosos de los imprudentes, teniendo en cuenta que si se trata de una responsabilidad por imprudencia la figura de la comisión por omisión cobra una enorme importancia práctica. Por último, haré alusión a la figura de la infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa, estudio para el cual serán de interés las consideraciones realizadas al analizar la posición de garante del dirigente.

#### III.1. La comisión por omisión: el art. 11 CP

El art. 11 CP introduce en nuestro Ordenamiento una fórmula que debe tenerse en cuenta en la resolución del problema de la atribución de responsabilidad en estructuras jerárquicas. Este precepto alude expresamente a la infracción del deber jurídico como fundamento de la equiparación de la omisión a la causación activa del resultado, indicando que los delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo

<sup>108</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar*, II, cit., p. 118.

<sup>109</sup> Aquí no interesan los supuestos en que el dirigente ejecuta, ya que son de comisión activa y el subordinado no ocupa posición de garante alguna. Me centraré, pues, únicamente en los casos de subordinado ejecutor.

cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivale, según el sentido de la ley, a su causación. El elemento del deber jurídico específico parece convertirse en el protagonista central de la regulación, reduciendo en cierta medida la importancia de la constatación de una plena equivalencia según el sentido del texto de la ley. De esta forma la posición de garante se configura como elemento constitutivo fundamental del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión<sup>110</sup>, lo que se confirmaría al analizar el contenido de las dos letras siguientes, que aluden a la posición de garante por existencia de una específica obligación legal o contractual de actuar y por injerencia, citando, como puede observarse, las fuentes formales clásicas.

¿Cómo se debe interpretar el art. 11 CP? En su redacción se han entrecruzado dos criterios rectores, la estricta equivalencia de la omisión con la comisión activa y la infracción de un deber jurídico del autor, lo que hace precisos dos juicios: uno centrado en la infracción del deber y otro en la concreta equivalencia. A mi juicio la equivalencia debe ser el criterio rector de todo el precepto, aunque en el inciso segundo del art. 11 CP prevalezca significativamente la perspectiva del deber jurídico<sup>111</sup>, puesto que a pesar de haberse encontrado aparentemente la forma de subsumir la comisión por omisión en el tipo legal, de manera que quedara a salvo el aspecto más formal del principio de legalidad, y haberse alcanzado de la misma forma un criterio con el que dilucidar quiénes entre los omitentes son autores de un delito en comisión por omisión y quiénes son autores de un delito de omisión propia (el de la existencia de un especial deber jurídico del autor que permite imputar objetivamente a ciertas personas el resultado no evitado), el núcleo de la cuestión sigue por determinar<sup>112</sup>. El problema fundamental de la comisión por omisión se centra en la determinación de las condiciones en las que cabe decir que la no evitación del resultado es estructural y materialmente idéntica a su causación mediante una conducta activa. Un sector doctrinal considera que dicha cuestión puede resolverse acudiendo al criterio de la posición de garante, entendida según los casos de manera formal o material. Ahora bien, en este punto se ha pasado de tesis tradicionales ampliatorias del ámbito de incidencia de la comisión por omisión a tesis mucho más restrictivas en la actualidad<sup>113</sup>: hoy no es posible afirmar que la infracción de un especial deber jurídico del autor fundamenta sin más una comisión por omisión, sino que el acento se pone en la equivalencia de ésta con la causación

---

<sup>110</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., "Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)", *AP* 1994-1, marg.364. Vid. también ROMEO CASABONA, C. M., "Límites de los delitos de comisión por omisión", en GIMBERNAT ORDEIG, E. y otros (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 48, nota núm.63, quien entiende que la alusión al deber de actuar evita propiciar interpretaciones formales sobre la posición de garante.

<sup>111</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación", en AA.VV., *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte general*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 167 ss.

<sup>112</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*, cit., p. 574. Vid. también ROMEO CASABONA, C. M., "Límites", cit., pp. 38 ss.

<sup>113</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Política criminal y reforma legislativa en la <<comisión por omisión>> (El artículo 10 del PCP de 1992)", en AA.VV., *Política criminal y reforma penal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 1070.



activa del resultado<sup>114</sup>.

Con un sector doctrinal representado originalmente por GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA, aunque hoy recibe el apoyo de muchos otros autores, considerado que sólo en los casos en que la misma omisión crea, desencadena o aumenta el peligro de lesión hay comisión por omisión del delito de resultado. En los restantes casos en que la omisión se limita a la no intervención ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, dejando que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión aunque el omitente sea garante de acuerdo con alguna de las letras del art. 11 CP, sino omisión propia.

Una vez aclarado que la sola infracción de un deber legal o contractual no puede fundamentar responsabilidad en comisión por omisión, hemos de analizar la infracción de qué deberes dan lugar a este tipo de responsabilidad cuando esa infracción supone creación o aumento del peligro. A mi juicio no hay inconveniente alguno en aceptar que tanto los deberes en virtud de competencia por organización<sup>115</sup> como los deberes en virtud de competencia institucional<sup>116</sup> fundamentan la responsabilidad en comisión por omisión, lo que resulta de especial interés en el marco de la empresa, en el que muchos de los deberes de los administradores y gestores están regulados en la legislación mercantil, siendo por tanto deberes en virtud de competencia institucional.

En contra de esta posición se ha destacado SILVA SÁNCHEZ<sup>117</sup>, que afirma que la comisión por omisión no es más que una variante de la responsabilidad por organización de la propia esfera de competencia, de forma que la comisión por omisión sería un supuesto en que la defectuosa organización de la propia esfera jurídica, una vez integrado en ésta el control de riesgos determinados para bienes jurídicos de terceros, determina la realización del riesgo en el resultado. La comisión por omisión sería una cuestión organizativa, dinámica, que no podría asociarse a instituciones ni a vínculos estáticos, sino al modo en que se van configurando determinadas situaciones y relaciones intersubjetivas, lo que le lleva a negar que los deberes en virtud de competencia institucional tengan algo que ver con la comisión por omisión. En relación con esta toma de posición, y de forma coherente con el especial énfasis que pone en la voluntariedad de organización de la esfera de competencia para que de ella se deriven deberes que puedan fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión, SILVA descarta que la Ley, y con frecuencia el contrato, puedan erigirse como criterios de equivalencia con

---

<sup>114</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La teoría", cit., pp. 168-169. No entraré en la cuestión acerca de los supuestos en que, pese a no constatarse la vulneración de un deber legal, contractual o derivado de injerencia, es posible construir la plena equivalencia, como son los casos de asunción fáctica en los que quepa advertir la aparición de un deber jurídico-material.

<sup>115</sup> Esto es, aquellos que surgen como consecuencia de la organización que cada uno hace de su propia esfera de competencia con exclusión de terceros. Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, apartado 29, nm.29, 57 y 58.

<sup>116</sup> Que son aquellos que afectan únicamente a determinadas personas que ostentan un status especial, respecto de los cuales no existe alternativa de organización. Cfr. JAKOBS, G., op. et loc. cit.

<sup>117</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal*, cit., p. 57, nota núm.141; del mismo autor, "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Artículos 1 a 18*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 475-476, nota núm.85.

independencia de la efectiva asunción de funciones, puesto que "la ostentación de un determinado rol profesional cuyas funciones se hallan legal o contractualmente determinadas de modo genérico y estático conllevaría una imputación de control de cuantos riesgos se susciten en relación con esa profesión en situaciones determinadas"<sup>118</sup>. Frente a esta posición se ha de poner de relieve que una vez que partimos de que la mera infracción de ley o contrato no fundamenta la responsabilidad en comisión por omisión no hay obstáculo para considerar los deberes en virtud de competencia institucional como deberes que dan lugar a la comisión por omisión, pues también respecto a ellos es posible efectuar el juicio acerca de la equivalencia estructural de la omisión con la causación activa del resultado. Además, si se asume un concepto amplio de voluntariedad interesa menos el título en cuya virtud se asume el compromiso de contención del peligro para el bien jurídico que el hecho de su efectiva asunción, pues partimos de que en el ámbito empresarial a nadie se le obliga a asumir el *status* que desempeña, sino que lo ha aceptado libremente, con lo que no cabe sino concluir que también han sido incorporados libremente a su esfera de organización los deberes propios del cargo, y entre ellos el deber de evitar el resultado descrito en el tipo.

En aplicación de esta tesis es posible imputar al dirigente en comisión por omisión la conducta delictiva ejecutada por el subordinado en el caso de los procesos de riesgo generados directamente por la propia actuación del dirigente (competencia en virtud de organización); en particular cuando ejerce una competencia específica que excluye la intervención de terceros debe velar para que su actuación no suponga un peligro, sobre todo si éste es previsible<sup>119</sup>. También es posible realizar esa imputación en caso de procesos de riesgo derivados de objetos, procedimientos o personas que carecen de un margen de autonomía relevante en el seno de la empresa, y que se encuadran en la esfera organizativa del dirigente<sup>120</sup>. En lo que se refiere a los deberes en virtud de competencia institucional se ha de atender, en primer lugar, a la concreción del contenido del deber de garantía del dirigente en la legislación extrapenal<sup>121</sup>. La obligación jurídico-penal de impedir a los subordinados la comisión de delitos deriva de las obligaciones de control y vigilancia impuestas por la legislación mercantil a los miembros del órgano de administración, sin que ello suponga la identificación automática entre las obligaciones de

---

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Artículo 11", cit., p. 476.

<sup>119</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 206. Vid. FRISCH, W., "Problemas", cit., pp. 113 ss.

<sup>120</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 206.

<sup>121</sup> A este respecto las leyes mercantiles establecen que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" (art. 127.1 LSA), tienen el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 127.2 LSA), y "responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con que deben desempeña el cargo" (art. 133.1 LSA). BATISTA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> P., "La responsabilidad penal de los órganos de la empresa", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 89-90, se remite ya a los arts. 1902 ss C.c., que establecen "una responsabilidad proveniente de la organización de las actividades de los sujetos de derecho y de su repercusión en el mundo externo. Pese a la diversidad de estos deberes se puede establecer que su mínimo común denominador consiste en la imposición al dueño o titular de todas las medidas de cuidado para evitar que el peligro supere el riesgo permitido. Vid. arts. 1906, 1907 y 1908.1º, 3º y 4º, o la prohibición del riesgo en sí mismo (art. 1910 y núm.2 art. 1908)".

control y vigilancia y la obligación de impedir, pues habrá de comprobarse que el proceso causal lesivo que el dirigente debía impedir aparecía indisolublemente unido a la explotación de la actividad empresarial<sup>122</sup>, así como determinar si el dirigente adoptó o no medidas de control y vigilancia suficientes para excluir su responsabilidad<sup>123</sup>. Este último aspecto resulta especialmente arduo de precisar cuando el dirigente ha delegado la propia función de vigilancia, siendo objeto de discusión en la doctrina la medida en que el delegante queda liberado de los deberes o competencias que ha delegado.

A este respecto se señala mayoritariamente que si la delegación se realiza a favor de quien carece de capacidad para asumir la actividad objeto de la delegación el delegante conserva un deber de vigilancia o supervisión sobre el delegado, de contenido variable según los casos, que le obliga a comprobar periódicamente el grado de cumplimiento por el delegado de los deberes que le han sido asignados, y en caso de que no sea satisfactorio a corregirlo o a sustituirlo<sup>124</sup>. En esta cuestión podría ser interesante introducir en el Derecho español una regulación semejante a la contenida en el art. 13 del *Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, según el cual la delegación no excluye "la responsabilidad general de control, supervisión y selección del personal, y no incluye materias propias del director de la empresa como la organización general del trabajo en la misma", especificando que sólo puede hacerse valer como defensa "si es parcial, precisa, específica, corresponde a la estructura necesaria para la organización de la empresa y la persona en quien se delega está realmente en posición de desempeñar la función en él delegada"<sup>125</sup>. Esta regulación ha sido recibida con satisfacción por numerosos autores que entienden que, a pesar de la controversia doctrinal que suscita, al ser una "regulación expresa y limitada a un sector específico de este tipo de omisión impropia, complementada en el ámbito de los funcionarios y del gobierno, resulta necesaria y susceptible de consenso en Europa. La regulación legal, al menos en sus exigencias básicas, resulta esencial e irrenunciable mientras se soluciona la creación de figuras de omisión impropia, en general o en la Parte Especial, o la descripción del principio de dominio en la Parte General y/o se introduzca la responsabilidad imprudente, pese a las objeciones dogmáticas"<sup>126</sup>. Esta cuestión se relaciona con el principio de confianza como límite a la posición de garante en la dogmática del delito omisivo y al deber de cuidado en la del

---

<sup>122</sup> El deber de impedir no puede restringirse a los procesos que son prototípicamente peligrosos. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 207-208. Sobre la lesión del deber de garantía como fundamento de la autoría de los miembros del órgano de administración, con independencia de que también el ejecutor directo sea penalmente responsable o no, vid. ampliamente RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 46 ss.

<sup>123</sup> Cuestión difícil en vista de la amplia variedad de casos que son imaginables. Vid. sobre este aspecto FRISCH, W., "Problemas", cit., pp. 116 ss.

<sup>124</sup> Cfr. FRISCH, W., "Problemas", cit., p. 121. Sobre las limitaciones del principio de confianza en supuestos de división vertical del trabajo, vid. ampliamente FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas", *RDPyCrim* 2ª época, núm.1 extraord., 2000, pp. 114 ss.

<sup>125</sup> Sobre esta regulación vid. no obstante el crítico comentario de NEUMANN, U., "Das Corpus Juris im Streit um ein europäisches Strafrecht", en HUBER, B. (Hrsg.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Iuscrim, Freiburg i. Br., 2000, p. 78, para quien la confusión entre la responsabilidad civil y la penal supone a largo plazo una amenaza para la sustancia ético-social del juicio penal de culpabilidad, pudiendo de esta forma lesionar la función preventiva del Derecho penal.

delito imprudente, esto es, con una visión de los otros como individuos responsables de sus propias acciones y racionales con una motivación respetuosa con el Derecho, lo que lleva a que "el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas"<sup>127</sup>. Volveré sobre este aspecto más adelante.

La tesis aquí desarrollada está muy próxima a la propuesta de SCHÜNEMANN<sup>128</sup> en torno al dominio del garante sobre la causa del resultado en el ámbito de la delincuencia empresarial.

A través de esta teoría se consigue, según este autor, una restricción significativa de las situaciones de garante derivadas del pensamiento de la injerencia a supuestos en que pueda acreditarse un auténtico dominio por parte del órgano directivo de la empresa. En concreto, el dominio a que se hace referencia puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material), o bien proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la escala jerárquica de la empresa (dominio material). En el primer caso, la especial posición de garantía surge exclusivamente en relación con un ámbito específico de competencia que delimita la esfera de responsabilidad del directivo, y fuera del cual se extingue el dominio material, permaneciendo todavía en todo caso un dominio personal con base en el derecho de dirección remanente<sup>129</sup>. En el segundo caso, la responsabilidad del dirigente se basa no sólo en el poder legal de mando que ostenta, sino también en el mayor fondo de información que posee frente al conocimiento fragmentario del subordinado. La estructura de ambas formas de dominio es diferente y complementaria: el dominio material es "permanente ante el exceso", en el sentido de que una pérdida de custodia del objeto debida a una infracción del deber de cuidado no exime de responsabilidad por las consecuencias que se deriven de esa pérdida, pero no es "permanente ante la descentralización", en el sentido de que el simple hecho de ocupar una posición superior en la jerarquía de la empresa no da lugar a una responsabilidad en comisión por omisión si no existe un dominio inmediato sobre la cosa, basado en una relación específica de custodia; el dominio personal no es permanente ante el exceso, porque los hechos cometidos por los subordinados en provecho propio, y no de la empresa, quedan *ab initio* al margen de la esfera de competencia del dirigente, pero sí es permanente ante la descentralización, porque en los niveles más altos de la estructura jerárquica de la empresa confluyen el poder legal de mando y todos los canales de información de la empresa, de forma que en dichos niveles concurre por definición la forma más intensa de dominio<sup>130</sup>.

En cualquier caso, también de esta idea de dominio se desprende que es exigible algo

---

<sup>126</sup> TIEDEMANN, K., "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo", *Revista Penal* núm.3, enero 1999, p. 84, quien más adelante propone que "la omisión impropia... debería ser punible sólo cuando existe una regulación legal expresa".

<sup>127</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "El principio de confianza", cit., p. 103.

<sup>128</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas", cit., pp. 540-541. Vid. el detallado resumen que hace del pensamiento de este autor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 201 ss.

<sup>129</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas", cit., p. 537.

<sup>130</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., "Cuestiones básicas", cit., pp. 539-541.

más que una genérica posición de garantía del dirigente con respecto a los delitos que puedan ejecutar los subordinados u otros dirigentes en el seno de la actividad empresarial. La mera ostentación formal de la condición de empresario, administrador o directivo no es suficiente para imputarle el delito cometido por el subordinado en comisión por omisión. "Antes al contrario, el fundamento de la imputación de la responsabilidad a los directivos proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica), al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer, así, una propia esfera de dominio sobre la organización interna de esa parcela de actividad. Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial"<sup>131</sup>. A este criterio general del dominio se ha de añadir, como anunciaba hace unas líneas, un segundo criterio rector constituido por la estrecha conexión que ha de existir entre el hecho delictivo y el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización, en la línea apuntada por JAKOBS cuando en los delitos omisivos hace residir el fundamento de la responsabilidad en las competencias de organización y en las competencias institucionales.

Por lo demás, la comisión por omisión encuentra su mejor acogida en los delitos llamados "puros de resultado", es decir, en aquellos en que "el tipo de delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer"<sup>132</sup>. Con respecto a los delitos de peligro abstracto, sólo si se considera el "peligro de lesión" para el bien jurídico protegido como resultado estructural del delito, un suceso que puede distinguirse al menos lógicamente de la acción misma, no hay inconveniente en admitir respecto de ellos la comisión por omisión. Se produce, pues, una restricción del ámbito de aplicación a los delitos de resultado material de peligro o de lesión, excluyéndose los de mera actividad, lo que se confirma al establecerse los términos de la equivalencia entre una causación y una no evitación, ya que, como señala SILVA<sup>133</sup>, causación, en principio, sólo existe en los delitos de resultado de lesión o de peligro. Igualmente plantea numerosos problemas la posibilidad de comisión por omisión en los delitos de resultado con modalidades determinadas de acción, tantos que la doctrina mayoritaria la rechaza, pero esta cuestión debe resolverse para cada tipo delictivo por separado.

En lo que se refiere a la punición en comisión por omisión de los delitos imprudentes, ésta se rige por las mismas normas que la comisión por omisión de los delitos dolosos<sup>134</sup>. Por tanto, no es suficiente la posición de garante sino que también es exigible la equivalencia estructural con la causación activa del resultado. Teniendo en cuenta que el delito imprudente se caracteriza por la causación de un resultado que es consecuencia de la creación o el aumento de un peligro no permitido a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado, la omisión

<sup>131</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 205.

<sup>132</sup> El art. 11 CP reduce el ámbito de la comisión por omisión a los delitos o faltas "que consistan en la producción de un resultado".

<sup>133</sup> En este sentido, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Teoría", cit. pp. 169-170.

<sup>134</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., p. 110; de la misma autor, "La impunidad", cit., p. 165.

imprudente debe suponer la creación de un riesgo no permitido o bien la transformación de un riesgo originalmente permitido en otro no permitido por ausencia de las medidas de precaución exigibles, riesgo que desemboca en la producción del resultado típico<sup>135</sup>. Por lo que a nosotros interesa, el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido en los delitos imprudentes de comisión por omisión viene establecido por las normas de diligencia<sup>136</sup>.

Como señala GIMBERNAT<sup>137</sup>, "como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas... apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado..., y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado" (cursivas en el original).

De esta forma, en el delito imprudente hemos de interrogarnos, en primer lugar, acerca de la existencia de un deber de contener el foco de peligro, afirmado el cual se trata de averiguar si el incumplimiento de ese deber por no aplicar la diligencia debida da lugar a que el foco de peligro se desestabilice, convirtiéndose en un riesgo no permitido que acaba causando efectivamente el resultado. En este caso podremos afirmar la existencia de un delito imprudente en comisión por omisión.

El control del foco de peligro puede tener lugar en el momento inicial, de forma que sea necesario el control para que el foco de peligro se mantenga dentro del riesgo permitido desde el primer momento, y puede ser posterior, cuando el deber de contenerlo se atribuye a personas determinadas para evitar que lo que inicialmente era un riesgo permitido se convierta en uno no permitido, sea por caso fortuito, sea por la conducta dolosa o imprudente de un tercero<sup>138</sup>. En todo cuanto se refiere a cuestiones relacionadas con el reparto de funciones y de ámbitos de responsabilidad ha de tenerse en cuenta el principio de confianza, "entendido como instituto que

---

<sup>135</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 80 ss.

<sup>136</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad", cit., p. 82.

<sup>137</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad", cit., pp. 82-83.

<sup>138</sup> Vid. ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad", cit., pp. 88 ss, donde distingue entre controles obligatorios originarios y posteriores, permanentes y periódicos, y controles facultativos, señalando que "a la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada. Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión" (pp. 94-95).

sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas", en vista de que "los garantes o los que crean riesgos para los bienes de terceras personas están amparados por el principio de confianza no sólo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o cuidado, sino también cuando confían de forma aceptable (permitida) para el Derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tienen por disposiciones legales"<sup>139</sup>.

En atención a lo expuesto se suele responder afirmativamente a la cuestión acerca de si el dirigente competente para la vigilancia del foco de peligro responde en comisión por omisión imprudente por no haber evitado el resultado lesivo producido por un subordinado como autor inmediato doloso o imprudente<sup>140</sup>. Por supuesto, para considerar punible la mencionada conducta debe estar expresamente tipificada la modalidad imprudente, requisito en el que a veces la doctrina no repara, como tampoco repara en la diferencia estructural entre un delito de omisión y resultado y un delito de omisión pura del deber de vigilancia y evitación.

### **III.2. Admisibilidad de las formas de autoría y participación por omisión**

Discute la doctrina científica el tema de si todas las formas de autoría y participación son susceptibles de realizarse mediante la omisión. El interés práctico de la cuestión es indudable en la criminalidad de empresa, por lo que conviene hacer unas precisiones.

Suscita numerosas discusiones la hipótesis de una autoría mediata por omisión. Mientras que un sector doctrinal acepta esta posibilidad<sup>141</sup>, otro la rechaza considerando que no es imaginable una instrumentalización de otro sujeto mediante la omisión, si bien aceptan la autoría mediata dolosa de comisión respecto de un autor por omisión cuando el autor mediato actúa positivamente en orden a impedir que actúe quien está obligado a hacerlo<sup>142</sup>.

Es mayoritario el sector que niega la posibilidad de la inducción por omisión<sup>143</sup>, aunque la posición que la admite no carece de argumentos. En ocasiones la omisión dota de fuerza moral al agresor, o bien desalienta indirectamente a la víctima, mostrándose en ambos casos como eficiente en la producción del delito mismo. Como señala RODRIGUEZ MOURULLO<sup>144</sup>,

<sup>139</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "El principio de confianza", cit., pp. 109, 110-111. Más adelante este autor analiza detenidamente la relación entre el fenómeno de la división del trabajo y el principio de confianza.

<sup>140</sup> Ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E., "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", *Revista Peruana de Ciencias Penales* núm.9, 1999, pp. 357 ss.

<sup>141</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Parte General*, cit., p. 408.

<sup>142</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, 1994, cit., p. 268; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Parte general*, cit., p. 451.

<sup>143</sup> En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Parte General*, cit., pp.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*, cit., pp. 534 y 590; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención", *CPC* núm.38, 1989, p. 390.

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ CÓRDOBA RODA, J.,  
39

"no puede excluirse *a priori* que una de esas omisiones que se resuelven en fuerza moral eficiente, represente el último y determinante impulso en virtud del cual el autor material se decide a actuar".

Ahora bien, la doctrina se encuentra totalmente dividida ante el tema de la participación por omisión en las modalidades de cooperación necesaria o complicidad, especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto. La delimitación entre autoría y participación en las omisiones constituye uno de los problemas más oscuros de la teoría de la participación.

En España, siguiendo la doctrina alemana, se mantienen fundamentalmente tres posiciones que de forma sintética expongo a continuación.

- Un primer sector entiende que cuando hay posición de garante no cabe distinguir entre autoría y participación, sino que en la comisión por omisión hay sólo autoría, de modo que todo el que es garante responde, si se lesiona el bien jurídico, como autor en comisión por omisión aunque el hecho haya sido cometido activamente por otro sujeto y éste también sea autor del mismo<sup>145</sup>. De esta forma, el garante omitente es siempre autor, pero puede haber una cooperación, necesaria o no, por omisión del no garante en un delito doloso comisivo<sup>146</sup>. Esta tesis implica la irrelevancia de consideraciones acerca del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión<sup>147</sup>.

- Otro sector doctrinal opina, por el contrario, que sí cabe participación por omisión del garante (generalmente cooperación omisiva puesto que, como hemos visto, se suele negar la posibilidad de inducción por omisión), pues cuando dicho garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta quien tiene el dominio del hecho necesario para la autoría mientras que el omitente garante carece de él, razón por la cual es únicamente un partícipe<sup>148</sup>. De

---

*Comentarios, I, cit.*, pp. 851-852, que sigue en este punto la opinión de VANNINI, O., *In tema di concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 7 ss, para quien hay una serie de comportamientos omisivos "que contribuyen a la producción del delito no ya en cuanto a ausencia de intervención, en cuanto a omisión de actividad positiva (de aquella actividad positiva que hubiera impedido el delito), sino en cuanto a omisión que se resuelve en fuerza moral directamente del agresor... o indirectamente... eficiente en la producción del delito mismo" (p. 23). A pesar de señalar que conceptualmente es casi inimaginable la inducción por omisión, LUZÓN PEÑA, D.-M., "Participación por omisión y omisión de impedir delitos", *La Ley* 1986-3, p. 548, nota núm.36, que en algún caso extremo sería admisible.

<sup>145</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Parte general*, cit., pp. 451-452; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*, cit., pp. 322-323.

<sup>146</sup> En este sentido, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*, cit., pp. 546 y 590 ss. Probablemente también CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 345-346.

<sup>147</sup> En contra, vid. por todos CUERZA RIEZU, "Estructura (I)", cit., p. 513, que ofrece argumentos de justicia material además de otros de índole sistemática.

<sup>148</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios, I, cit.*, pp. 892-893; HUERTA TOCILDO, S., "Omisión de los deberes de impedir y



esta forma, este sector considera que habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural con la comisión, y participación en comisión por omisión en dos situaciones: "cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice"<sup>149</sup>. Esta es la postura mayoritaria en Alemania.

- Por último, una posición intermedia sostiene que si el que omite impedir la comisión activa de un delito de resultado por otro es garante, siempre será autor del delito en comisión por omisión sin que se distinga, pues, entre autoría y participación. Coincide hasta aquí con la primera posición que apuntaba, de la que se diferencia al considerar que cabe acudir a la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor, o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, el garante omitente no puede ser considerado autor. Por tanto, el sujeto en comisión por omisión será partícipe y no autor cuando el hecho típico que no ha impedido no se pueda realizar por omisión<sup>150</sup>.

En mi opinión es preferible la tesis que admite la participación omisiva debido a que, como señalan COBO/ VIVES<sup>151</sup>, "no parece impedir la voz "acto", como sugieren algunos autores, pues tanto en el lenguaje común como en el contexto del Código el término tiene un significado amplio, comprensivo del hacer y del omitir, de la actividad psíquica y de la material".

Con respecto a la distinción entre autoría y participación en comisión por omisión entiendo que la no evitación de un delito de acción puede dar lugar a una u otra según los casos: habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural en el plano normativo y material con la comisión activa a título de autor, y participación en comisión por omisión cuando dicha identidad estructural se establece no con la realización activa de un tipo de la Parte especial, sino con el tipo del partícipe<sup>152</sup>.

Ahora bien, partiendo de la tesis que afirma la posibilidad de participación omisiva, debe cuestionarse si es correcto hacer descansar su fundamentación en la posición de garante, convertida en criterio básico de distinción entre dicha participación y la simple omisión pura. Se trata de determinar cuándo hay equivalencia entre la conducta omisiva y la activa en la participación.

---

La participación consiste en facilitar al autor la comisión del delito y, como pone de denunciar determinados delitos", *RFDUCM* núm.68, 1983, pp. 43 ss.

<sup>149</sup> CUERDA RIEZU, "Estructura (I)", cit., pp. 512-513. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Aspectos de la comisión por omisión", cit., p. 397.

<sup>150</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría*, cit., p. 608; HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 59.

<sup>151</sup> COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., *Parte General*, cit., p. .

<sup>152</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Aspectos", cit., pp. 373 (sobre la aceptación del fundamento de la equivalencia en la doctrina española) y 388 ss.

relieve DÍAZ Y GARCÍA<sup>153</sup>, "para poder hablar de participación en comisión por omisión, tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito... facilitación o eliminación de obstáculos no es lo mismo que no interposición de obstáculos, igual que, refiriéndonos a conductas de autoría, no es igual creación o aumento decisivo y determinante del riesgo que no evitación del riesgo o dejar que el riesgo siga su curso".

Siguiendo el mismo criterio utilizado a la hora de analizar la comisión por omisión, no fundamento la participación omisiva únicamente en la posición de garante, sino que se ha de comprobar que la «omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando —o contribuyendo a aumentar— en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro... puede haber circunstancias en las que la pasividad o, en cualquier caso (aunque sea realizando otra actividad), la omisión de una actividad de impedir el delito favorezca, haga más fácil, la comisión de éste por el autor, y en tal caso será algo más que omisión propia (de impedir delitos) y constituirá cooperación mediante omisión"<sup>154</sup>. Además de esta eficacia de la omisión en orden a la ejecución del hecho, deberá tenerse en cuenta al menos otros dos requisitos cuya concurrencia permitirá considerar la omisión como participación (cooperación necesaria o complicidad)<sup>155</sup>. En primer lugar, un específico deber jurídico de impedir la comisión del delito "que coloque al obligado en la posición de garante y cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad criminal por el resultado no impedido"<sup>156</sup>. En segundo lugar, la voluntad de facilitar la ejecución, ya que la participación requiere como elemento subjetivo que la voluntad del partícipe se dirija a contribuir a la realización del hecho principal, aunque no se considera necesario un acuerdo con el autor. De otra forma no sería posible hablar de participación omisiva, sino de mera inercia no constitutiva de una participación del sujeto en la comisión del delito, que le era desconocida.

### **III.3. Responsabilidad del dirigente por infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa**

Fuera ya de la cuestión de los criterios que permiten la imputación del resultado a la omisión se ha planteado en nuestra doctrina la conveniencia de crear un delito de omisión propia o pura que castigue al dirigente por la simple infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa. Esta figura no supone ni participación por omisión en el delito realizado por el subordinado y no impedido por el dirigente<sup>157</sup>, ni responsabilidad en comisión por omisión por

<sup>153</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión", *PJ* núm.24, 1991, p. 210.

<sup>154</sup> LUZÓN PEÑA, D.-M., "Participación", cit., p. 549. A esta posición se adhiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Omisión", cit., pp. 208 ss.

<sup>155</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., pp. 892-893.

<sup>156</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios, I*, cit., pp. 892-893. En el mismo sentido vid. HUERTA TOCILDO, S., "Omisión", cit., p. 249; LUZÓN PEÑA, D.-M., "Participación", cit., p. 535.

<sup>157</sup> Vid. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 169, donde destaca que en caso de participación por omisión en el delito no impedido cometido por el

ese mismo delito.

Se suele afirmar que no existe en la legislación española un precepto general que castigue la infracción del deber de vigilancia de forma semejante a como lo hace el parágrafo 130 *OWiG* en el Ordenamiento alemán, que considera contravención administrativa y castiga con multa esta clase de comportamiento. Cuando se dice esto se olvida la existencia del art. 130.3 II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP), que establece que "serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores"<sup>158</sup>. Una de estas leyes es la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, cuyo art. 40.1 establece que "serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que... consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan..."<sup>159</sup>. En ambos casos se establece responsabilidad administrativa por una omisión pura consistente en no impedir, pudiendo y debiendo hacerlo, la infracción administrativa cometida por otro. Respecto del art. 130.3 II LRJAP se ha dicho que regula la figura de un sujeto garante y que ese sujeto es un cooperador necesario en comisión por omisión<sup>160</sup>. Coincido con la primera afirmación y discrepo de la segunda. A mi juicio no se trata de la tipificación de una forma de participación que se eleva a la categoría de infracción administrativa, sino de un caso de *culpa in vigilando*, es decir, de responsabilidad imputable a una persona por su inactividad ante los actos ilícitos realizados por sus subordinados cuando existía la posibilidad y el deber de evitarlos<sup>161</sup>. Se trata de una infracción independiente consistente en una omisión pura de garante para cuya aplicación es necesario, en primer lugar, que se realice en el seno de la empresa y por parte de un trabajador o directivo una conducta constitutiva de infracción administrativa, que sea contraria a uno de los

---

subordinado ha de acreditarse una facilitación de la ejecución del hecho delictivo, abarcada por el dolo del dirigente, que no es preciso en la figura que nos ocupa. En el mismo sentido vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 210.

<sup>158</sup> Una de las pocas personas que no olvida el texto legal citado es ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases*, cit., pp. 186 ss.

<sup>159</sup> Vid. el comentario de PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 296 ss; del mismo autor, *Infracciones y sanciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, pp. 146-147. Según este autor se trata de un supuesto de responsabilidad en la infracción, es decir, de responsabilidad referida específicamente a las sanciones, y no de un mero caso de responsabilidad en la deuda tributaria en sentido estricto, a pesar de encontrarse el precepto en el capítulo relativo a los sujetos del tributo, pues su ubicación correcta hubiera sido en el capítulo de infracciones y sanciones.

<sup>160</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito*, Colex, Madrid, 2001, pp. 59 ss, citando a PALMA DEL TESO.

<sup>161</sup> En este sentido se manifiesta la doctrina tributaria sobre el art. 40.1 LGT. Por todos, LETE ACHIRICA, C., *La responsabilidad tributaria*, cit., p. 86, con amplias citas bibliográficas en la nota núm.202.

deberes que incumben al sujeto activo; en segundo lugar, ese sujeto ha de haber omitido dolosa<sup>162</sup> o imprudentemente las medidas de control necesarias para prevenir esa infracción cometida por otro. No se exige expresamente acreditar que la conducta antijurídica del trabajador o dirigente habría podido ser evitada mediante la puesta en práctica de las medidas adecuadas de control.

Los preceptos extrapenales mencionados plantean una interesante problemática que coincide, al menos parcialmente, con la del párrafo 130 *OWiG*<sup>163</sup>, pues también respecto de ellos se ha criticado la vulneración del principio de culpabilidad cuando se aplican a dirigentes que omiten el deber de vigilancia imprudentemente y, sin embargo, la infracción cometida por el subordinado exige la presencia de dolo, así como el contrasentido que supone castigar con carácter general y sin ninguna clase de restricción al dirigente que se limita a infringir imprudentemente su deber de vigilancia. A mi juicio, la omisión imprudente del deber de vigilancia en el ámbito de la empresa no tiene la suficiente entidad como para merecer la consideración de delito. Con esta posición sigo la tendencia doctrinal general que postula la despenalización de la imprudencia en los delitos de omisión pura o propia, y ello a pesar de que en pocas ocasiones es posible probar la omisión dolosa. El Derecho penal abandona su misión cuando presta su aparato coactivo a problemas o situaciones que no merecen ser tratadas jurídico-penalmente. Tal ocurriría con el supuesto que planteamos, que en caso de criminalizarse entraría a formar parte de los delitos que se pueden describir como ilícitos administrativos elevados a la condición de delito o delitos de mera desobediencia sin contenido ofensivo propio. Y en todo caso la ausencia de un precepto similar al párrafo 130 *OWiG* en el Derecho penal español no debe dar lugar a atribuir responsabilidad en comisión por omisión por comportamientos que en ocasiones son atípicos, por no suponer ni dolo ni imprudencia, o que todo lo más son constitutivos de una participación omisiva en el delito activo cometido por el subordinado.

---

<sup>162</sup> El art. 40.1 LGT parece exigir el consentimiento o aquiescencia del dirigente al incumplimiento de obligaciones tributarias por parte de quien de él depende, lo que supondría la imposibilidad de sancionar la imprudencia.

<sup>163</sup> Vid. una panorámica de las críticas dirigidas al párrafo 130 *OWiG* en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 210-214.