



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Los delitos con restricciones en sede de autoría Aproximación a la figura del administrador

Silvia Fernández Bautista

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES
PROGRAMA DE DERECHO PENAL BIENIO 1998-2000

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA EN DERECHO
PRESENTADA POR
Silvia Fernández Bautista

TÍTULO:

LOS DELITOS CON RESTRICCIONES EN SEDE DE AUTORÍA
Aproximación a la figura del administrador

DIRECTOR DE LA TESIS:

Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez

Barcelona, octubre 2005

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0701326761

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas.....	1
------------------------------	---

INTRODUCCIÓN

1. Justificación del tema objeto de estudio.....	4
2. Metodología.....	9

PARTE I

La autoría. Teoría general

Capítulo I: Breve referencia a las teorías sobre la autoría.....	12
1. El concepto unitario de autor.....	13
2. Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría.....	34
2.1 Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales.....	35
2.2 Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber.....	47
3. El concepto extensivo de autor.....	55
4. Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría.....	72

4.1 Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales.....	73
4.2 Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber.....	77
5. El concepto restrictivo de autor.....	82
6. Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría.....	96
6.1 Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales.....	100
6.2 Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber.....	105
 Capítulo II: Teorías sobre el concepto de autor.....	111
1. Teoría objetivo-formal.....	112
2. Teoría objetivo-material.....	135
3. Teorías relacionadas con el concepto de dominio.....	144
3.1 El dominio del hecho en ROXIN.....	148
3.2 El dominio “objetivo” del hecho.....	157
3.2.1 La construcción de LUZÓN PEÑA.....	159
3.2.2 La construcción de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO...	161
3.2.3 La excesiva restricción del dominio “objetivo” del hecho.....	165

3.2.4 El dominio “objetivo” del hecho en los delitos especiales.....	171
3.2.5 El dominio “objetivo” del hecho y los delitos de infracción de deber.....	175
3.3 La pertenencia del hecho (MIR PUIG).....	179
3.3.1 Planteamiento general.....	179
3.3.2 La pertenencia del hecho en los delitos especiales.....	193
3.3.3 La pertenencia del hecho y los delitos de infracción de deber.....	207
 Capítulo III: Conclusiones y toma de postura.....	214
1. La necesaria adopción de un concepto restrictivo de autor.....	214
2. La idoneidad del criterio de la pertenencia del hecho.....	217

PARTE II

Los delitos con restricciones en sede de autoría

Capítulo I: Introducción.....	234
1. Justificación del estudio de esta clase de delitos.....	234
2. Los delitos con restricciones en sede de autoría.....	235
2.1 Concepto de delito especial.....	237
2.2 Concepto de delito de infracción de deber	243
3. Conclusiones.....	249

Capítulo II: La infracción de un deber como fundamento de la	
autoría.....	254
1. La construcción dogmática de ROXIN: <i>Die Pflichtdelikte</i>	257
1.1 El autor como figura central en los delitos de dominio (<i>Herrschaftsdelikte</i>) y en los delitos de infracción de deber (<i>Pflichtdelikte</i>).....	257
1.2 El deber como criterio decisivo en la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber (<i>Pflichtdelikte</i>).....	274
1.3 Coautoría, autoría mediata y participación en los delitos de infracción de deber (<i>Pflichtdelikte</i>).....	290
1.3.1 Coautoría.....	290
1.3.2 Autoría mediata.....	297
1.3.3 Participación.....	301
1.4 Ámbito de los delitos de infracción de deber (<i>Pflichtdelikte</i>).....	306
2. La construcción dogmática de JAKOBS.....	312
2.1 Introducción.....	312
2.2 Los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (<i>Delikten kraft institutioneller</i> <i>Zuständigkeit</i>).....	320
2.2.1 Planteamiento general.....	320
2.2.2 Consecuencias en la autoría y la participación.....	326

2.3	Ámbito de los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit).....	333
2.3.1	Los denominados “delitos comunes” como delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit).....	334
2.3.2	Los delitos especiales y los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit).....	340
2.3.3	Los delitos de omisión como delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit).....	348
3.	Conclusiones.....	350

Capítulo III: Análisis desde la perspectiva de los delitos especiales.....	360
1. Introducción.....	360
2. El “dominio sobre el fundamento del resultado” (SCHÜNEMANN).....	362
3. El “dominio social del hecho” (GRACIA MARTÍN).....	373
4. Conclusiones.....	390
4.1 Vuelta a una unidad sistemática en los criterios delimitadores de la autoría.....	390
4.2 El acceso al bien jurídico como criterio esencial.....	396
4.3 La pertenencia del hecho como punto de partida.....	400

PARTE III

Aproximación al concepto de administrador

Capítulo I: La problemática de la autoría y la participación en los delitos cometidos por el administrador.....408

1. Introducción.....408
2. La necesaria vinculación del concepto de administrador a los criterios delimitadores de la autoría.....413
3. El administrador en los delitos societarios. Breve referencia a las diferentes posturas doctrinales en cuanto a la concepción de los delitos societarios.....418
4. La problemática de la autoría y la participación en los delitos societarios.....424

Capítulo II: La figura del administrador de derecho.....431

1. Concepto de administrador de derecho.....431
 - 1.1 El concepto jurídico-mercantil de administrador de derecho.....431
 - 1.2 El concepto jurídico-penal de administrador de derecho.....438
2. El deber extrapenal del administrador de derecho.....441
 - 2.1 El deber de diligencia, fidelidad y lealtad del administrador.....442
 - 2.2 La infracción del deber extrapenal: consecuencias en el ámbito mercantil.....447

2.3 La infracción del deber extrapenal: ubicación y consecuencias en el ámbito penal.....	452
3. La responsabilidad penal del administrador de derecho.....	459

Capítulo III: La figura del administrador de hecho.....472

1. Concepto de administrador de hecho.....	472
1.1 El concepto jurídico-mercantil de administrador de hecho.....	474
1.2 El concepto jurídico-penal de administrador de hecho.....	479
2. El deber del administrador de hecho.....	486
2.1 El deber extrapenal.....	487
2.2 La infracción del deber extrapenal: ubicación y consecuencias en el ámbito penal.....	490
2.3 Equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho.....	493
3. La responsabilidad penal del administrador de hecho.....	499

CONCLUSIONES.....507

Jurisprudencia citada.....	560
----------------------------	-----

Bibliografía citada.....	563
--------------------------	-----

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
Art. (s)	Artículo (s)
§	Parágrafo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
coord.	Coordinador
dir.	Director
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
ed.	Edición/ Editor
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
infra	Abajo
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LH	Libro Homenaje

LL	Revista jurídica española La Ley
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖStGB	Österreichische Strafgesetzbuch (Código penal austríaco)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones)
pág. págs.	página, páginas
passim	en todo el trabajo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RdS	Revista de las Sociedades
RJ Ar	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
ss.	Siguientes

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
supra	Arriba
TOL	Base de datos Tirant on line
trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
vol.	volumen
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft-, Steuer-, Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

1. Justificación del tema objeto de estudio

La necesidad político-criminal de la tipificación de los delitos societarios había sido puesta de manifiesto, con anterioridad a la aprobación del Código Penal de 1995, de manera prácticamente unánime por la doctrina¹. En especial, si cabe, se acusaba la ausencia de un delito de administración fraudulenta similar en sus características a los recogidos en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el alemán, en cuyo § 266 StGB regula el delito de infidelidad patrimonial (*Untreue*)².

La demanda doctrinal y jurisprudencial obedecía a una supuesta laguna de punibilidad en el ámbito de la administración desleal o fraudulenta de un patrimonio ajeno. En efecto, hasta la tipificación expresa de tales conductas, únicamente se contaba con los tradicionales delitos patrimoniales existentes hasta el momento. Así, los tipos con los que se intentaba dar cabida a dichas conductas contrarias a los deberes de

¹ En este sentido vid. por todos MARTÍNEZ PÉREZ, “El delito societario de administración fraudulenta”, EPC (XVII), 1994, págs. 306 y 307.

² Para un estudio detallado del derecho comparado (casos alemán, francés e italiano) vid. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Madrid 1996, págs. 13 – 114; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Madrid-Barcelona 1998, págs. 23 – 175, incluyendo en este caso referencias a Portugal, Austria y Suiza.

diligencia, fidelidad y lealtad exigibles a un administrador, eran, básicamente, los delitos de *estafa* y los de *apropiación indebida*.

Habida cuenta de la redacción típica de dichos delitos –teniendo en cuenta que el art. 532 CP 73 no recogía los activos patrimoniales como objeto material idóneo del delito de apropiación indebida- la aplicación de los mismos en conductas desleales en la administración de un patrimonio ajeno infringían, claramente, el principio de legalidad. Se forzaba, hasta límites inadmisibles, la estructura típica de dichos delitos, intentando dar cabida a conductas que se entendía merecían un reproche jurídico-penal.

Tras diferentes proyectos y anteproyectos de Código Penal, la tipificación de los delitos societarios cristaliza definitivamente en el Capítulo XIII “De los delitos societarios”, arts. 290 a 297 CP de 1995. Entre estos preceptos, quizá el delito al que más atención ha prestado la doctrina sea al tan demandado delito de *administración fraudulenta*³. Sin embargo, tras un análisis, no necesariamente exhaustivo, se aprecia

³ En este lugar quisiera realizar ya una aclaración terminológica. Tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan las nomenclaturas administración desleal y administración fraudulenta para –en lo que alcanzo- referirse tanto al delito societario (art. 295 CP) como al posible delito genérico de administración desleal contenido en el art. 252 CP. En este trabajo, tal y como se irá viendo, se distinguen ambas figuras incluso en el plano terminológico. De este modo, al delito societario se le denomina administración fraudulenta (art. 295 CP) y al contenido en el art. 252 CP se le califica como administración desleal.

con claridad los errores en los que el legislador ha incurrido en la tipificación de las conductas jurídico-penalmente relevantes.

Por destacar algunos de ellos, nótese la inclusión del depositario como sujeto pasivo de este delito, en vez del **depositante** y la escisión entre objeto material sobre el que recae la acción (patrimonio de la sociedad) y bien jurídico protegido (patrimonio de terceros como socios, depositarios, cuentapartícipes y otros titulares de bienes valores o capital que el administrador administre). De ello se deriva, a su vez, la dificultad de interpretación de la expresión “causar directamente un perjuicio económicamente evaluable”. En efecto, siendo el patrimonio de la sociedad del que se debe disponer, difícilmente puede ser el patrimonio de terceros el **directamente** afectado⁴. Todo ello sin hablar de la tan polémica atipicidad de la administración desleal del patrimonio ajeno perteneciente a personas físicas, conducta que, a pesar de no recoger el art. 295 CP, entiendo puede encontrar acomodo en el art. 252 CP al hacerse mención como objeto material a los **activos patrimoniales**.

Obviando estos pequeños desajustes en la redacción legal del delito de administración fraudulenta, debe destacarse que, en sede de autoría, los delitos societarios también han suscitado la atención de la doctrina. La reducción del círculo de posibles sujetos activos al **administrador de**

⁴ Destacando estos errores en la tipificación del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) vid. por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4ª ed. Barcelona 2002, págs. 373 ss.

hecho o de derecho convierte a estos tipos en *delitos con restricciones en sede de autoría*. De este modo, sólo el sujeto que reúne las condiciones, cualidades o relaciones exigidas puede llegar a ser calificado como autor de los mismos. Pues bien, esta cuestión ha reavivado la discusión doctrinal acerca de las categorías dogmáticas *delito especial* y *delito de infracción de deber*. Como se verá a lo largo del trabajo, parece existir cierta confusión en torno a estas construcciones. La calificación en uno u otro sentido no es, en absoluto, baladí, pues implica –sobre todo la aceptación de la categoría de los delitos de infracción de deber- consecuencias en sede de autoría que son, cuanto menos, debatibles.

Dadas las peculiaridades que presentan los delitos societarios, han sido incluidos en el ámbito de la denominada “expansión del Derecho Penal”, ámbito en el que, por cierto, se han cuestionado muchas de las categorías elaboradas durante décadas por la doctrina en lo relativo a la Parte General. Entre ellas, muy especialmente, la *autoría*. Este trabajo nace con la firme intención de demostrar que los criterios delimitadores de la autoría siguen siendo, mejor dicho, *deben seguir siendo válidos* tanto en delitos tradicionales como el homicidio, como en otros sumamente distintos; así por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente y, como no, en los delitos societarios.

Para ello, qué duda cabe, es necesario afrontar el análisis desde la perspectiva de la **autoría en general**, para ir afianzando conceptos en los que tengan cabida todos estos supuestos. Así, se pretende ofrecer un criterio que, en el marco de un **concepto restrictivo de autor**, sea lo suficientemente flexible, a la par que dotado de contenido, para afrontar el análisis de la cuestión de la autoría en cualquier delito y, muy particularmente, en aquellos que presentan especiales restricciones en esta sede.

En este *iter*, también se procura aclarar la discusión acerca de la categorización de los **delitos especiales** y los **delitos de infracción de deber**, esto es, se pretende analizar si ambas construcciones son idénticas o si, por el contrario puede hallarse entre ellas alguna diferencia. Amén de esta importante cuestión, se intenta dar una respuesta acerca de cuál deba ser la calificación que merecen estos delitos. Todo ello se hace, no obstante, sin entrar en un análisis pormenorizado de cada uno de ellos. En la mayoría de ocasiones se acude al delito de administración fraudulenta como banco de prueba en los ejemplos, entendiendo que, si el análisis de la autoría es satisfactorio en este tipo, puede serlo en todos cuyo sujeto activo se reduzca al **administrador de hecho o de derecho**.

Precisamente esta figura es la que ocupa mi atención en la última parte de este trabajo. La definición de administrador de hecho y de derecho es una cuestión esencial y nada pacífica en la doctrina. El

alcance de este concepto tiene relevancia, no sólo a efectos de determinar la autoría en los delitos que restringen su autoría a tales sujetos, sino también en lo referente al art. 31 CP. En este precepto se recoge, como es sabido, la cláusula del actuar en lugar de otro, de especial importancia en lo referente a los delitos con especiales restricciones en sede de autoría cuando estas limitaciones sólo las cumple la persona jurídica representada por el administrador.

Veamos en la descripción de la metodología utilizada cómo se llega al análisis de la figura del administrador de hecho y de derecho partiendo de algo tan genérico como es el concepto de autor.

2. Metodología

En el intento de dar respuesta a las cuestiones anteriormente planteadas, se parte de algo tan genérico, a la vez que indispensable, como son los diferentes conceptos de autor mantenidos por la doctrina. Estos son, como es sabido, el concepto unitario, el concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor, con las diferentes variantes que cada uno de ellos presentan. Precisamente por la importancia que tiene –en ocasiones olvidada– afianzar el concepto de autor del que se parte, este trabajo se inicia con el estudio de cada uno de ellos, en el empeño de demostrar la idoneidad o inidoneidad de los mismos, no sólo desde un

punto de vista genérico sino, especialmente, en lo referente a los delitos que presentan restricciones en sede de autoría.

Para ello, se pone a prueba cada uno de los conceptos de autor en las distintas perspectivas desde las cuales se ha analizado esta constelación delictiva, cuales son, la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber y la de los delitos especiales. La primera conclusión a la que se llega tras este primer acercamiento es la idoneidad del concepto restrictivo de autor y, en este marco, la pertenencia del hecho como criterio con el que delimitar correctamente la autoría en cualquier clase delictiva.

En este punto, se alcanza ya una primera aproximación al significado, tanto de los llamados delitos especiales como de los delitos de infracción de deber, concluyendo que ambos se sitúan en planos absolutamente diferenciados. Para consolidar lo expuesto en este punto, se estudia de manera más pormenorizada cada una de estas construcciones. En el caso de los delitos de infracción de deber, se recogen las teorías más significativas que han desarrollado dicha construcción, esto es, la de ROXIN y la de JAKOBS. Posteriormente, se analizan los autores que, desde la perspectiva de los delitos especiales, han intentado –con mayor éxito en mi opinión– dar una respuesta acertada a la cuestión de la autoría en estos delitos haciendo especial hincapié en la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido.

Toda vez que se determina el criterio delimitador de la autoría que debe regir en cualquier constelación delictiva, se intenta aplicarlo a los supuestos en los que la autoría se reduce al administrador de hecho y de derecho. En este punto se toma como referencia los delitos societarios y, especialmente, el delito de administración fraudulenta. Por bien que en las cuestiones de autoría en general se utilice la bibliografía básica española y alemana, en lo referente al concepto de administrador se aborda únicamente desde la perspectiva del derecho español.

Como puede apreciarse en la última parte del trabajo, el criterio adoptado como válido en la delimitación de la autoría resulta útil en los supuestos en los que sólo el administrador de hecho o de derecho puede llegar a ser sujeto activo de determinados delitos. En efecto, en el caso del administrador de derecho, la pertenencia del hecho materializada en el acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto, sirve para evitar la responsabilidad de un sujeto que, a pesar de cumplir formalmente con los requisitos, no tiene capacidad alguna de acceder materialmente al bien jurídico. En el caso del administrador de hecho, el criterio ya expuesto deviene igualmente útil pues ofrece, incluso, los límites conceptuales que debe adoptar esta figura.

PARTE I

LA AUTORÍA: TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO I: BREVE REFERENCIA A LAS TEORÍAS SOBRE LA AUTORÍA

En las líneas que suceden se pretende analizar brevemente las distintas teorías relativas a la distinción entre autoría y participación elaboradas y defendidas por la doctrina, tales como el concepto unitario, concepto extensivo y finalmente el concepto restrictivo de autor. El análisis de estas teorías se realiza con la finalidad de poner de manifiesto cuál de ellas resulta idónea para el análisis de aquellos delitos en los que, el círculo de posibles autores, queda circunscrito a un determinado número de personas, cuales son los administradores de hecho o de derecho en los delitos societarios y, en especial, en el delito de administración fraudulenta.

Se trata, por tanto, de dilucidar cuál de las teorías examinadas ofrece criterios más acordes con esta clase de delitos, dadas las peculiaridades que presentan, sobre todo en el ámbito de la autoría y la participación. Así las cosas, la idoneidad de las teorías analizadas para la determinación de la autoría no podrá afirmarse únicamente de manera genérica, sino que deberá ser puesta en relación a las especiales características que

presentan los delitos cuyo sujeto activo viene legalmente determinado bajo la condición de ser administrador de hecho o de derecho.

1. El concepto unitario de autor

El concepto unitario de autor se basa –en líneas generales- en el rechazo a la distinción entre las categorías de la autoría y la participación, consecuencia ésta a la que se llega a través de argumentaciones basadas principalmente en teorías causales. La negativa a apreciar diferencia relevante alguna entre las distintas formas de intervención en un hecho implica, a su vez, la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el mismo, concibiéndose éste como obra de varias personas, no de una ayudada por otras⁵.

En definitiva, el concepto unitario de autor no concibe, mejor dicho, no puede concebir entre sus características el denominado *principio de accesoriedad de la participación*. Este principio –aceptado en la

⁵ Vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991, págs. 114 ss.; GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Problemas de autoría* CDJ (39) 1994, pág. 58; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada 1996, pág. 5; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia 2000, págs. 75 ss; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Barcelona 2004, pág. 368; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada 2004, pág. 8.

actualidad de manera prácticamente unánime por la doctrina- significa, básicamente, que la participación deviene accesoria respecto del hecho del autor, es decir, que su castigo *depende* de la existencia de un hecho principal imputado a título de autoría a un determinado sujeto, el autor. Si bien puede definirse de esta manera el principio de accesoriedad de la participación, debe ponerse de manifiesto que dicho principio puede defenderse desde diversas teorías que apuestan por diferentes *grados* de accesoriedad o dependencia entre autoría y participación⁶.

Así, la *teoría de la accesoriedad máxima* defiende la necesidad de que el hecho cometido por el autor sea típicamente antijurídico y personalmente imputable (“culpable”) a su persona para que pueda *castigarse* la aportación del partícipe. En cambio y, en el otro extremo, para la *teoría de la accesoriedad mínima* bastará que el hecho del autor sea típico, careciendo de importancia la antijuricidad y la imputación personal del mismo⁷. En una situación intermedia, se posiciona la *teoría de la accesoriedad limitada* defendiendo la necesidad de que el hecho del

⁶ Sobre la teoría de la accesoriedad de la participación, su fundamento y clases vid. a modo de resumen STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 4ª ed. Köln 2000, 12/116 ss. págs. 333 ss.

⁷ Parece pronunciarse a favor de la accesoriedad mínima BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid 1995, pág. 147.

autor sea típicamente antijurídico, no siendo preciso que el hecho sea personalmente imputable⁸.

En cualquier caso y, admitiendo cualquiera de las variantes expuestas, el **principio de accesoriedad** condiciona el castigo de la participación a la existencia de un hecho, como mínimo típico, de autor, situando la punición de la aportación al hecho del partícipe en una relación de dependencia con respecto a la intervención en el mismo del autor. Pues bien, es precisamente esta relación de dependencia lo que el concepto unitario de autor no concibe, pues para dicho concepto de autor cada una de las intervenciones o aportaciones al hecho devienen absolutamente independientes, siendo entendidas todas ellas como equivalentes -al menos en el plano causal-, lo que motiva que el castigo de todas ellas pueda realizarse independiente y autónomamente sin tener en cuenta la existencia o no de un hecho principal de autor. Veamos a continuación cuáles son las principales teorías desde las que se ha defendido un concepto unitario de autor.

⁸ En este sentido vid. entre otros MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 398 ss. En el ámbito alemán vid. entre otros EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed. Heidelberg 2001, pág. 205; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Berlín 2001, 10/108 a 10/110 pág. 357; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed. Bielefeld 2003, 28/43 a 28/48 págs. 665 y 666; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 34ª ed. Heidelberg 2004, 13/551 pág. 197. A modo de resumen KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2005, 38/19; 38/20 y 38/21 pág. 307; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit aufbau des Strafrechtlichen Gutachtens*, 4ª ed. Bremen 2005, marginal 1037 pág. 412.

Las versiones más clásicas de las teorías que defienden un concepto unitario de autor encuentran acogida en la *teoría de la equivalencia de las condiciones*. Esta teoría afirma que cualquiera que participe en el hecho aportando una condición del resultado producido causa, en definitiva, el resultado y siendo las condiciones (causas) equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado. Ello comporta que todo sujeto interviniente en el hecho merezca ser calificado como autor⁹.

La principal crítica esgrimida en contra de la teoría de la equivalencia de las condiciones se dirige, fundamentalmente, al planteamiento de que todos los intervinientes van a ser considerados igualmente autores por el hecho de ser todos ellos causales¹⁰. En definitiva, se está criticando el fundamento último del que parte dicha teoría, esto es, la causalidad. Se afirma, desde un punto de vista crítico, que el fenómeno de la causalidad no puede ser un criterio válido con el que delimitar la autoría, pues una *decisión valorativa* como es la

⁹ Las teorías causales llevadas al extremo y en su definición de la acción causal como aquella sin la cual no se hubiese producido el resultado, pueden conducir a resultados realmente absurdos ya que podría entenderse que la causa de la muerte de alguien que resulta atropellado por un sujeto no es sólo suya sino también de sus padres, de sus abuelos.... etc. pues también sin ellos el sujeto no hubiese estado en condiciones de causar el resultado. En este sentido vid. con este mismo ejemplo GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 5/16 pág. 137.

¹⁰ Vid. por todos, GONZÁLEZ RUS, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", ob. cit. pág. 59 ss.

determinación de un sujeto como autor de un delito, se realiza a través de *criterios esencialmente neutrales* como es el fenómeno natural de la causalidad¹¹. Sin embargo, debe advertirse que, esta versión estrictamente causalista del concepto unitario de autor, no ha sido defendida mayoritariamente por los autores partidarios de este concepto.

En este sentido, afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que, para la mayoría de los defensores del concepto unitario, la distinción entre autor y partícipe no resulta imposible por ser todas las aportaciones igualmente causales, sino por no ser conveniente hacerlo en un primer momento, esto es en el tipo, sino en uno posterior, es decir, en el momento de la determinación de la pena, lo que permite mayor flexibilidad¹². Con esta afirmación queda puesto de manifiesto que la fundamentación causal –a pesar de estar presente en todas las teorías que defienden un concepto unitario de autor- no es el único argumento en el que los partidarios de un concepto unitario se basan para rechazar la diferencia entre autoría y participación.

¹¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 73; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed. Madrid 2000 (trad. a la 7ª ed. 1999 CUELO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), págs. 25 y 26, dirige sus primeras críticas a los planteamientos causales y afirma que la categoría de la causalidad no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (OLMEDO CARDENTE trad.) 5ª ed. Granada 2002, pág. 587; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. pág. 9.

¹² Vid. *La autoría en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 73.

En esta línea de argumentativa, otras versiones, también defensoras del concepto unitario de autor, han criticado la identificación de la autoría unitaria con la pura causalidad, acudiendo a argumentos como *la peligrosidad o el merecimiento de pena* para fundamentar este concepto de autor. A pesar del intento de aportar nuevos argumentos, siguen concluyendo dichas teorías en el rechazo a la distinción entre autor y partícipe¹³, siendo consecuentes, por tanto, con la principal premisa de la que parte un concepto unitario de autor.

Desde el punto de vista de la mayor *peligrosidad* como característica básica que dotaría de contenido la figura del autor, parece difícil realizar cualquier tipo de distinción entre autor y partícipe. En efecto, no se alcanza a entender por qué la conducta del autor podría ser más peligrosa que la del partícipe, incluso puede darse la circunstancia de que la conducta de algún partícipe sea más peligrosa que la del autor. Así afirma ROXIN que “*el sujeto de detrás, la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, no obstante puede ser el más peligroso de entre todos los intervinientes*”¹⁴. Se afirma también, por parte de este autor, que de atender a este criterio para resolver el problema de la autoría se dejaría la valoración legislativa a merced de

¹³ Ampliamente sobre este tema DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 100 ss.

¹⁴ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 51 y 52.

una arbitrariedad de imposible verificación como es el criterio de la peligrosidad¹⁵.

Todo ello obliga a aceptar que, bajo las argumentaciones de esta teoría, esto es, de “mayor o menor peligrosidad”, se hace imposible la distinción entre autor y partícipe, conduciendo inevitablemente a un concepto unitario de autor¹⁶. Es por ello que esta teoría, si bien no puede sustentarse como criterio válido en la distinción entre autoría y participación en el seno de un sistema diferenciado, sí parece ser consecuente con un concepto unitario de autor. Debe tenerse en cuenta que el fundamento de la mayor o menor peligrosidad va encaminado a argumentar y defender la imposibilidad de diferenciación entre las categorías de autoría y participación, extremo que, por las razones ya expuestas, queda suficientemente demostrado si atendemos a dicha fundamentación.

Las argumentaciones basadas en el *merecimiento de pena*, en cambio, intentan delimitar el concepto de autor en función de la mayor pena asignada para este tipo de intervención. De esta manera, todo

¹⁵ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 52.

¹⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 77. El autor afirma que el fundamento de la peligrosidad no debe ser el criterio que ha de guiar la tipificación de conductas ni siquiera la imposición de pena en el nivel legislativo, conviniendo con ROXIN en que ello supondría una criminologización del Derecho Penal.

interviniente en el hecho que tenga asignada (merezca) esta pena máxima debe ser entendido como autor. Esta afirmación se basa en el hecho de que, de entre las figuras (intervinientes) que toma en consideración el Derecho Penal, las diferencias no son tan importantes como para destacar valorativamente una de ellas. Por eso, en principio, todos esos intervinientes merecen en abstracto la misma pena¹⁷ y ello implica que deban ser todos considerados como autores.

A esta fundamentación del concepto unitario de autor también se le han dirigido críticas por parte de la doctrina que intentan invalidar los argumentos esgrimidos a favor de dicho concepto. Así, por ejemplo, ROXIN achaca una tendencia a la criminologización. El autor afirma que *“un partícipe que se ha mantenido en segundo plano y al que no puede considerarse de ningún modo como figura central puede merecer no obstante la pena más grave: pero si se le quisiera considerar autor por eso, se llegaría a una “criminologización” de las formas de participación no acorde con la esencia de la dogmática penal”*¹⁸.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la crítica que realiza ROXIN a esta postura parte de que el autor (en el sentido estricto que le otorga un sistema diferenciador) debe ser entendido *“obligatoriamente”* como la figura central del suceso, esto es, que partiendo de la certeza de

¹⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 84.

¹⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 50.

que su afirmación es la correcta, critica la postura de quienes sitúan en plano de igualdad al autor (figura central del suceso según ROXIN) y a un sujeto que interviene en el mismo suceso sin configurarse como tal, por el mero hecho de tener asignada la misma pena.

En este punto debe destacarse que, los partidarios de un concepto unitario de autor, basado en principios de merecimiento y necesidad de pena, parten de una premisa totalmente distinta; esto es, entienden que no hay una figura central del suceso, sino que todas aquellas que contempla el Derecho Penal ostentan valorativamente la misma importancia. Es por ello que intentan, a través de estas teorías, argumentar la imposibilidad de diferenciar entre las categorías de autoría y participación. Así las cosas, no parece del todo correcta la crítica de ROXIN, pues obvia que parten de puntos de vista radicalmente opuestos. En todo caso, las objeciones de este autor debieran dirigirse no al hecho de la equiparación valorativa de los diferentes intervinientes según la pena merecida, sino al hecho de que bajo estos argumentos no pueda delimitarse al autor como figura central, esto es, se otorgue la misma importancia a todos aquellos que intervienen en el hecho¹⁹.

¹⁹ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 83 a 86, entiende que la crítica que realiza ROXIN a las teorías basadas en el merecimiento de pena son sólo parcialmente correctas. DÍAZ Y GARCÍA argumenta que esta crítica sería aplicable a los que, obligados por un sistema diferenciador que imponga diferentes penalidades a los intervinientes, acudiesen a valoraciones de merecimiento de pena para castigar conforme a ellas como autor a quien la ley ha hecho cómplice o interviniente impune, pág. 85.

Si bien no se comparte la premisa básica de la que parte un concepto unitario de autor, cual es la no aceptación de distintas categorías de autoría y participación, debe concluirse en la coherencia de esta teoría (merecimiento de pena) con dicho concepto, pues queda puesto de manifiesto –tal y como sucedía con las teorías basadas en la peligrosidad– que bajo los argumentos que ofrece no cabe dicha diferenciación. A pesar de que puede convenirse con ROXIN y otros autores en lo discutible que resulta que todas las formas de intervención sean igualmente merecedoras o necesitadas de pena, no debe pasarse por alto el hecho de que el merecimiento y la necesidad de pena son criterios muy importantes en la determinación de cualquier concepto de autor²⁰. En un sistema diferenciado también hay latente una valoración en cuanto a la necesidad o merecimiento de pena y, debe tenerse en cuenta, que incluso podría coincidir con el concepto unitario en la medida en que impusiera la misma pena al autor que a determinadas formas de participación, tal y como sucede en el caso español con la cooperación necesaria y la inducción.

Tanto la teoría de la equivalencia de las condiciones como las teorías basadas en la peligrosidad o en el merecimiento de pena, han sido consideradas por la doctrina como posturas clásicas defensoras de lo que

²⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 87.

se ha denominado “*concepto unitario formal*”. Junto a ellas, se encuentran construcciones más modernas que abogan también por un concepto unitario, pero que reformulan dicho concepto para dotarlo de mayor significación, pasando de ser una mera concepción de la autoría a erigirse en un verdadero sistema. En esta línea interpretativa se encuentra el denominado “*concepto unitario funcional*”.

Se atribuye la elaboración del denominado concepto unitario funcional a KIENAPFEL²¹; este autor propugna dicha concepción como un verdadero sistema en el que se pueden distinguir diferentes figuras de autoría, aun partiendo de que todos los intervinientes en un hecho sean considerados igualmente autores²². Todos los participantes en el hecho serán concebidos, por tanto, como autores con igual rango dogmático, esto es, diversas formas de autoría valorativamente idénticas -pues todas ellas realizan un injusto equivalente-, siendo la diferencia entre ellas meramente conceptual²³. Para este autor, debe primar la medida

²¹ *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1971, pág. 21 ss. Vid. ampliamente sobre este tema SCHUMANN, *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, Berlín 1979, págs. 20 y 21 y *passim*; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 102 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid 1990, págs. 259, 260 y 261; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 7 - 15.

²² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 65.

²³ KIENAPFEL, *Der Einheitstäter*, ob. cit. págs. 38 ss. En este sentido vid. PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito*, ob. cit. pág. 260; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 66; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 79; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. págs. 10 y 11.

individual de injusto y culpabilidad en su relación con la pena, dejando a la determinación concreta de la misma la posibilidad de un justo castigo atendiendo a múltiples factores, entre los cuales se encontrará la propia forma de intervención²⁴.

Así las cosas, la valoración de la importancia de la intervención en el delito deberá dilucidarse no en el plano típico, sino en la individualización concreta de la responsabilidad del autor. En ella deberá tenerse en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la ejecución del delito, en virtud de las cuales podrá agravarse o atenuarse la responsabilidad específica de cada autor²⁵. A pesar de la reelaboración del concepto unitario de autor debe concluirse que la principal consecuencia derivada de esta construcción dogmática sigue siendo la negación de la accesoriedad; esto es, se sigue manteniendo que todos los intervinientes en un mismo hecho son autores absolutamente independientes, respondiendo cada uno por su propio injusto y resultando el de los demás (el resto de “autores”) indiferente para el castigo de otro.

En nuestro entorno europeo, el concepto unitario de autor ha sido acogido por las legislaciones austriaca e italiana. Así, en el primer caso el § 12 ÖStGB recoge –según la doctrina mayoritaria– un concepto unitario

²⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 105.

²⁵ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 8 y 9.

funcional, estableciendo diversas formas de intervención en el hecho, todas ellas concebidas como formas de autoría²⁶. El § 14 ÖStGB que regula la intervención de varios sujetos en la realización de un delito especial, también merece la consideración de precepto que incorpora un concepto unitario de autor, ya que se caracteriza por prescindir tanto de la distinción entre aportaciones de autoría y aportaciones de participación, como de la idea de que las primeras deben ser accesorias de las segundas²⁷.

En el caso italiano, a pesar de que el Código Penal no recoge expresamente una definición del concepto de autor, el art. 110 CP italiano establece una equiparación, en el plano sancionador, de la responsabilidad de todos los que intervienen en el hecho acogiendo también, según la doctrina dominante, un concepto unitario formal²⁸. Asimismo, del análisis del art. 117 CP italiano (“Cambio del título del

²⁶ Vid. entre otros KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Wien 1997, págs. 192 ss.; TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Wien 1994, págs. 387 ss; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/17a, pág. 329.

²⁷ Vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona 1997, págs. 320 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Barcelona 2003 (Tesis doctoral), págs. 74 ss. en la red: <http://www.tdx.cesca.es>. Vid. también GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/17b, pág. 329.

²⁸ Vid. entre otros FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed. (3ª reimpresión), Bolonia 1996, pág 445 - 447. Hace referencia al caso italiano PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 322 ss.

delito para alguno de los concurrentes”) como de los artículos contenidos en el Capítulo III (“Del concurso de personas en el delito”) del Título IV (“Del reo y de la persona ofendida por el delito”) del Libro Primero (“De los delitos en general”) parece deducirse también la adopción de un concepto unitario de autor como criterio en la determinación de la autoría²⁹.

En Alemania, por el contrario, la doctrina mayoritaria rechaza el concepto unitario de autor como criterio válido para la delimitación de la autoría. Desde un punto de vista de *lege lata* resulta obvio mantener esta postura, pues el StGB distingue expresamente entre autores y otros intervinientes. Así, el § 25 recoge las figuras del autor individual, la autoría mediata y la coautoría y los § 26 y 27 tipifican la inducción y la complicidad respectivamente³⁰.

²⁹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 73. El autor afirma que, el hecho de que el art. 117 CP italiano se limite a exigir la concurrencia de un *intraneus* para extender la imputación del elemento personal especial al resto de intervinientes en el hecho, es una solución que sólo se entiende a partir de la asunción de la idea (exclusiva de un concepto unitario de autor) de que todos los intervinientes causales en el hecho son –incluso en los delitos especiales– autores del delito. Es por esto que el autor afirma la adopción de un sistema o concepto unitario de autor por parte el Código Penal italiano.

³⁰ Sobre este tema vid. ampliamente ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 11ª ed. Berlín 1993, § 25 – 27, págs. 5 ss., marginal 3 y ss.; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/8 a 10/10, pág. 327; EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. pág. 187; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed. München 2002, 20/5 pág. 758; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 28/10 y 28/11 pág. 658; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/505 pág. 179; SCHMIDT, *Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 922 pág. 369.

Las críticas al concepto unitario de autor también son expuestas por la doctrina desde un punto de vista *de lege ferenda*, rechazando de plano esta concepción. Las principales objeciones vertidas acerca de este concepto de autor se basan en la imposibilidad del mismo para diferenciar el desvalor concreto de la acción de cada interviniente en el hecho. En efecto, las intervenciones de cada uno de los sujetos son entendidas por el concepto unitario de autor como equivalentes, de tal manera que no se puede valorar –siempre según las teorías que defienden este concepto de autor- cuál de las aportaciones al hecho es cuantitativa o cualitativamente más importante, siendo calificadas todas ellas de verdadera autoría³¹.

Otra de las críticas más usuales vertidas en contra del concepto unitario de autor guarda una estrecha relación con el fundamento causal del que parte. La doctrina entiende que al conformarse dicho concepto con cualquier contribución causal a la realización del tipo para castigar como autoría, ello provoca una falta de limitación de lo típico, ampliándose excesivamente la posibilidad de que cualquier contribución causal al hecho, por insignificante que resulte, pueda ser entendida como

³¹ Sobre las consecuencias de adoptar un concepto unitario de autor en casos de adopción de acuerdos en órganos colegiados vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 324 ss.

típica³². Este fenómeno queda evidenciado, aun más si cabe, en aquellos delitos en los que únicamente se atiende a un determinado resultado, como por ejemplo el homicidio. En estos casos cualquier contribución causal a la realización del tipo, esto es, causar la muerte de otra persona, sería entendida como típica y, por tanto, como una verdadera contribución a título de autoría.

Sin embargo, y a pesar de la evidente negativa por parte de la doctrina alemana en la aceptación de un concepto unitario de autor, el rechazo doctrinal de dicho concepto se refiere únicamente a los delitos dolosos. En lo que respecta a los delitos imprudentes se defiende, por el contrario, un concepto unitario. Así, como consecuencia ineludible de la adopción de este concepto en los delitos imprudentes, se niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación. De este modo, en esta clase de delitos, todo aquel que contribuye negligentemente a la producción del resultado del delito debe responder como autor³³.

³² Sobre este tema vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 329 ss. donde resume las críticas que la doctrina ha esgrimido contra el concepto unitario de autor. Vid. ampliamente sobre este tema BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 75 - 77.

³³ Cfr. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 596, afirma la imposibilidad de diferenciar entre autoría y participación tanto en la “imprudencia inconsciente” como en la “imprudencia consciente”; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/507 pág. 179; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 926 pág. 370. En el ámbito español vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed. Buenos Aires 2005, págs. 379 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 272 y nota 67 con numerosas referencias bibliográficas. Específicamente sobre la posición unitaria en la autoría imprudente vid. PÉREZ

También dentro del ordenamiento jurídico alemán, la regulación contenida en la Ley de Contravenciones al Ordenamiento (OWiG), acoge un concepto unitario de autor, concepto éste que se manifiesta en su § 14, siendo el sistema incorporado por esta norma, en opinión de GÓMEZ MARTÍN, un sistema unitario matizado³⁴.

En cuanto al caso *español*, la doctrina parece ser unánime en que el Código Penal no recoge un concepto unitario de autor³⁵. En efecto, el

MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid 1999, págs. 21 ss y *passim*; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada 2002, págs. 34 a 76; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 374 y 375; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. págs. 13 - 27, hace referencia al concepto unitario de autor en los delitos imprudentes y se muestra contrario, ya desde el inicio, a la adopción de este concepto de autor en esta constelación delictiva, criticando así la postura adoptada por el Tribunal Supremo con respecto al concepto de autor en esta clase de delitos.

³⁴ Sobre este tema vid. ampliamente SCHUMANN, *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, ob. cit. págs. 38 ss., resumido en pág. 46; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 71 ss., entiende que, si bien el apartado 1 de dicho precepto dispone el castigo de todos los intervinientes en el hecho especial, es decir, el castigo por igual tanto del *intranei* como del *extranei* y ello es una de las principales consecuencias de la adopción de un concepto unitario de autor en lo que respecta a las infracciones especiales, no es menos cierto que el apartado 4 del §14 de la OWiG determina una excepción a este planteamiento. Esta excepción es precisamente lo que fundamenta que el autor entienda que se asume un sistema unitario matizado. A modo de resumen en cuanto al concepto unitario mantenido en el § 14 OWiG vid. entre otros EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. pág. 187; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/13 a 10/17b, págs. 328 y 329; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 20/8 pág. 759; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/506 pág. 179; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 927 pág. 370.

³⁵ En este punto debe tenerse en cuenta que en relación a determinados delitos de la parte especial algunos autores afirman que el legislador a optado por un concepto unitario de autor, en el que conductas que *a priori* debieran ser calificadas de

Código Penal distingue expresamente entre autoría y participación; así el art. 28 CP diferencia entre las categorías de autoría, inducción y cooperación necesaria mientras que el art. 29 CP recoge la de la complicidad. Sin embargo, esta distinción expresa, establecida legalmente por nuestro Código Penal, no constituye el fundamento último para rechazar de pleno la adopción de un concepto unitario de autor en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Ya se ha puesto de manifiesto que un concepto unitario puede admitir diferentes formas de autoría, tal y como sucedía en el concepto unitario funcional, por tanto, no podemos basarnos exclusivamente en el argumento de una

participación son expresamente recogidas como conductas de autoría. Para el supuesto del art. 368 CP en el ámbito del tráfico de drogas vid. JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona 1999, págs. 249 ss.; también apunta la posible adopción del concepto unitario en los delitos de tráfico de drogas QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Navarra 2002, pág. 613; Bajo mi punto de vista, lo destacable en el ámbito de la autoría en estos delitos no es que se haya optado por un concepto unitario de autor, sino la decisión político-criminal del legislador de convertir conductas de participación en tipos de autoría expresamente tipificados, adelantando así las barreras de protección con respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Sin embargo, no creo que estos ejemplos sean representativos de la adopción de un concepto unitario de autor en el Código Penal español pues, aunque deviene especialmente difícil, sigue siendo posible diferenciar entre sujetos que realizan la acción típica que el delito describe, de aquellos que meramente colaboran con dicha actividad, restando vigente el principio de accesoriedad de la participación. Así lo indican en el ámbito del tráfico de estupefacientes las SSTS 14-01-2005 (RJ Ar. 2005\894) “..... se admite excepcionalmente la figura del cómplice en actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico....”; 23-11-2004 (RJ Ar. 2005\792) “..... acompañante del transportista conociendo la existencia de droga...”; 15-09-2004 (RJ Ar. 2004\7485) “..... cooperador... custodia de maleta con cocaína durante varios días en el domicilio...”; 31-05-2004 (RJ Ar. 2005\3045) “.... aplicación excepcional de la figura del cómplice en supuestos de favorecimiento al favorecedor....”; 9-03-2003 (RJ Ar. 2004\2679) “..... complicidad: auxiliar a los traficantes a llevar los fardos con hachís de la embarcación a tierra....”.

diferenciación expresa entre autoría y participación en el Código Penal para rechazar la adopción de dicho concepto.

Tampoco el argumento de la ausencia de unidad del marco penal para todos los intervinientes parece motivar suficientemente el rechazo a un concepto unitario de autor. Como es sabido, se establece por parte de nuestro Código Penal (art. 61) igualdad de penas para la autoría, la inducción y la cooperación necesaria³⁶ –todas ellas recogidas en el art. 28 CP-, así como la imposición obligatoria de la pena inferior en grado para la complicidad (art. 63 CP). Sin embargo, la falta de unidad en el marco penal bien puede ser sustentada, como también se puso de manifiesto en las líneas precedentes, por un concepto unitario de autor³⁷, lo que

³⁶ Debe tenerse en cuenta en este punto la reforma al Código Penal introducida por la LO 15 / 2003 en la que se añade al art. 65 un tercer apartado con el siguiente contenido: “*cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*”. Esto significa que la igualdad de penas para la autoría, la inducción y la cooperación necesaria cuenta con una excepción: aquellos delitos en los que las condiciones, cualidades o relaciones personales fundamentan la culpabilidad del autor, lo que sucede, sin duda, en el ámbito de los delitos especiales y en los delitos de infracción de deber.

³⁷ Así lo pone de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 231, exponiendo ampliamente las razones por las cuales no puede decirse que exista impedimentos formales insalvables en el Código Penal español para interpretar que en el mismo cabe un concepto unitario de autor. Los argumentos esgrimidos en esta fundamentación por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, a pesar de exponerse en cuanto al Código Penal de 1973, son totalmente trasladables al actual Código Penal. Vid. págs. 205 - 252.

invalida el argumento de la ausencia de unidad del marco penal para fundamentar el rechazo del concepto unitario de autor. Además, debe tenerse en cuenta que el Código Penal español únicamente establece una pena inferior para la categoría de la complicidad, equiparando las penas en el caso de la autoría, la cooperación necesaria y la inducción³⁸, extremo éste que, lejos de apoyar el rechazo del concepto unitario, casaría con la fundamentación que las teorías basadas en el merecimiento de pena ofrecen para sustentar dicho concepto.

Hasta el momento hemos podido observar que no existen grandes dificultades para entender que el Código Penal español adopta a un concepto unitario de autor, pues se han ido desechando los principales motivos que invalidaban dicha aceptación. Así, ha quedado reflejado que, tanto el argumento de la diferenciación expresa entre las categorías de autoría y participación, como la desigualdad en el marco penal entre ellas, no son un obstáculo insalvable en la aceptación de un concepto unitario. Así las cosas, únicamente podría esgrimirse como razón fundamental, por la cual actualmente se rechaza un concepto unitario de autor en España, la opinión prácticamente unánime de la doctrina acerca

³⁸ Con la salvedad ya indicada en cuanto a la posibilidad de imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate a los inductores o cooperadores necesarios en los que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad (art. 65. 3 CP, reforma LO 15/2003).

de la conveniencia de mantener el principio de accesoriedad de la participación.

Como ya se expuso, en virtud de este principio, sólo puede ser castigado el partícipe si existe un hecho, como mínimo, típico por parte del autor³⁹, extremo que deviene absolutamente incompatible con las premisas básicas de las que parte el concepto unitario de autor, en el que cada interviniente en el hecho va a ser castigado de manera absolutamente independiente a la del resto de sujetos (autores). En conclusión, parece que el único argumento sólido mediante el que rechazar la adopción de un concepto unitario en el Código Penal español, sea la asunción de la construcción dogmática del principio de accesoriedad que vetaría, en todo caso, el castigo independiente de los diversos sujetos intervinientes en un hecho.

³⁹ En este punto, debe tenerse en cuenta las diferentes concepciones que del principio de accesoriedad se mantienen. Así, para poder castigar al partícipe, la teoría de la accesoriedad mínima exigirá la concurrencia de un hecho antijurídico y personalmente imputable al autor. La teoría de la accesoriedad mínima exigirá, en cambio, únicamente la existencia de un hecho típico de autor y, finalmente, los partidarios de la teoría de la accesoriedad limitada requerirán la existencia de un hecho antijurídico del autor.

2. Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría

Hasta el momento han sido examinados, en líneas generales, los principales argumentos en los que se basa el concepto unitario de autor. Tras este análisis, se ha llegado a la conclusión de que el Código Penal español, a pesar de no albergar obstáculos insalvables para ello, no adopta un concepto unitario de autor como criterio válido para la determinación de la autoría. Se ha intentado poner de manifiesto cuáles son las razones que llevan a la doctrina dominante a posicionarse en contra del mencionado concepto, teniendo en cuenta tanto el derecho positivo como las argumentaciones dogmáticas que conducen a afirmar que las características del concepto unitario de autor no se reflejan en el Código Penal español.

Sin embargo, con la finalidad de centrar la cuestión en el objeto sometido a estudio en este trabajo, debe ahondarse en esta materia y verificar la inidoneidad del concepto unitario de autor, no sólo en términos generales, sino sobre todo en aquellos delitos en los que, el círculo de posibles autores se circunscribe por imposición legal expresa o tácita a un determinado círculo de personas. Todo ello puesto que obviamente esta circunstancia se da en aquellos tipos cuyo posible sujeto activo se concreta en la figura del administrador de hecho o de derecho (por ejemplo en algunos delitos societarios).

Posteriormente se realizará un estudio pormenorizado de las categorías dogmáticas en las que pueden incluirse estos delitos, tales como los delitos especiales o los delitos de infracción de deber –así como algunas construcciones mixtas en las que se intentan aunar ambas posturas- con la finalidad de establecer el ámbito en el que debemos situar a los delitos societarios. No obstante ello, resulta conveniente antes de abordar dicho análisis exponer las principales objeciones que presenta el concepto unitario de autor para determinar la autoría en esta clase de delitos.

2.1 Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales

Una de las clases de delitos en los que un concepto unitario de autor encuentra mayores problemas de vigencia y efectividad a la hora de explicar y legitimar el fundamento de la autoría son los delitos especiales⁴⁰. Esta clase de delitos se caracteriza por condicionar la afirmación de la autoría a la concurrencia en el sujeto de una serie de cualidades, relaciones o circunstancias⁴¹. De manera que el “quien” genérico al que hace referencia el resto de delitos comunes, en los delitos

⁴⁰ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 41 y 42.

⁴¹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob.cit. pág. 42.

especiales, se circunscribe únicamente a un determinado círculo de personas, precisamente aquellas en las que concurra la característica o circunstancia exigida legalmente por el tipo penal.

Así las cosas y ante la participación de diversos sujetos en esta clase de delitos, deberá diferenciarse entre aquellos en los que concurren los requisitos típicos exigidos (*intraneus*) y aquellos en los que no concurren (*extraneus*). Frente a esta diferenciación realizada en sede de delitos especiales, cabe preguntarse si el concepto unitario de autor entiende que ambas figuras, esto es, *intraneus* y *extraneus*, van a ser concebidos igualmente como autores del delito especial, con independencia del cumplimiento personal de las especiales cualidades, relaciones o circunstancias exigidas para poder ser autor en esta constelación delictiva.

Si atendemos a la caracterización que ya se ha realizado del concepto unitario de autor, debe concluirse que la solución que debiera adoptar dicho concepto unitario es la de entender que todos los participantes en el delito son autores, equiparando así a todos los intervinientes en el delito especial, con independencia del cumplimiento personal de los elementos anteriormente referidos⁴². Esta equiparación resulta factible gracias a que todos ellos (*intraneus* y *extraneus*)

⁴² Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 42.

intervienen en el delito interponiendo una causa del resultado, extremo considerado suficiente por un concepto unitario –al menos formal- para castigar como autor a un sujeto.

El hecho de que el concepto unitario de autor sitúe en plano de igualdad a *intraneus* y *extraneus* -en el bien entendido de que ambos van a poder ser considerados igualmente autores-, parece llevar a la conclusión de que las especiales características que el tipo exige para poder afirmar la autoría de un sujeto en los delitos especiales, son obviadas por dicho concepto⁴³. Pues bien, a pesar de la aparente indiferencia que manifiesta el concepto unitario de autor ante las cualidades, relaciones o circunstancias que exigen los delitos especiales para la determinación de la autoría, debe ponerse de manifiesto que, aunque dicho concepto pueda “convertir” en autor a un *extraneus*, ello no significa que no tome en consideración los elementos exigidos por los delitos especiales para fundamentar la autoría.

Con ello me refiero a que, en el concepto unitario de autor, se acepta una cierta accesoriedad de los *extranei* respecto al “injusto especial”, esto es, en cuanto a la cualificación específica que debe reunir al menos un interviniente. Se requiere, por tanto, la participación de al menos un sujeto que, por cumplir dichas cualificaciones, sea considerado como

⁴³ En este sentido vid. GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, ob. cit. pág. 59.

intraneus. Otra cosa bien distinta es la aceptación de la accesoriedad del “injusto común”, lo que significa que más allá de esa admitida accesoriedad del “injusto especial”, no existirá dependencia alguna entre los intervinientes⁴⁴. Ello implica que la aportación causal de un *extraneus* —siempre y cuando en el hecho participe también un *intraneus*— va a ser considerada suficiente para fundamentar su calificación como autor del delito, a pesar de que el sujeto que reúne las características requeridas (*intraneus*) no realice un hecho típicamente antijurídico. Esta conclusión es posible dado el rechazo del principio de accesoriedad de la participación que mantiene el concepto unitario de autor.

Resulta, cuanto menos, sorprendente la equiparación que el concepto unitario de autor realiza de los *extranei* e *intranei* en lo que a la posibilidad de considerarlos autores se refiere, contradiciendo así a un sector mayoritario de la doctrina que afirma que únicamente los *intranei* pueden llegar a ser calificados como autores de un delito especial. No obstante ello, en la aceptación de un concepto unitario de autor, como criterio válido para la determinación de la autoría, se ha visto la posibilidad de adoptar algunas soluciones satisfactorias, soluciones que un concepto restrictivo de autor no permitiría. Se trata de algunas lagunas

⁴⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 154 ss., hace referencia, siguiendo a LANGER, al “injusto especial” de los delitos especiales, esto es lo relativo a la cualidad personal exigida en esta clase de delitos, diferenciándolo del “injusto normal o común” que haría referencia a la exigencia de un hecho típico y antijurídico con independencia de la cualificación personal.

de punibilidad⁴⁵ que en el marco de los delitos especiales podrían ser colmadas mediante la adopción de dicho concepto unitario de autor. Así, afirma DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO que, en algunos supuestos, la aplicación de las premisas en las que se basa el concepto unitario conducen a soluciones más satisfactorias que aquéllas a las que da lugar la aplicación de un concepto restrictivo⁴⁶.

Tales son los casos siguientes: a) un *extraneus* se sirve de un *intraneus* como instrumento para cometer un hecho que, al menos formalmente, encaja en el tipo especial; y b) un *intraneus* induce o ayuda a un *extraneus* a cometer el hecho que encaja en la descripción del tipo especial⁴⁷. En estos supuestos la adopción de un concepto unitario de

⁴⁵ En cuanto a las posibles “lagunas de punibilidad” en el ordenamiento jurídico-penal, podría entenderse que éstas son, simplemente, inexistentes. Con ello quiero decir que es una opción asumir que si alguna acción no está recogida típicamente es sencillamente porque el legislador ha querido, expresamente, dejarla fuera del ámbito de la punición y castigo penal, por bien que desde un punto de vista político criminal se entienda que dichas acciones son merecedoras de pena.

⁴⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 158 y 159. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 52.

⁴⁷ En el ámbito de los delitos societarios, como veremos más tarde, la problemática de la participación del *extraneus* podrá solucionarse en gran medida atendiendo a una definición amplia del concepto de administrador de hecho, de tal manera que, sujetos que aparentemente no entran dentro del círculo de posibles autores, puedan ser calificados como administradores de hecho, teniendo en cuenta su capacidad material y fáctica de acción, así como la peligrosidad real que suponen para el bien jurídico protegido. De esta manera podrán ser entendidos como verdaderos *intranei* y la problemática de la autoría –en la mayoría de las ocasiones– pasará por delimitar el grado de participación de varios *intranei* en un mismo delito.

autor permitiría, en el primer ejemplo, el castigo del *extraneus* como autor pues, si se atiende a las premisas de las que parte este concepto, no es necesario para imputar la condición personal que el *intraneus* actúe típica y antijurídicamente. Es por ello que, participando en el delito un *intraneus*, podría castigarse al *extraneus* como verdadero autor del delito especial, pudiendo obviar, en todo caso, si la conducta del *intraneus* es típica y antijurídica.

En el segundo supuesto, *intraneus* y *extraneus* responderían ambos como autores, pues el hecho de que participe un *intraneus* en el delito – en este caso a título de inductor o cooperador- determina que pueda imputársele al *extraneus* la cualidad personal que le falta y que, por otra parte, exige el tipo como requisito esencial para imputar el hecho a título de autoría. En definitiva, cumpliendo la premisa de la participación de un *intraneus* en el delito especial –lo que anteriormente se ha denominado como accesoriedad respecto al “injusto especial”- , se salva el obstáculo de la ausencia de cualificación en el *extraneus*, permitiendo entonces concebir a éste también como verdadero autor del delito.

Por el contrario, la aplicación de un concepto restrictivo de autor conduciría, en ambos casos, a la impunidad de todos los intervinientes en el hecho⁴⁸. En el primer supuesto, porque el *extraneus* realiza objetivamente una conducta de autoría mediata, pero que no puede

⁴⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 52.

imputársele a título de autoría (autor mediato) puesto que le falta la cualificación específica que exige el tipo para poder ser autor del delito especial. En cuanto al *intraneus*, su conducta tampoco puede ser castigada, pues se enmarca dentro de la actuación de un mero instrumento que actúa sin dolo.

Otra alternativa para poder castigar al *extraneus* en este primer supuesto, sería considerarlo inductor o cómplice del delito especial, sin embargo, también esta alternativa conduciría a la impunidad. Y ello porque en muchas ocasiones nos encontraríamos con que la conducta del *intraneus*, que en realidad actúa como un mero instrumento, no sería típicamente antijurídica, por lo que las reglas del principio de accesoriedad aceptadas por un concepto restrictivo, vetarían de nuevo la posibilidad de castigo del *extraneus*⁴⁹ y obviamente también del *intraneus*.

En el segundo caso, en el que un *intraneus* induce o ayuda a un *extraneus* a cometer un hecho que encaja en la descripción de un tipo especial, la aplicación de un concepto restrictivo que parta del principio accesoriedad impide, también en este supuesto, castigar tanto al *extraneus* como al *intraneus*. En efecto, partiendo de las premisas aceptadas por un concepto restrictivo, resulta imposible castigar como

⁴⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 157 y 158.

partícipe a quien induce o ayuda – en este supuesto el *intraneus*- a la comisión de un hecho que no es típicamente antijurídico⁵⁰. En el ejemplo planteado nos encontraríamos, obviamente, ante la ausencia de tipicidad en el hecho cometido por el *extraneus*, precisamente por faltarle a este sujeto la cualificación específica requerida por el tipo. Esta ausencia conduciría, inevitablemente, a la impunidad del *extraneus* por no ser su actuación típicamente antijurídica y a la impunidad del *intraneus* por ayudar o inducir a un hecho de estas características.

Ante estos casos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que la impunidad del *extraneus* es una solución insatisfactoria y que podría solucionarse con la adopción de un concepto unitario de autor que, tal y como se ha visto, permitiría el castigo del *extraneus*. Sin embargo, el mismo autor afirma que, a pesar de que dicho concepto pudiese colmar lagunas de punibilidad en el ámbito de los delitos especiales, las ventajas que aporta no son tan grandes como para aceptar un concepto unitario de autor como criterio válido para la determinación de la autoría⁵¹. Todo ello porque, en primer lugar, la adopción de tal concepto supondría la siempre insatisfactoria renuncia a la distinción entre autoría y participación rechazando, asimismo, las premisas de las que parte el principio de la

⁵⁰ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 52. Partiendo en autor de la aceptación del principio de accesoriedad limitada, que exige, como ya se ha puesto de manifiesto, la comisión de un hecho típicamente antijurídico por parte del autor.

⁵¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 159.

accesoriedad y, en segundo lugar, porque la existencia de lagunas de punibilidad en los delitos especiales derivadas de la aplicación de un concepto restrictivo de autor, podrían ser colmadas por un legislador previsor⁵².

A pesar de las posibles ventajas que representaría la aplicación de un concepto unitario de autor como criterio delimitador de la autoría en los delitos especiales, son muchos los inconvenientes que se atisban en los argumentos que la doctrina esgrime para la rechazar este concepto. En primer lugar se ha hecho referencia a la incapacidad del concepto unitario de autor para tener en cuenta la probable diferencia de merecimiento de pena existente entre la conducta realizada por el *intraneus* y la realizada por el *extraneus*. Ello es debido a que en un concepto unitario de autor todos los intervinientes en el hecho van a ser considerados autores, entendiendo esto como una equiparación también en el ámbito penológico⁵³.

Sin embargo debe tenerse en cuenta –tal y como se puso de manifiesto en las líneas precedentes- que también un concepto unitario de

⁵² En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 159; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 53 y 54. Este autor ejemplifica ampliamente las posibles soluciones que, atendiendo al derecho comparado, podrían adoptarse para evitar la impunidad de todos los intervinientes en supuestos como los enumerados en el texto.

⁵³ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 57.

autor puede rechazar dicha equiparación penológica, lo que desvirtuaría y dejaría vacío de contenido dicho argumento. Por otra parte, la equiparación penológica no resulta exclusiva de un concepto unitario de autor, sino que en ordenamientos en los que se opta –según doctrina mayoritaria- por un concepto restrictivo de autor, también puede reflejarse este fenómeno.

Tal sería el caso del Código Penal español, en el que tanto el inductor como el cooperador necesario serían castigados con la misma pena del autor, en este caso del *intraneus*. Por consiguiente, y teniendo en cuenta la igualdad de soluciones a las que pueden llegar tanto un concepto unitario de autor como uno restrictivo, no puede aceptarse este argumento como definitivo para rechazar el primero en detrimento del segundo⁵⁴.

También se esgrime por la doctrina, como argumento que pone de manifiesto la incompatibilidad del concepto unitario de autor con los delitos especiales, el olvido por parte de dicha teoría del carácter accesorio de la intervención del *extraneus* en relación con la del *intraneus*. En cuanto a esta argumentación cabe precisar que este aspecto no es del todo ignorado por el concepto unitario. Como ya se ha puesto

⁵⁴ En este sentido GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 61 y 63, pone de manifiesto el hecho de que no resulta en absoluto evidente que la intervención del *extraneus* siempre sea menos merecedora de pena que la intervención de un *intraneus*, así afirma GÓMEZ MARTÍN que ello dependerá –el menor o igual merecimiento de pena- de la clase de delito especial de que se trate.

de manifiesto, se acepta una cierta accesoriedad en cuanto al “injusto especial”, esto es, las características o cualificaciones específicas que el tipo exige que concurran en el sujeto, resultando así necesario la concurrencia de al menos un sujeto que reúna dichas características. Sin embargo, esta pretendida accesoriedad no requiere de una intervención típicamente antijurídica del *intraneus* para poder castigar al *extraneus*, extremo que distancia, efectivamente, al concepto unitario de un concepto restrictivo en lo que a la accesoriedad de la intervención del *extraneus* se refiere.

Que el concepto unitario de autor parta de un criterio que atienda a si el sujeto interpone o no una causa del resultado para determinar la autoría es entendido por la doctrina como incompatible e insuficiente para explicar la esencia de los delitos especiales. Se afirma que la esencia de esta constelación delictiva atiende precisamente a las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo, siendo estos elementos típicos los que determinan que el injusto de los delitos especiales sea, en realidad, un injusto especial⁵⁵. Precisamente es este extremo el que fundamenta el menor desvalor de la conducta del *extraneus*, pues la falta de cualificación exigida lo distancia –más que en los casos normales de participación- del ámbito de lo típico en esta clase de delitos⁵⁶.

⁵⁵ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 64.

⁵⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 161 y 162.

Los que así opinan, afirman la imposibilidad de escisión entre el elemento personal, esto es las cualidades específicas exigidas por el tipo para poder ser autor, y la acción típica, pues ambos aspectos deben conformar el injusto especial existente en esta clase de delitos. La disociación de ambos elementos convierte la cualificación personal en algo puramente relacionado con el resultado, quitándole su valor de fundamento en el desvalor de acción; es decir, se convierte un elemento de autoría en un mero elemento relacionado con la lesión del bien jurídico⁵⁷.

Así las cosas, la distinción entre sujetos en quienes concurren los elementos referidos y aquellos en quienes no concurren, considerando a los primeros autores y a los segundos meros partícipes, será el único modo de respetar la esencia de la autoría en los delitos especiales⁵⁸, esencia que, según esta interpretación, no contempla el concepto unitario de autor.

A la vista de estos argumentos cabría concluir la incompatibilidad y, por tanto, la inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales, siendo preferible la

⁵⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 160.

⁵⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 66.

adopción de un concepto restrictivo de autor⁵⁹, concepto que, según los argumentos ya expuestos, explicaría de manera más satisfactoria las peculiaridades que en sede de autoría presentan los delitos especiales.

2.2 Inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber

El hecho de que algunos tipos penales reduzcan el círculo de posibles autores a sujetos en los que se exige la concurrencia de determinadas características, ha llevado a un sector de la doctrina a catalogar dichos delitos como delitos de infracción de deber. Tal y como se formula por ROXIN⁶⁰, esta categoría dogmática atiende

⁵⁹ A favor de la adopción de un concepto restrictivo de autor como criterio válido para la determinación de la autoría vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 167. Sin embargo debe ponerse de manifiesto que este autor no rechaza el concepto unitario de autor por sus deficiencias en el campo de los delitos especiales. Las razones por las cuales se decanta por un concepto restrictivo se ponen de manifiesto a lo largo de toda la obra pero, en cuanto a los delitos especiales, no se plantea grandes dificultades e inconvenientes para adoptar como válido un concepto unitario de autor pues entiende que dicho concepto puede explicar el fenómeno de la intervención de distintas personas (*intraneus* y *extraneus*) en delitos especiales. Aceptando también la idoneidad de un concepto restrictivo de autor para la determinación de los delitos especiales en el ámbito germánico vid. por todos WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/519 pág. 184, diciendo expresamente que el *extraneus* no puede ser autor, coautor, ni autor mediato.

⁶⁰ Posteriormente se analizará con más profundidad la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber, análisis que se extenderá a construcciones mixtas. Sin embargo en este punto y con la finalidad de determinar la inidoneidad del concepto unitario de autor en esta constelación delictiva, me basaré exclusivamente en la construcción elaborada por ROXIN, quien en su conocida monografía *Täterschaft*

exclusivamente al deber extrapenal que ostenta un determinado sujeto como único criterio en el que basar la afirmación de la autoría.

Así las cosas, el elemento que decide sobre la autoría se limita exclusivamente a la infracción del deber que, de manera extrapenal, obliga al sujeto, siendo éste el único que, precisamente por infringir dicho deber, puede ser considerado autor⁶¹. Por el contrario, aquellos sujetos en los que no concurra el deber extrapenal no podrán ser considerados autores, calificando su aportación al hecho como de mera participación.

De este modo podemos diferenciar, también en esta formulación dogmática, entre *intraneus* y *extraneus*, caracterizándose el primero por ostentar un deber que le otorga una especial relación con el contenido de injusto del hecho y que, concurriendo dicho deber en el sujeto y existiendo una infracción del mismo, determinará, en cualquier caso, la imputación de su acción a título de autoría. El *extraneus*, por el contrario, se caracteriza por no venir obligado por dicho deber, extremo que, con

und Tatherrschaft formula y desarrolla por primera vez los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). Debe también ponerse de manifiesto que dicha categoría dogmática abarca no sólo a lo que se ha denominado como delitos especiales sino que se extiende también a otra clase de delitos, extremo al que en este punto no se hará referencia y que será expuesto y desarrollado más tarde, vid. infra Parte II Capítulo II 1.

⁶¹ En este sentido ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 386 y 387.

independencia del valor cuantitativo y cualitativo de su aportación, le impedirá, en todo caso, llegar a ser calificado como autor.

Siendo la infracción del deber el único criterio válido –siempre según ROXIN- para fundamentar la autoría, cualquier aportación al hecho de un sujeto que resulte obligado por un deber especial se convierte automáticamente en una aportación a título de autoría. Ello es así porque lo determinante en los delitos de infracción de deber no es si la aportación al hecho del sujeto deviene cuantitativa y cualitativamente suficiente, sino precisamente si en su actuación infringe o no el deber por el que viene obligado.

Esta consecuencia aproximaría aparentemente esta construcción dogmática a un concepto unitario de autor. En efecto, una consecuencia de la adopción de un concepto unitario de autor es que todo interviniente en un delito que aporte una causa al resultado va a ser considerado autor, derivándose de ello tanto la posibilidad de que un *extraneus* sea considerado autor, como que cualquier intervención de un *intraneus* sea entendida como suficiente para fundamentar su autoría⁶². Pues bien, esta última posibilidad se manifiesta también, tal y como ya se ha hecho referencia, en la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber, puesto que cualquier aportación del especialmente obligado

⁶² En este sentido vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 64.

fundamenta la imputación a título de autoría⁶³. Ello significa, a su vez, que la distinción entre autoría y participación en aquellos sujetos que ostentan este especial deber extrapenal deviene absolutamente irrelevante, pues todos ellos son autores del delito por el mero hecho de infringir el deber común por el que vienen obligados.

Tales argumentaciones en torno a la autoría del sujeto especialmente obligado, supone que algunas de las críticas dirigidas al concepto unitario de autor, cual es la de convertir un elemento de autoría —en este caso el especial deber— en algo puramente relacionado con el resultado, puede dirigirse también a esta clase de delitos, puesto que ostentando el *intraneus* el deber éste sería siempre autor, prescindiendo de la modalidad concreta de su acción⁶⁴.

A pesar de que esta caracterización de la figura del autor en los delitos de infracción de deber pueda asemejarse al concepto unitario de

⁶³ En este sentido reconociendo ciertas similitudes entre los delitos de infracción de deber y el concepto unitario de autor vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 153 nota 379. Incluso el propio ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 414, reconoce cierta similitud con el concepto extensivo de autor en cuanto a la irrelevancia de las formas externas de conducta del especialmente obligado (*intraneus*).

⁶⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 160 nota 399, en la que hace referencia a las críticas que BLOY dirige al concepto unitario de autor y que extiende a los delitos de infracción de deber por las similitudes que con este concepto de autor presenta.

autor⁶⁵, bajo mi punto de vista, esta aparente similitud debe ser matizada. Si bien ROXIN delimita el círculo de posibles autores en esta clase de delitos a aquellos sujetos en los que recae un especial deber extrapenal, y dentro de este círculo carece de importancia la aportación del sujeto al hecho, no es menos cierto que este autor no renuncia en absoluto a la categoría de la participación en los delitos de infracción de deber. Precisamente ROXIN afirma que podrá ser considerado partícipe todo sujeto que, habiendo intervenido en el hecho, no reúna la cualidad específica, esto es, un especial deber extrapenal.

Así las cosas, existiendo la posibilidad de distinción entre autoría (*intraneus*) y participación (*extraneus*) en los delitos de infracción de deber no puede hablarse de un concepto unitario de autor en esta clase de delitos, pues es precisamente la imposibilidad de diferenciación entre autoría y participación una de las principales consecuencias de la aceptación de un sistema no diferenciado como es el concepto unitario, extremo que, como se ha puesto de manifiesto, no se daría en los delitos de infracción de deber.

Rechazada esta aparente similitud entre los delitos de infracción de deber —en su formulación básica elaborada por ROXIN— y el concepto

⁶⁵ En este sentido vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 78, afirmando que ROXIN acaba asumiendo las premisas básicas del modelo unitario en relación a los sujetos cualificados en la teoría de los delitos de infracción de deber, afirmación que bajo mi punto de vista no puede ser sostenida, tal y como se indica en el texto.

unitario de autor, debe ponerse de manifiesto las principales razones por las cuales debe desestimarse dicho concepto unitario como criterio válido para la afirmación de la autoría en esta clase de delitos. En este punto debe advertirse que tanto los delitos de infracción de deber como los delitos especiales comparten estructuras similares, lo que permite, en lo esencial, trasladar a los delitos de infracción de deber las críticas efectuadas al concepto unitario de autor en relación a los delitos especiales.

Los delitos de infracción de deber distinguen, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, entre *intraneus* y *extraneus*, concurriendo en los primeros un especial deber extrapenal que obliga al sujeto en cuestión y careciendo los segundos del mismo. Esta diferenciación equipara los delitos de infracción de deber a los delitos especiales, pues en esta última constelación delictiva también se realiza dicha diferenciación. El *intraneus* se caracteriza por concurrir en él determinadas cualidades, relaciones o circunstancias estando ausente las mismas en el *extraneus*. Esto implica que, en ambas construcciones dogmáticas, sólo el *intraneus* va a poder ser entendido como autor, mientras que el *extraneus* podrá ser calificado únicamente de partícipe.

El deber extrapenal necesario para ser calificado como autor se convierte, en los delitos de infracción de deber, en el fundamento de los mismos, pues dota –al igual que sucedía en los delitos especiales– al

sujeto que lo ostenta de una especial relación con el contenido de injusto del hecho⁶⁶. Siendo esto así, debe concluirse que un concepto unitario de autor tampoco recogería ni explicaría la esencia de los delitos de infracción de deber, dado que, según su concepción, un sujeto no obligado podría ser considerado autor a pesar de no infringir dicho deber en su actuación.

Pues bien, esto es precisamente lo que deviene absolutamente incompatible con las premisas básicas de los delitos de infracción de deber, ya que lo más importante en esta clase de delitos es la cualificación del autor materializada en el especial deber, deber que fundamentará, en caso de concurrir en el sujeto, la afirmación de la autoría en todo caso y, de estar ausente, la participación. En la medida en que se aceptase un concepto unitario debiera concebirse como autor a un sujeto que no ostenta ese especial deber, con lo que la principal característica de la categoría que nos ocupa resultaría irrelevante. La incompatibilidad entre el concepto unitario de autor y la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber queda, por tanto, puesta de manifiesto, puesto que aquel concepto no atiende al fundamento último en el que se basa dicha construcción.

Otro de los motivos por los que el concepto unitario de autor no encuentra acomodo en la clase de delitos que nos ocupa, reside en la

⁶⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 387 y 388.

aceptación por parte de éstos del principio de accesoriedad. En efecto, la caracterización que ROXIN realiza de los delitos de infracción de deber permite admitir como válido el principio de accesoriedad, pero en el bien entendido que para este autor este principio requiere únicamente una acción objetivamente típica, sin necesidad de que en ella se requiera la concurrencia de dolo en el plano subjetivo⁶⁷. Por tanto y, siempre según esta fundamentación, se aceptaría la participación de un *extraneus* en un hecho principal –de un *intraneus*- no doloso.

Esta postura deriva de la premisa básica que caracteriza a esta clase de delitos, esto es, la infracción de un deber como elemento exclusivo mediante el cual afirmar la autoría del sujeto, desechando la importancia del tipo subjetivo así como de cualquier otro criterio, como por ejemplo el dominio del hecho como factor coadyuvante en la determinación de la autoría. De ello se deduce que, el *extraneus* responderá como partícipe siempre y cuando el *intraneus*, a través de la infracción del especial deber que ostenta, lleve a cabo una acción objetivamente típica.

Esto deriva en la aceptación -si bien modificado tal y como se ha expuesto- del principio de accesoriedad⁶⁸, en virtud del cual, únicamente

⁶⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 406.

⁶⁸ La formulación del principio de accesoriedad que utiliza ROXIN en la fundamentación de los delitos de infracción de deber resulta, cuanto menos, sorprendente y dista notablemente del concepto que tradicionalmente se ha mantenido del principio de accesoriedad. Sorprende la disociación que realiza ROXIN de lo objetivo y subjetivo del tipo para fundamentar la aceptación del principio de

será posible el castigo del *extraneus* en la medida en que el *intraneus* realice una conducta objetivamente típica. Pues bien, que se condicione el castigo del *extraneus* a la realización de una conducta objetivamente típica por parte del *intraneus*, pone de manifiesto la incompatibilidad del concepto unitario de autor con los delitos de infracción de deber, pues en aquel concepto no se concibe dependencia alguna entre los diferentes sujetos que participan en un mismo hecho.

Ante estos argumentos, que esencialmente coinciden con los esgrimidos en cuanto a la inidoneidad del concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales, cabe únicamente pronunciarse de nuevo en contra de la aceptación de este concepto de autor como criterio válido en la delimitación de la autoría en los delitos de infracción de deber.

3. El concepto extensivo de autor

El punto de partida del concepto extensivo de autor coincide ampliamente con el del concepto unitario. Tanto es así que un sector doctrinal cree posible referirse al concepto extensivo en dos sentidos distintos, uno amplio en el que entender incorporado también el concepto unitario y otro estricto que haría únicamente referencia al concepto que

accesoriedad en esta clase de delitos, extremo que será analizado con detenimiento en

nos ocupa⁶⁹. Desde aquí, se hará referencia al concepto extensivo en un sentido “estricto”, esto es, sin incluir el concepto unitario de autor ya explicado.

El concepto extensivo de autor, a diferencia del concepto unitario, se caracteriza por admitir la distinción entre las categorías de autoría y participación, concibiendo esta última como excepción a la autoría general, esto es, como causa de restricción de la punibilidad o la tipicidad⁷⁰. Este concepto de autor –que normalmente es defendido desde una perspectiva de *lege lata*- partiendo de la exigencia legal que obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad⁷¹, pretende la búsqueda de criterios diferenciadores que permitan la delimitación entre autoría y participación.

la exposición de la teoría de los *Pflichtdelikte*, vid. infra Parte II Capítulo II 1.3.3.

⁶⁹ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 255; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 337; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 79.

⁷⁰ Vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 255; GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, ob. cit. pág. 60; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 368; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 79.

⁷¹ La doctrina ha puesto de manifiesto que es precisamente ésta una de las diferencias que podemos encontrar entre el concepto unitario y el concepto extensivo de autor. Mientras el primero es defendido normalmente desde una perspectiva *de lege ferenda*, el segundo, en cambio, es defendido casi siempre desde una perspectiva *de lege lata* en el marco de sistemas legales diferenciadores entre autoría y participación. En este sentido vid. por todos GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 79.

En efecto, el concepto extensivo partiendo también de la teoría de la equivalencia de las condiciones, esto es, de una teoría causal, y ante la obligación legal de distinguir diferentes grados de responsabilidad, se elaboran en el plano objetivo (concepto extensivo-objetivo) y en el plano subjetivo (concepto extensivo-subjetivo) diversas teorías que permitan la distinción entre autoría y participación.

El concepto extensivo de autor se ha fundamentado en teorías objetivas⁷² que, efectivamente tienen como punto de partida teorías causales, sin embargo, y a pesar de partir de las mismas premisas que el concepto unitario de autor, aceptan la diferencia entre autoría y participación entendiendo que la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad en la valoración jurídica. Es lo que se ha denominado concepto extensivo-objetivo de autor. Esta construcción dogmática del concepto extensivo basado en teorías puramente objetivas se asemeja considerablemente al concepto unitario funcional ya mencionado. Dado que las críticas que pueden esgrimirse al respecto no difieren en demasía de las expuestas para el concepto unitario de autor, las doy por

⁷² Uno de los representantes más significativos del concepto extensivo-objetivo es Eberhard SCHMIDT, quien en su formulación afirma que los criterios jurídicos para la determinación de los conceptos de autoría participación son la “realización del delito”, la “realización del tipo” y la “lesión del intereses”. Según este autor sería autor el sujeto del que es posible afirmar que “realiza el delito”, “realiza el tipo” o “lesiona intereses”. El partícipe, por el contrario sería aquel sujeto que pese a intervenir en el proceso causal interponiendo una causa del resultado ni “realiza el delito”, ni “realiza el tipo”, ni tampoco “lesiona intereses”, SCHMIDT, *Die mittelbare Täterschaft*, en FS-Frank (II) 1969, págs. 116 ss.

reproducidas y trataré únicamente las teorías que, desde una perspectiva subjetiva, pretenden la diferenciación entre autoría y participación⁷³.

Las teorías subjetivas, utilizadas en la delimitación del concepto extensivo de autor, parten de la idea de que en el plano objetivo – que puede identificarse con el causal- no es posible establecer diferencias entre los distintos intervinientes. Siendo imposible dicha distinción en el plano causal, las teorías subjetivas acuden al plano subjetivo, en el cual se podrá distinguir a los sujetos que actúen con *animus auctoris* y los que lo hagan con *animus socii*, siendo los primeros considerados autores y los segundos partícipes⁷⁴. De este modo, las teorías subjetivas centran la distinción entre las categorías de autoría y participación única y

⁷³ Sobre el concepto extensivo de autor y las teorías objetivas vid. ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 259 - 289; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. págs. 272 ss., en relación al concepto de autor en los delitos imprudentes y págs. 296 ss, en relación a los principales defensores del concepto extensivo objetivo; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 16 y 17; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. págs. 31 - 33.

⁷⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 289 y 290; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 18 y 19; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 73. También brevemente resumido en EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. pág. 189; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 29/38 a 29/47 págs. 678 a 681; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/515 pág. 182; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 25/19 pág. 11; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed. Berlín 2004 21/13 y 21/14 pág. 291; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 38/38; 38/39 y 38/40 págs. 310 y 311.

exclusivamente en el *animus* con el que actúa el sujeto, siendo de este modo, el plano subjetivo (intención, motivación del sujeto) el criterio que determine la calificación de un sujeto bien como autor o bien como partícipe.

En el marco del concepto extensivo-subjetivo de autor, las denominadas **a) *teoría del dolo*** y **b) *teoría del interés*** ofrecen diferentes criterios mediante los cuales pueda determinarse cuándo un sujeto actúa con *animus auctoris* o con *animus socii*, esto es, cuándo la intervención de un sujeto en el hecho va a poder ser calificada a título de autoría y cuándo a título de participación. Así, la ***teoría del dolo***, basa la determinación del *animus auctoris* y del *animus socii* en la autonomía de la voluntad para el primer supuesto y la dependencia de la misma en el segundo. En cambio, la ***teoría del interés*** ofrece como criterio diferenciador entre ambas categorías, es decir, la autoría y la participación el interés propio (*animus auctoris*) o ajeno (*animus socii*) del sujeto en la comisión del hecho⁷⁵.

Como se verá posteriormente, el Código Penal español parece no acoger un concepto extensivo-subjetivo de autor, sin embargo la llamada **c) “*teoría del acuerdo previo*”** mantenida por el Tribunal Supremo, ha sido interpretada por la doctrina como la adopción jurisprudencial de una

⁷⁵ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 73.

teoría subjetiva en la que basar la delimitación de la autoría, siendo esta la principal razón que justifica su análisis en este lugar.

a) La *teoría del dolo* entiende que el *animus auctoris*, es decir, lo que caracteriza subjetivamente al autor, consiste en una ***voluntad autónoma o independiente***, mientras que el *animus socii*, esto es, el elemento subjetivo caracterizador del partícipe, se configura como una ***voluntad no autónoma o dependiente*** de la del autor y, por ende, subordinada a la misma⁷⁶. Así las cosas, el autor, para la teoría del dolo, se sitúa en una posición privilegiada, no reconociendo otra voluntad superior a la suya (*animus auctoris*), mientras que el partícipe dejaría a criterio de otro sujeto – el del autor- si el hecho va a llegar o no a la consumación, erigiéndose, por tanto, en una figura absolutamente dependiente de la del autor (*animus socii*)⁷⁷.

Esta formulación acuñada por la teoría del dolo, si bien ofrece criterios que permiten distinguir entre diferentes grados de responsabilidad, no es considerada satisfactoria por la doctrina actual en lo que respecta a la delimitación del concepto de autor y de partícipe. Algunas de las principales críticas que se han dirigido contra esta teoría

⁷⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 315.

⁷⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 316; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 75. Ambos desarrollan extensamente los orígenes dogmáticos de la teoría del dolo aludiendo a v. BURI y BOCKELMANN como máximos exponentes de esta teoría.

subjetiva pasan por advertir la debilidad de los argumentos subjetivos en la medida en que los sucesos externos –proceso causal- no coincidan con la voluntad interna de los sujetos.

En este sentido, afirma ROXIN, que incluso puede darse la posibilidad de tener que calificar –siempre atendiendo a los criterios ofrecidos por la teoría del dolo- a dos personas que realizan conjuntamente un hecho como meros partícipes, pues cada uno de ellos ha dejado internamente la ejecución a criterio del otro faltando, precisamente por no contar con un sujeto con voluntad independiente, la figura del autor⁷⁸. En este ejemplo, la teoría del dolo nos abocaría, dada la preponderancia del elemento subjetivo que sostiene a la hora de delimitar la figura del autor y la del partícipe, a una solución, sin duda, insatisfactoria. Así las cosas, aplicando dichos criterios subjetivos, se contemplaría un hecho con partícipes pero sin autor, resultado éste que no puede ser sostenido bajo ningún concepto.

A pesar de esta importante crítica, que pone de manifiesto las carencias que presentan los argumentos ofrecidos por la teoría del dolo, el propio ROXIN reconoce los esfuerzos realizados por los autores defensores de esta teoría subjetiva por reformar y adaptar sus criterios. Reformas surgidas con la finalidad de salvar las posibles incongruencias

⁷⁸ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 76. Vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 317.

a las que, como ya se ha evidenciado, puede conducir la aplicación de estos argumentos. En este intento por evitar dichos resultados, se añade a los fundamentos aportados por la teoría del dolo la *limitación de la situación fáctica objetiva*.

Ello significa que la delimitación subjetiva, esto es, la atribución a cada sujeto de la calificación de autor o partícipe según lleve a cabo su conducta con *animus auctoris* (voluntad autónoma o independiente) o con *animus socii* (voluntad no autónoma o dependiente) respectivamente, no puede contradecir lo que sucede en el plano objetivo⁷⁹. Esto, sin duda, resta importancia al plano subjetivo, puesto que se supedita la afirmación de la autoría basada en el *animus* con el que actúa el sujeto, al hecho de que no exista contradicción con el plano objetivo.

A esta reformulación de la teoría del dolo, ROXIN, le atribuye un abandono del criterio subjetivo como factor de delimitación decisivo, lo que implica, por tanto, la dejación de una teoría puramente subjetiva como es la teoría del dolo en su formulación más clásica⁸⁰. Así las cosas, en aras de superar los resultados adversos a los que puede conducir la

⁷⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 317; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 76.

⁸⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 77. Si bien el ROXIN expone las principales objeciones que pueden oponerse a esta teoría subjetiva, también ROXIN reconoce a la teoría del dolo una aportación importante en la resolución de los problemas de la autoría, así como la semejanza de la misma al trasladarla al plano objetivo con la del dominio del hecho.

aplicación del criterio meramente subjetivo, la teoría del dolo abandona la exclusividad del plano subjetivo como único criterio con el que determinar la autoría o la participación, extremo que alejaría a esta teoría –siempre claro está que adopte dicha reformulación- de la teorías puramente subjetivas.

b) La *teoría del interés*, partiendo también de la premisa de que en plano objetivo (causal) no cabe diferenciación alguna entre autoría y participación basa, al igual que la teoría del dolo, la delimitación entre ambas figuras en criterios puramente subjetivos. Así, esta teoría entiende que el sujeto actúa con *animus auctoris* y, por tanto, puede considerársele autor, cuando tiene o persigue un *interés propio en el hecho*. En cambio, el partícipe, es decir, el sujeto que actúa con *animus socii*, es aquel que actúa en *interés ajeno*⁸¹.

Esta formulación se asemeja considerablemente a la fundamentación esgrimida por la primera de las teorías subjetivas analizada, extremo que pone de manifiesto ROXIN⁸². Este autor afirma que esta estrecha similitud entre una y otra teoría subjetiva fundamenta, incluso, la incorrección de la teoría del interés si pretende ser aplicada al

⁸¹ Vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 321.

⁸² Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 78. El autor afirma que “... la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo”.

margen de los criterios que ofrece la teoría del dolo. ROXIN sostiene que si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho, es presumible que deje su realización también a criterio de otro en cuanto auténtico interesado⁸³.

Por este motivo, la solución de calificar a un único autor como partícipe, por el mero hecho de actuar en interés de otro, pero ostentando una voluntad autónoma o independiente –precisamente por ser el único sujeto que ejecute el hecho– deviene, en opinión de ROXIN, absolutamente incorrecta⁸⁴. En definitiva, entiende este autor, que sólo es aplicable la teoría del interés en unión a los criterios ofrecidos por la teoría del dolo, siendo, por tanto, predicable de aquélla las mismas ventajas e inconvenientes que para la teoría del dolo⁸⁵.

⁸³ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 78.

⁸⁴ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 79. ROXIN ejemplifica esta incorrección con el caso de un asesino a sueldo que actúa en interés del sujeto que lo contrata, pero que evidentemente actúa con voluntad autónoma e independiente precisamente por ser el único ejecutor. En este caso y, siguiendo exclusivamente los argumentos esgrimidos por la teoría del interés, debiera considerarse al que ejecuta el asesinato como mero partícipe, pues actúa en interés ajeno, solución del todo incongruente desde la perspectiva del autor. En este sentido vid. también DIÁZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 322 y 323, expone los principales casos de la jurisprudencia alemana en los que la adopción de los criterios que fundamentan la teoría del interés han llevado a soluciones absolutamente insostenibles.

⁸⁵ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 79.

Las teorías subjetivas que en el marco de un concepto extensivo de autor intentan delimitar las categorías de la autoría y la participación, han sido rechazadas fundadamente por la doctrina, con el argumento de que resultan extremadamente difusas y vacías de contenido. Estas teorías muestran la ausencia de una clara delimitación en sus fronteras, pudiendo por ello dar lugar a cualquier resultado⁸⁶. En este sentido afirma GIMBERNAT que, una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito, por el mero hecho de actuar en interés de otro o no por tener en su actuación una voluntad independiente, debe ser calificada sencillamente como técnicamente incorrecta⁸⁷.

Se afirma también, como argumento contrario a la aceptación de las teorías subjetivas, que pugnan con el principio estructural del Derecho Penal vigente. Debe tenerse en cuenta que este sector del ordenamiento

⁸⁶ Vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1966, pág. 50 ss.

⁸⁷ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 53. El autor se basa en los conocidos “caso de la bañera” y “caso Staschynskij” de la jurisprudencia alemana para afirmar que dichas teorías subjetivas constituyen una aberración y que resultan incompatibles con la más elemental sensibilidad jurídica. Del mismo modo y a través de los mismos ejemplos GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/31 y 10/32 pág. 333; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/19 pág. 11; STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, ob. cit. 12/14 págs. 298 y 299; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 20/22 págs. 764 y 765; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 936 y 937 pág. 374. Específicamente sobre el “caso Staschynskij” URBAN, *Mittelbar Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen 2004, págs. 30, 170 y 192.

jurídico se manifiesta en tipos descritos y delimitados preferentemente de modo objetivo⁸⁸, lo que impediría adoptar criterios basados exclusivamente en el plano subjetivo para dotar de contenido lo que expresa y legalmente queda fijado por parámetros objetivos.

En lo que se refiere al Código Penal español, debe concluirse que, un concepto extensivo de autor basado en teorías subjetivas, difícilmente puede ser mantenido desde la perspectiva del derecho positivo. El art. 28 CP hace referencia, en primer lugar, a la autoría directa e inmediata y a la autoría mediata. Así este precepto establece en el primer párrafo que: *“son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”*. Quizá, la mera alusión a la *realización del hecho*, no sea un dato suficiente para deducir claramente el rechazo a las teorías subjetivas. Así, podríamos entender que, la alusión a la realización del hecho no implica necesariamente un rechazo obvio a las teorías subjetivas y su principal consecuencia: la afirmación de la autoría o de la participación en función de la existencia de *animus auctoris* o *animus socii* respectivamente.

Si bien el primer apartado del art. 28 CP no permite desechar claramente la adopción de las teorías subjetivas por parte del derecho positivo, sí puede desestimarse abiertamente dicho argumento en la referencia a las figuras de la inducción, la cooperación necesaria y la

complicidad. El art. 28 II CP se refiere tanto al inductor como al cooperador necesario a través de criterios claramente objetivos, cuales son “*inducir directamente*” o “*cooperar a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”. En definitiva, estamos ante criterios ciertamente objetivos que nada tienen que ver con el *animus socii* – voluntad dependiente según la teoría del dolo o interés ajeno según la teoría del interés- que, con arreglo a las teorías subjetivas, debe concurrir en un sujeto para tipificar su contribución al hecho a título de participación.

También el análisis del art. 29 CP en el que se recoge la complicidad muestra la incompatibilidad de las teorías subjetivas con el Código Penal español. Dicho artículo describe esta figura como “*cooperar a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”, criterios estos eminentemente objetivos y por ende opuestos a la delimitación subjetiva que las teorías del dolo o del interés realizan de la autoría y la participación. Ante estos argumentos, basados esencialmente en la descripción legal de la participación, debe concluirse en el rechazo o, simplemente no adopción, por parte del Código Penal español de un concepto extensivo de autor basado en teorías subjetivas⁸⁹.

⁸⁸ Vid. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 592.

⁸⁹ En este sentido MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 369.

c) A pesar de que, por las razones ya expuestas, puede afirmarse que el derecho positivo español no se decanta por un concepto extensivo de autor basado en teorías subjetivas, debe ponerse de manifiesto que, la llamada “*teoría del acuerdo previo*” mantenida por el Tribunal Supremo, ha sido interpretada como la adopción jurisprudencial de una teoría subjetiva en la que basar y delimitar la (co)autoría. Esta teoría ha sido utilizada por el TS, tal y como indica GIMBERNAT, desde 1918, siendo a partir de 1924 una doctrina constante en dicho Tribunal⁹⁰.

Según la “teoría del acuerdo previo”⁹¹ basta para ser (co)autor el dato de una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de los actos materialmente realizados por cada uno de ellos⁹². Ello implica que, probada la existencia de un acuerdo o confabulación previa, el acto de cada delincuente resulta un mero “accidente” de la acción conjunta⁹³. Siendo esto así, deduce GIMBERNAT que, existiendo acuerdo previo entre los diversos sujetos,

⁹⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 59; GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, ob. cit. págs. 61 ss. Más recientemente sobre esta teoría, QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, ob. cit. págs. 620 ss.

⁹¹ En cuanto a esta teoría entiende DÍAZ Y GARCÍA que sería mejor denominarla como “teoría del acuerdo mutuo o recíproco” pues el TS acepta que tal acuerdo no hace falta que sea previo, sino que puede ser también instantáneo y tácito o expreso. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 350.

⁹² Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 369.

⁹³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 78.

se es autor directo y, por el contrario, cuando no existe acuerdo previo, no se es autor directo⁹⁴. Tal afirmación coloca al acuerdo o concierto entre los diferentes sujetos en una situación de preponderancia tal que reduce a la mera insignificancia la aportación concreta de cada uno de los intervinientes en el hecho⁹⁵.

Pues bien, tal teoría mantenida por el Tribunal Supremo ha sido calificada por la doctrina como una reminiscencia de las teorías subjetivas, ya que fundamenta la (co)autoría basándose en un criterio esencialmente subjetivo, cual es la existencia de un “dolo común” de todos los intervinientes prescindiendo de la actuación material de cada sujeto⁹⁶. A pesar de esta equiparación de la “teoría del acuerdo previo” con las teorías subjetivas, mantenida prácticamente de manera unánime por la doctrina, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha puesto de manifiesto que tal equiparación debe ser, como mínimo, matizada.

⁹⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 81, deduce estos dos principios básicos de la teoría del acuerdo previo utilizada por el TS.

⁹⁵ Afirma PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 351 que dicha teoría contradice el principio de legalidad puesto que para hacer a todos los codeficientes responsables por coautoría, no se exige sólo el concierto de voluntades para delinquir, sino también haber tomado con actos necesarios parte directa en la ejecución del tipo delictivo. El acuerdo previo, por tanto, se convierte en condición necesaria pero no suficiente para calificar a un sujeto como coautor.

⁹⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 149; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 356.

Así, este autor afirma que, si bien el acuerdo o confabulación puede ser entendido como un criterio subjetivo, éste lo es en un sentido absolutamente distinto al de las teorías subjetivas, pues éstas exigen –tal y como ya se puso de relieve- además del dolo común presente en la “teoría del acuerdo previo”, una ulterior intención de actuar de un determinado modo. De esta suerte, para ser calificado como autor se exigiría, junto a la comunidad en el dolo, actuar en interés propio en el caso de la teoría del interés y, para la teoría del dolo sería preceptivo actuar con voluntad no subordinada a la de ningún otro. Por tanto, en este sentido, la “teoría del acuerdo previo”, se diferenciaría claramente de las teorías subjetivas, pues estas últimas exigen, además del dolo, otro elemento subjetivo ulterior⁹⁷.

A pesar de las diferencias existentes entre las teorías subjetivas que defienden un concepto extensivo de autor y la “teoría del acuerdo previo”, los resultados a los que conduce la aplicación de esta última no distan excesivamente de los obtenidos con la aplicación de un concepto extensivo de autor. En efecto, el hecho de que la “teoría del acuerdo previo” se contente para calificar a varios sujetos como (co)autores con la mera existencia de un acuerdo que, recuérdese puede ser previo, instantáneo, expreso o tácito, reduce extraordinariamente la esfera de la participación, siendo prácticamente inconcebible dicha categoría. Así, la complicidad se reduce a los casos en los que un sujeto ayuda a otro,

⁹⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 356.

sabiendo que lo hace y queriendo hacerlo, pero sin que el ayudado sepa que le están auxiliando en la comisión del hecho⁹⁸, pues de lo contrario podría entenderse que existe acuerdo –aunque sea instantáneo y tácito– entre ambos sujetos.

Debe concluirse que, dado que tales supuestos son absolutamente excepcionales, la aplicación de la “teoría del acuerdo previo” prácticamente convierte a todos los intervinientes en autores, extremo que acerca dicha teoría a los resultados obtenidos por un concepto extensivo de autor cercano, incluso, a un concepto unitario⁹⁹. Esta cercanía de la “teoría del acuerdo previo” al concepto extensivo-subjetivo, deviene uno de los principales motivos por los que la doctrina rechaza dicha práctica jurisprudencial¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 358.

⁹⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 359.

¹⁰⁰ Sobre los motivos que fundamentan el rechazo a la “teoría del acuerdo previo” vid. ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 77 - 87.

4. Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría

El concepto extensivo de autor debe ser –al igual que sucede con el concepto unitario– rechazado como criterio válido para la determinación de la autoría. El principal inconveniente que presenta este concepto de autor es, en definitiva, su fundamento. En efecto, dado que el concepto extensivo de autor parte de igual premisa que el unitario, esto es de una teoría causal, las críticas dirigidas contra esta teoría pueden ser trasladadas también al ámbito del concepto extensivo, siendo el principal argumento esgrimido en contra de las teorías causales la tendencia a la disolución de los tipos penales al extender la punibilidad a toda aportación causal al hecho¹⁰¹.

Además del fundamento causal del que parte el concepto extensivo de autor y que le hace merecedor de las mismas objeciones realizadas al concepto unitario, pueden advertirse otros inconvenientes en la aceptación de dicho concepto extensivo¹⁰². Una de esas críticas pasa por **rechazar** la posibilidad de castigar como autor a un sujeto que, pese a haber actuado con *animus auctoris* –delimitado este concepto a través de

¹⁰¹ En este sentido vid. entre otros JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 592.

¹⁰² Sobre los inconvenientes del concepto extensivo de autor en el ámbito de la adopción de decisiones delictivas por el Consejo de administración vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 339 ss.

la teoría del dolo o la del interés- no ha intervenido materialmente en el hecho delictivo y, castigar, por el contrario, como partícipe a un sujeto que, pese a haber realizado por sí mismo todos los elementos típicos, no lo ha hecho, sin embargo, con *animus auctoris*. Esta sorprendente e inaceptable calificación jurídica sería posible con la adopción de un concepto extensivo-subjetivo de autor en cualquiera de sus variantes, lo que explica en gran medida el rechazo al referido concepto.

4.1 Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales

Si bien se ha intentado argumentar las razones por las cuales un concepto extensivo debe ser rechazado como criterio válido para la determinación de la autoría en general, debe asimismo concretarse acerca de la idoneidad o inidoneidad de este concepto de autor en los delitos especiales, y más tarde también en los delitos de infracción de deber, dadas las peculiaridades que ambas formulaciones dogmáticas presentan.

El concepto extensivo de autor se nos representa como especialmente incompatible con los denominados delitos especiales, pues parte de la idea de que la condición de autor debe atribuirse a todo sujeto que, interponiendo una causa del resultado sin la que éste no se habría producido, obre con *animus auctoris*. Este planteamiento permitiría

afirmar que no sólo el *intraneus* va a poder ser calificado como verdadero autor de un delito especial, sino que también cualquier *extraneus* que interponga una causa del resultado, y actúe a su vez con *animus auctoris*, va a recibir la misma calificación.

De este modo, sería factible que un sujeto que no reúna la cualidad, relación o circunstancia exigida legalmente por el tipo pueda erigirse finalmente en autor del delito, todo ello por haber intervenido *causalmente* en el hecho y por actuar con una *voluntad autónoma* (teoría del dolo) o bien en *interés propio* (teoría del interés). Esta posible consecuencia derivada de la aplicación de un concepto extensivo de autor a los denominados delitos especiales, se manifiesta absolutamente contraria a la opinión que mayoritariamente se sostiene en cuanto a los delitos especiales.

Así, para la mayoría de la doctrina, únicamente el *intraneus*, esto es, el sujeto especialmente cualificado, puede ser verdadero autor de un delito especial, pues únicamente en este sujeto concurren las relaciones o circunstancias que legalmente se exigen y que posibilitan a su vez poder afirmar la autoría. Este resultado no es al que permite llegar la aplicación del concepto extensivo de autor a esta clase de delitos, pues dicho concepto admite calificar no sólo al *intraneus* sino también a un *extraneus* como verdadero autor de un delito especial.¹⁰³

¹⁰³ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 103.

La posibilidad de calificar a un *extraneus* como verdadero autor de un delito especial, es entendida por un sector de la doctrina no sólo como incompatible con la propia esencia de los delitos especiales, sino incluso como claramente *opuesta al principio de legalidad*. Se afirma que, salvo que la ley disponga lo contrario, convertir a un sujeto no cualificado en autor de uno de aquellos delitos en los que la propia ley se encarga de limitar el círculo de posibles autores a los sujetos cualificados por el tipo, constituye un evidente atentado contra el principio de legalidad¹⁰⁴. Esto es así porque presupone obviar, en la afirmación de la autoría, una circunstancia que viene exigida legal y expresamente por el tipo penal.

Ante la rotundidad del argumento del principio de legalidad en la determinación de la autoría en los delitos especiales, un sector doctrinal defensor del concepto extensivo de autor intenta argüir una posible solución que no se manifieste contraria al referido principio de legalidad. De este modo se argumenta que sólo el *intraneus* puede actuar con ánimo de autor¹⁰⁵, es decir, que sólo este sujeto actúa con voluntad autónoma o

¹⁰⁴ Vid. entre otros GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 93, 101 y ss. que alude a MEZGER y a KOHLRAUSCH, como destacados defensores de un concepto extensivo de autor que, sin embargo, convienen en el atentado al principio de legalidad que supone la aceptación de que un *extraneus* pueda ser considerado autor de un delito especial.

¹⁰⁵ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 114 ss.; 121 ss. alude a BAUMANN como principal defensor de esta teoría en Alemania. Vid. BAUMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, JuS 1963, págs. 127 ss. Recientemente vid.

en interés propio, permitiendo de esta manera afirmar la autoría únicamente del cualificado, esto es del *intraneus*.

Según esta argumentación, el *extraneus*, esto es, el sujeto en el que no concurren las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo, nunca podrá actuar con *animus auctoris*, sino con *animus socii*, lo que le convertirá en partícipe y nunca en autor. De este modo se afirma que, si bien el *intraneus* actúa siempre con voluntad autónoma o interés propio, el *extraneus* lo hará siempre con voluntad no autónoma o en interés ajeno. Esta conclusión bien podría verse como un intento de salvar el obstáculo que supone la frontal oposición del concepto extensivo (subjetivo) al principio de legalidad en los términos ya expuestos, sin embargo, tampoco es admitida como válida en lo que respecta a la afirmación de la autoría exclusiva de la figura del *intraneus*.

Así, afirma GÓMEZ MARTÍN¹⁰⁶, que, incluso admitiendo la idea de que sólo el sujeto cualificado pueda actuar con ánimo de autor, ello no se derivaría de una postura subjetiva sino del hecho de que *objetivamente* el *extraneus* no se encuentra en la situación del cualificado, lo que le impide, objetivamente, situarse en su posición. De lo expuesto, se deduce que GÓMEZ MARTÍN entiende que el hecho de que el *extraneus* no

BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., 28/26 a 28/33 págs. 661 - 663.

¹⁰⁶ *Los delitos especiales*, ob. cit. págs.121 ss.

pueda ser calificado como autor de un delito especial no puede fundamentarse desde la perspectiva subjetiva, sino antes bien al contrario, desde una perspectiva puramente objetiva. Ello significa, a su vez, que aún llegando a la misma solución ambas posturas, esto es el *extraneus* no puede ser autor de un delito especial, debe rechazarse la fundamentación subjetiva, pues obvia el factor determinante de la autoría en los delitos especiales: la **diferencia objetiva** entre el sujeto que ostenta determinadas cualidades, relaciones o circunstancias y el sujeto que no las reúne.

Por todo lo anteriormente expuesto debe rechazarse, como criterio válido para la determinación de la autoría en los delitos especiales, el concepto extensivo de autor y, en especial, aquel que está delimitado a partir de teorías subjetivas.

4.2 Inidoneidad del concepto extensivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber

La construcción dogmática de los delitos de infracción de deber¹⁰⁷ se presenta, del mismo modo que sucedía en los delitos especiales, como

¹⁰⁷ Nuevamente aquí se tendrá únicamente en cuenta la construcción dogmática elaborada por ROXIN de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), por ser,

incompatible con las premisas de las que parte el concepto extensivo de autor. Tal y como se expuso en lo referente a la inidoneidad del concepto unitario de autor, los delitos especiales y los delitos de infracción de deber comparten estructuras similares, lo que implica, también en este punto, que las críticas vertidas acerca de la inidoneidad del concepto extensivo de autor en cuanto a los delitos especiales, pueden ser también aplicables a la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber.

En primer lugar se hacía referencia a la posibilidad de que un *extraneus* pudiera ser autor por el mero hecho de aportar una causa al resultado actuando el sujeto con *animus auctoris*, esto es, con voluntad autónoma o interés propio. En el ámbito de los delitos de infracción de deber, esto significa que un sujeto no obligado, es decir, un sujeto en el que no concurra un especial deber extrapenal, puede llegar a ser calificado como autor siempre y cuando se den las circunstancias exigidas por el concepto extensivo, cuales son, aportación causal con *animus auctoris*.

Aceptar esta consecuencia implicaría obviar la principal característica y fundamentación de los delitos de infracción de deber, a saber: sólo el sujeto especialmente obligado puede llegar a erigirse en autor de dicho delito, pues sólo el (los) obligado(s) ostentan una especial relación con el injusto que deriva, precisamente, del deber que

bajo mi punto de vista, la postura más extrema en cuanto a la aceptación del deber

extrapenalmente se le ha impuesto al sujeto. Por tanto, algo esencialmente objetivo como es la concurrencia o no de un especial deber, se sustituye por un criterio meramente subjetivo cual es el ánimo o voluntad con la que actúa el sujeto. Además, este criterio se presenta, por otra parte, como un elemento que, al menos racionalmente, resulta de imposible comprobación, extremo que lo hace especialmente rechazable por las razones ya expuestas. Así las cosas, puede concluirse ya en este punto que, el concepto extensivo de autor no cumple, en definitiva, con la esencia de los delitos de infracción de deber.

Si bien la perspectiva subjetiva de la que parte el concepto extensivo (subjetivo) de autor se presentaba como incompatible en los delitos especiales, en los delitos de infracción de deber se manifiesta aún más insostenible si cabe, pues debe tenerse en cuenta que, en esta clase de delitos, únicamente se atiende al elemento objetivo del deber que ostenta el sujeto, careciendo de importancia alguna cualquier otro criterio que se manifieste mínimamente subjetivista.

En este sentido expresa ROXIN que en un delito de infracción de deber es determinante un concepto de autor fundamentado en el quebrantamiento del deber especial extrapenal, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho¹⁰⁸. Esta máxima objetivización que presentan los delitos de infracción de deber en el ámbito de la

como único fundamento en el que basar la afirmación de la autoría.

autoría, choca frontalmente con la perspectiva básicamente subjetivista del concepto extensivo lo que evidencia la incompatibilidad de dicho concepto con la clase de delitos que nos ocupa.

Por otra parte, dado que aceptar las premisas en las que se fundamenta el concepto extensivo de autor supone obviar el hecho de que el sujeto ostenta un especial deber como factor que fundamenta la afirmación de la autoría, debe concluirse, tal y como sucedía en los delitos especiales, que ello supondría una flagrante oposición al principio de legalidad. Así, puede afirmarse que si el legislador ha caracterizado al sujeto activo de determinados tipos mediante elementos distintos al mero “quien”, no tener en cuenta las exigencias típicas que la ley exige para poder ser considerado autor supone un atentado contra el principio de legalidad, pues no se atiende al criterio establecido legalmente para la afirmación de la autoría en determinados delitos, permitiendo convertir en autor a un sujeto (*extraneus*) a quien la ley veta esa condición.

Ya se expuso en cuanto a la inidoneidad del concepto extensivo de autor en la determinación de la autoría en los delitos especiales, el intento por parte de un sector de la doctrina de ofrecer una solución que permitiera argumentar la autoría únicamente del *intraneus*. Pues bien, en el marco de los delitos de infracción de deber, el argumento en base al cual sólo el *intraneus* —en este caso el especialmente obligado— puede

¹⁰⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 390 - 391.

actuar con *animus auctoris*, debe ser rechazado nuevamente. En efecto, debe compartirse con GÓMEZ MARTÍN que, aún siendo ello cierto, la fundamentación en la que se basa no puede ser bajo ningún concepto subjetiva, sino más bien al contrario, puramente objetiva.

El no obligado (*extraneus*) no puede actuar con *animus auctoris* porque, con independencia de si su voluntad es autónoma o su interés es propio, **objetivamente** no se encuentra en la situación del sujeto que ostenta el deber extrapenal. En la figura del *extraneus* no recae ningún deber que le proporcione una especial relación y cercanía con el injusto del hecho, lo que indudablemente le otorga una relación diferente a la que puede albergar un *intraneus* con respecto al mismo hecho. Es por todo ello que las figuras del obligado y del no obligado se diferencian, no en función del ánimo con el que llevan a cabo su conducta, sino en el dato objetivo de la concurrencia o no de un especial deber extrapenal.

Ante tales argumentaciones puede afirmarse, nuevamente, la incompatibilidad del concepto extensivo de autor con las premisas básicas de las que parte la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber.

5. El concepto restrictivo de autor

El concepto restrictivo de autor se enmarca dentro de un sistema diferenciador, siendo su principal característica la *posibilidad de distinguir diferentes grados de responsabilidad en la intervención de un hecho delictivo*. Esta diferenciación entre autoría (en sentido estricto) y participación es posible gracias a que el concepto restrictivo parte de la existencia de *diferencias objetivas*, basadas en la clase de contribución al hecho, entre la conducta del autor y la del partícipe¹⁰⁹. Asimismo, dicho concepto mantiene que, no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo¹¹⁰. En definitiva, el concepto restrictivo de autor abandona la causalidad como criterio que fundamenta la autoría y niega la equiparación entre *causación* y *realización* del delito¹¹¹.

¹⁰⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 42.

¹¹⁰ Sobre este aspecto, pone de relieve HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 21, que este abandono de la causalidad como principio conductor de la autoría es debido a que ésta categoría se instala en el ámbito del tipo, convirtiéndose la *ejecución* del delito en el centro neurálgico de la autoría, lo que permitirá considerar *autor* sólo a quien *ejecuta* la acción típica.

¹¹¹ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito: Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1984, págs. 119 ss.; GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, ob. cit. págs. 61 ss; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370. En este mismo sentido se expresa JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 589 cuando afirma que para el concepto restrictivo de autor “sólo es autor quien *realiza* por sí mismo la acción típica, mientras que la simple contribución a la *causación* del resultado mediante acciones diferentes a las típicas no puede fundar ninguna autoría” (resaltado añadido).

De este modo, no todo el que interviene causalmente en un hecho típico será considerado autor del mismo, sino sólo aquél que además reúna los presupuestos necesarios para poder afirmar que *realiza* un tipo de la Parte Especial¹¹². Ello significa que el concepto restrictivo de autor tiene un punto de partida opuesto al concepto unitario y al concepto extensivo pues, así como para éstos todos los sujetos que intervienen en un hecho delictivo—con las matizaciones ya expuestas—son autores, para el concepto restrictivo sólo alguno de los intervinientes van a ser concebidos como tales¹¹³.

Partiendo, el concepto restrictivo de autor, de la premisa de que no todos los intervinientes en el hecho delictivo son autores, las formas especiales de participación, como la inducción y la complicidad, no pueden ser consideradas, obviamente, como formas de verdadera autoría. Sin embargo, tanto la inducción como la complicidad, son concebidas como jurídico-penalmente relevantes, es decir, que dichas categorías son merecedoras también de un reproche penal. De este modo, las formas de

¹¹² Vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 50.

¹¹³ En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 407 y 408. Así también se pronuncia GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/18 a 10/25 págs. 329 - 331, afirmando que el concepto restrictivo de autor es un concepto primario de autor pues “quien es autor no puede ser partícipe, o quien sólo puede ser partícipe no puede ser nunca autor”. De este modo el concepto primario de autor — prosigue— sitúa al autor en una posición central. En este mismo sentido WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/513 pág. 181.

intervención que no constituyen autoría van a ser concebidas por el concepto restrictivo de autor como *causas de extensión de la pena*¹¹⁴.

Esta concepción de la participación como ampliación de la punibilidad, se fundamenta en la idea de que, a falta de normas que castiguen dicha forma de intervención, es decir, a falta de previsión expresa por la ley, aquélla debiera ser necesariamente impune¹¹⁵. Ello es así porque, desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, las acciones que pueden ser catalogadas como de participación, a pesar de constituir aportaciones causales, quedan situadas fuera del tipo¹¹⁶, pues ninguna de ellas *realiza todos* los elementos de la descripción típica.

Habida cuenta de que sólo la contribución a título de autoría puede ser concebida como realización típica de un hecho delictivo contenido en la Parte Especial, las formas de participación quedan fuera del ámbito de lo típico, lo que conduciría irremediablemente a su impunidad. Es por esta razón que, la existencia de normas que castigan expresamente la participación son entendidas por el concepto restrictivo de autor como

¹¹⁴ En este sentido vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 408; BOLEA BARDON, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 51; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 590; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370.

¹¹⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 407- 408; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370.

¹¹⁶ En este sentido vid. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 590.

causas de extensión de la pena, pues permiten ampliar la punibilidad a formas de intervención que *a priori* son atípicas.

Para el concepto restrictivo de autor, la participación está dotada de una especial característica que la diferencia frente a la figura de la autoría: la ***sumisión al principio de accesoriedad***¹¹⁷. Así, el principio de accesoriedad de la participación se erige en la clave del sistema de autoría restrictiva y es, según la doctrina mayoritaria, lo que hace preferible dicho concepto de autor a otros como el unitario o el extensivo¹¹⁸.

Tal y como ya se expuso, la adopción del principio de accesoriedad implica que el castigo de las diferentes formas de participación depende de la existencia de un hecho principal imputado a título de autoría a un determinado sujeto, el autor. Así las cosas, la participación se sitúa en una relación de dependencia con respecto al hecho principal, es decir, con respecto al hecho del autor¹¹⁹. De este modo, puede afirmarse que,

¹¹⁷ Sobre este tema vid. *supra* Parte I Capítulo I 1, donde ya se adelantaba, a grandes rasgos, su significado y la no aceptación de dicho principio por parte del concepto unitario de autor. Las consecuencias de la adopción del principio de accesoriedad de la participación adquieren mayor trascendencia en el ámbito de los delitos especiales, ya que se suscita la problemática de la accesoriedad en cuanto a las condiciones personales que sólo concurren en el autor.

¹¹⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 408.

¹¹⁹ En este sentido PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 27.

para el concepto restrictivo, la participación se encuentra en una relación de *dependencia cualitativa* con respecto al hecho del autor, pues se exige que este hecho principal muestre ciertas cualidades mínimas¹²⁰.

En cuanto a las mínimas cualidades que debe reunir el hecho principal del autor para poder castigar la intervención en un hecho delictivo a título de participación, se manifiestan las diferentes teorías que, desde diversas posturas, defienden el principio de accesoriedad. Así, la teoría de la accesoriedad máxima exige que el hecho principal sea típicamente antijurídico y personalmente imputable (“culpable”); por el contrario, para la teoría de la accesoriedad mínima basta que el hecho del autor sea típico y, finalmente, para la *teoría de la accesoriedad limitada*, el hecho del autor debe ser típicamente antijurídico careciendo de relevancia alguna la imputación personal¹²¹.

Sentado lo anterior, puede sostenerse que el elemento que aúna las diversas teorías que defienden el principio de accesoriedad, es el condicionamiento del castigo de la participación a la existencia de un hecho, como mínimo, típico del autor. A partir de este elemento común, cuantos más requisitos deban concurrir en el hecho principal, más se

¹²⁰ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 337.

¹²¹ Vid. supra Parte I Capítulo I 1. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 26/32 a 26/34 págs. 138 y 139.

restringe la posibilidad de hacer responder al partícipe (teoría de la accesoriedad máxima) y a la inversa, más se amplía dicha posibilidad de castigo, cuanto menos sean los requisitos exigidos en el hecho del autor¹²² (teoría de la accesoriedad mínima).

Siendo estas las principales características del principio de accesoriedad de la participación, puede predicarse de este principio, tal y como pone de relieve PEÑARANDA RAMOS, un *aspecto positivo* y otro *negativo*. El aspecto negativo, hace referencia al efecto limitativo de la punibilidad que implica la adopción del principio de accesoriedad. En efecto, la asunción de dicho principio comporta una imposibilidad de castigar la conducta del partícipe a falta del cumplimiento, por parte del autor, de las exigencias típicas del delito en cuestión. De este modo, si la conducta del autor careciese de determinados requisitos, el castigo del partícipe constituiría un atentado contra el principio *nulum crimen sine lege*. Por el contrario, el aspecto positivo derivado del principio de accesoriedad implica que, el cumplimiento en el hecho principal de los requisitos establecidos, posibilita el castigo del partícipe por el delito

¹²² Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 337. El autor afirma que una accesoriedad inferior a la teoría de la accesoriedad mínima no es defendida por nadie puesto que entonces se pondría en peligro la propia razón de ser de la accesoriedad de la participación: mantener intacta la estructura de los tipos de la Parte Especial en su relación con la responsabilidad de los partícipes. A favor de la teoría de la accesoriedad mínima BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, ob. cit. pág. 147.

cometido por el autor, aunque el participe no los haya realizado por sí mismo¹²³.

La doctrina mayoritaria¹²⁴ afirma que, en el Código Penal español¹²⁵, rige el principio de accesoriedad limitada, es decir, la

¹²³ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. págs. 338 y 355, siguiendo a HERZBERG pone de manifiesto que el aspecto positivo del principio de accesoriedad atiende a puntos de vista materiales relacionados con el fundamento de la pena de la participación. En cambio, el aspecto negativo de dicho principio se orienta a impedir una extensión incontrolada de la punibilidad de los partícipes. En este sentido y aludiendo también a HERZBERG vid. CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, LH Roxin, Barcelona 1995, pág. 286.

¹²⁴ Vid. entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 337; CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”, ob. cit. pág. 285; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia 2001, págs. 42 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 398 -399. Sobre la aceptación jurisprudencial de dicho principio vid. STS 20-06-2001 (RJ Ar. 2001\7264) aplicando la doctrina jurisprudencial mantenida hasta el momento y STS 7-03-2003 (TOL 265544).

¹²⁵ En Alemania, a partir de 1943 (anteriormente se atendía al principio de accesoriedad máxima siendo necesaria la concurrencia de la antijuricidad y la culpabilidad en el hecho principal del autor) se introduce el principio de accesoriedad limitada de la participación, con la particularidad de que dicho principio rige exclusivamente en los delitos dolosos. Así, para castigar la participación, se exige la existencia de un hecho principal *doloso*. Por el contrario, como ya se apuntó (vid. supra Parte I Capítulo I 1), en cuanto a los delitos imprudentes rige el concepto unitario de autor, siendo la aportación causal de un sujeto a un delito imprudente suficiente para afirmar la imputación a título de autoría, extremo que niega relevancia alguna al principio de accesoriedad para esta clase de delitos. En este sentido vid. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. págs. 596 - 597; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 20/61 y 20/130 ss.; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 15/553 pág. 197; NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf*

dependencia del partícipe de un hecho principal (del autor) típico y antijurídico¹²⁶. Así, MIR PUIG pone de relieve la concurrencia en el Código Penal español de diversos argumentos a favor de la adopción de la teoría de la accesoriedad limitada¹²⁷.

Como primer argumento, acude este autor al significado de la palabra **hecho**. Así, los arts. 28 y 29 CP emplean esta palabra como **presupuesto** de las diferentes formas de autoría y participación. En el caso del art. 28 I se dice que “*son autores quienes realizan el hecho....*”, mientras que el en segundo párrafo se hace referencia a “*los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*” (el hecho) para el caso de los inductores y a “*los que cooperan a su ejecución....*” (del hecho) para los cooperadores necesarios. Por otra parte, el art. 29 para el caso de la complicidad alude a “*....cooperar a la ejecución del hecho.....*”. Pues bien, como hemos visto, ambos preceptos aluden al “hecho” como presupuesto tanto de la autoría como de la participación, de tal modo que cualquier intervención que pretenda ser calificada conforme a estos artículos debe *realizar el hecho o inducir al hecho o cooperar a la ejecución del hecho*.

der Grundlage einer personalen Handlungslehre, Frankfurt am Main, 2003, págs. 238 ss.; SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 922 pág. 369.

¹²⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 398 - 399.

Si para dotar de contenido a la palabra “hecho” acudimos a los arts. 19 y 20 del CP, se observa que, según se desprende de su uso, la imputación personal al autor no constituye una característica del término “hecho”. En efecto, por una parte el art. 19 se refiere a la comisión de un *hecho delictivo por un menor de edad*, lo que implica que en el concepto de hecho no se incluye la imputación personal pues en el menor de edad no concurre dicha circunstancia. Por otro lado en el art. 20 1º y 2º se hace referencia a la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho por anomalía o alteración psíquica o, por intoxicación plena o síndrome de abstinencia respectivamente, extremo que nuevamente niega la necesidad de que el hecho deba ser imputado personalmente, dado que en ambos supuestos tampoco concurre dicha posibilidad.

El segundo argumento que MIR PUIG esgrime a favor de la no dependencia del partícipe respecto de la posibilidad de imputación personal al autor (principio de accesoriedad limitada), son los arts. 300 y 453 CP que consagran el principio de accesoriedad limitada para la receptación y el encubrimiento respectivamente y, además, confirman que el “autor del hecho” puede ser personalmente inimputable o hallarse exento de pena¹²⁸. El art. 300 CP permite aplicar las disposiciones referentes a la receptación y conductas afines “...*aun cuando el autor o el cómplice del hecho fuera irresponsable o estuviera*

¹²⁸ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 399.

personalmente exento de pena". Por su parte, el art. 453 CP permite aplicar las disposiciones referentes al encubrimiento "...aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena."

En definitiva, puede afirmarse que la imputación personal no constituye una característica del término "hecho" que maneja el Código Penal, lo que permite sostener que, junto al argumento del reconocimiento expreso en otros artículos, nuestro ordenamiento jurídico-penal acoge el principio de accesoriedad limitada en el que únicamente se requiere, para el castigo del partícipe, la existencia de un hecho principal típico y antijurídico.

Hasta el momento se han ofrecido argumentos que fundamentan la idea de la adopción del principio de accesoriedad limitada por parte del Código Penal español. Por otra parte, como ya se puso de manifiesto, el principio de accesoriedad –en cualquiera de sus variantes- se erige en la clave del sistema de autoría restrictiva. Pues bien, el hecho de que pueda afirmarse –basándonos en las argumentaciones ya expuestas- que dicho principio es acogido por nuestro ordenamiento, bien puede verse como el primero de los motivos en los que basar la tesis de la adopción de un concepto restrictivo de autor en el Código Penal español.

No sólo una interpretación favorable a la aceptación del principio de accesoriedad limitada de la participación pone de manifiesto la acogida de un concepto restrictivo de autor en el Código Penal español. Si acudimos a la interpretación gramatical que de los arts. 28 y 29 CP puede extraerse, observamos que también podemos encontrar criterios favorables a la adopción de dicho concepto de autor en nuestro Código Penal. Así, el art. 28 CP alude, en el primer apartado, a aquellos sujetos que *son autores*, entre los que se encuentra el autor único, el coautor y el autor mediato. Todos ellos son autores en la medida en que –según el art. 28 CP- *realizan el hecho*, ya sea por sí solos (autor único inmediato), conjuntamente (coautor) o por medio de otro del que se sirven como instrumento (autor mediato)¹²⁹.

En cambio, el segundo apartado del art. 28 CP, recoge las figuras de la inducción y de la cooperación necesaria, figuras que quedan delimitadas de manera totalmente distinta a las figuras de autoría en sentido estricto. De este modo, la inducción queda definida como *inducir directamente a otro u otros a ejecutarlo* (el hecho), mientras la cooperación necesaria se predica de aquellos que *cooperan a su*

¹²⁹ En este punto quisiera destacar que, bajo mi punto de vista, el art. 28 CP no es constitutivo, al menos de manera exclusiva, del concepto de autor. Entiendo, por el contrario que incluso obviando dicho precepto podríamos seguir castigando al autor de los diferentes tipos de la Parte Especial, pues también de ellos se deduce la figura del autor. En este mismo sentido, afirmando que el art. 28 CP no da un concepto legal de autor, ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Valencia 2004, pág. 707.

ejecución (del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado. Como puede observarse, el Código Penal no se refiere a estas categorías con la expresión “realizan el hecho”, pues dicha expresión se reserva – como ya hemos visto- para aquellas figuras que constituyen autoría en sentido estricto¹³⁰.

Por otra parte, el segundo apartado del art. 28 CP se inicia con la expresión “también *serán considerados* autores”, expresión que se diferencia claramente de la utilizada para definir a los autores, pues para ellos se utiliza la locución “son autores”. En conclusión, acudiendo a una interpretación meramente gramatical y a la diferencia semántica que de ella se deriva, puede afirmarse que el art. 28 CP distingue claramente las categorías de autoría en sentido estricto de las categorías de participación como pueden ser la inducción y la cooperación necesaria¹³¹.

Si aludimos a la diferenciación expresa que realiza el Código Penal español de las categorías de autoría y participación, no debemos olvidar que el art. 29 CP recoge la figura de la complicidad. Así, este precepto la define como *cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o*

¹³⁰ En este sentido vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, CDJ *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, 1996 (27) págs. 217 y 218, afirmando expresamente que el art. 28 CP ofrece una definición legal de la autoría, lo que podría entenderse como una postura a favor del art. 28 como elemento constitutivo de esta institución.

¹³¹ En este sentido vid. DÍEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, ob. cit. pág. 219.

simultáneos, lo que implica que también elude el Código Penal, en esta ocasión, la expresión “realizar el hecho”, reservada por el art. 28 I para las figuras de autoría en sentido estricto.

Si bien es cierto que la diferenciación expresa contenida en el Código Penal entre autoría y participación puede ser un argumento que fundamente la adopción de un concepto restrictivo de autor en nuestro ordenamiento, no debe olvidarse que dicho argumento no puede ser considerado como totalmente definitivo. En efecto, debe advertirse que la diferenciación legal expresa entre autoría y participación, si bien puede considerarse una de las características del concepto restrictivo de autor, no resulta absolutamente incompatible con otras concepciones de la autoría como el concepto unitario de autor¹³².

Otro de los argumentos que tradicionalmente han intentado fundamentar la adopción de un concepto restrictivo de autor, es la existencia de un marco desigual de penas para la autoría y la complicidad. Como es sabido, el Código Penal en su art. 63 establece la imposición obligatoria de la pena inferior en grado para la complicidad (art. 29 CP), desigualdad en el marco penal que no rige, sin embargo, para la inducción y la cooperación necesaria (art. 28 II CP) que, a pesar de ser figuras adscritas a la participación delictiva, son castigadas con la

¹³² Vid. *supra* Parte I Capítulo I 1.

misma pena que la autoría en sentido estricto. Ello significa que la diferencia de pena asignada a la autoría y a la participación es, sólo en parte, cierta, pues como ya hemos visto la inducción y la cooperación necesaria comparten igual marco penal que el autor¹³³.

De nuevo y como ya sucediera con la diferenciación expresa y legal de las categorías de autoría y participación, el argumento de la desigualdad de penas se presenta como insuficiente, por sí solo, para afirmar la adopción del concepto restrictivo de autor por parte del Código Penal. Ello no implica, sin embargo, que ambos argumentos no puedan apoyar la tesis de dicha adopción, al contrario. Tanto la diferenciación entre autoría y participación, como la desigualdad en el marco penal son perfectamente compatibles con el concepto restrictivo de autor, es decir, que basándonos en dichos argumentos *puede*, desde una perspectiva *de lege lata*, interpretarse que es este concepto de autor y no otro el que rige en el Código Penal.

Si a la posibilidad de interpretación en este sentido se le une, no sólo la aceptación del principio de accesoriedad limitada como principio rector y básico del concepto restrictivo de autor, sino también la

¹³³ El argumento de la desigualdad de penas para la autoría y la participación ya se analizó en lo referente a la cuestión de la no adopción del concepto unitario de autor en el Código Penal español. Vid. *supra* Parte I Capítulo I 1.

conveniencia de dicho concepto desde una perspectiva *de lege ferenda*¹³⁴, parece del todo irrefutable la idea de que nuestro ordenamiento jurídico-penal, al no existir obstáculo alguno que lo impida, pueda asumir los principios de la concepción restrictiva de la autoría¹³⁵.

6. Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría

Las características que presenta el concepto restrictivo de autor, lo convierten, a diferencia del concepto unitario y del concepto extensivo,

¹³⁴ Sobre la idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría vid. infra Parte I Capítulo I 6.

¹³⁵ Así lo ha entendido la doctrina que mayoritariamente se decanta por un concepto restrictivo de autor. Vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 215 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 409, se decanta, incluso, por el concepto de autor más restrictivo posible; DÍEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, ob. cit. pág. 219; CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”, ob. cit. pág. 287; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 22 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 107 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *Estudios Penales*, Madrid 2001, pág. 114; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 863. En la doctrina alemana, a favor de un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos, vid. entre otros, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr - Tübingen 1986 pág. 110; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 590; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 44 ss; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 10/34 ss. págs. 334 ss.; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/519 pág. 184.

en el criterio más adecuado para la determinación de la autoría en Derecho Penal. Así, el concepto restrictivo se presenta como el más adecuado y respetuoso con el *principio de responsabilidad individual*¹³⁶, en tanto que principio básico e informador del ordenamiento jurídico¹³⁷.

En efecto, la distinción entre autoría y participación que propicia la adopción de dicho concepto, posibilita el castigo de cada uno de los intervinientes en un hecho delictivo con arreglo a su propia conducta, es decir, con arreglo al alcance y relevancia jurídico-penal de su intervención. Así, la aportación meramente causal pierde el protagonismo que ostentaba en el concepto unitario y extensivo y se tienen en cuenta otros criterios en la delimitación de las diferentes categorías de autoría y participación, posibilitando la diferenciación dogmática entre las diferentes formas de intervención delictiva. En este ámbito, debe destacarse positivamente el hecho de que el concepto restrictivo resuelva la cuestión de atribución de responsabilidades, no exclusivamente en el ámbito de la determinación de la pena, sino en sede de la teoría del

¹³⁶ En este sentido SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, ob. cit. pág. 110, afirma que es precisamente el principio de autoresponsabilidad, es decir, la necesidad de delimitar el ámbito de responsabilidad de cada sujeto con arreglo a su propia acción, el motivo principal del que derivar la necesidad de adopción de un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos.

¹³⁷ Vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 111.

delito, delimitando ya en este lugar la tipicidad concreta de cada una de las aportaciones al delito¹³⁸.

No sólo la diferenciación típica entre autoría y participación hace preferible un concepto restrictivo de autor a otros conceptos, sino que es precisamente la principal consecuencia que de esta distinción se deriva, cual es, el principio de accesoriedad, lo que, según la doctrina mayoritaria, lo hace preferible al resto¹³⁹. De este modo, el *principio de accesoriedad* sitúa a la categoría de la participación en una relación de dependencia con respecto al hecho principal, esto es, al hecho del autor. Para el concepto restrictivo el hecho del autor es considerado como principal porque únicamente su actuación es la que cumple íntegramente los requisitos típicos que exige el delito que se le imputa.

Por el contrario, el partícipe no contraviene nunca la prohibición de la realización del tipo tal como está descrito en la Parte Especial, sino tan sólo la prohibición ampliada por las reglas de la participación. Así las cosas, la intervención del partícipe, dado que no cumple todos los requisitos necesarios de la acción típica descrita en la Parte Especial, pasa a depender de la acción del autor, supeditando su castigo al hecho

¹³⁸ En este sentido vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 110 y 111.

¹³⁹ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 408, afirma que el principio de accesoriedad de la participación produce un recorte de lo típico bastante preciso que hace que el concepto restrictivo de autor se adecue mejor que ningún otro a las exigencias del Derecho Penal de un Estado de Derecho.

de que concurran determinadas características¹⁴⁰ en el hecho principal (dependencia cualitativa).

Sentado lo anterior, puede afirmarse que el concepto restrictivo de autor tiene en cuenta, para afirmar la autoría, la descripción de la acción de los tipos legales, es decir, que observa lo que la ley quiere que se entienda por autoría en los diferentes tipos de delito¹⁴¹, imputando a tal título únicamente aquella intervención en un hecho punible que reúna todos los requisitos que legal y expresamente vienen recogidos en cada uno de los preceptos de la Parte Especial del Código Penal. Esta observancia y respeto a la descripción de los tipos que manifiesta el concepto restrictivo, constituye uno de los motivos más importantes por los cuales decantarse por un sistema basado en los criterios de la autoría restrictiva.

Si bien hasta el momento se han descrito las principales características que presenta el concepto restrictivo y, a su vez, se ha intentado poner de manifiesto la idoneidad de dicho concepto en la determinación de la autoría en general, también debe comprobarse dicha

¹⁴⁰ Ya se apuntaba supra Parte I Capítulo I 1 las diferentes concepciones que, del principio de accesoriedad, se defendían en la doctrina, llegando a la conclusión de que nuestro ordenamiento jurídico español se decanta por la adopción del principio de accesoriedad limitada, lo que implica la exigencia de que el hecho principal del autor pueda concebirse como una acción típicamente antijurídica.

¹⁴¹ Vid. JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 590.

idoneidad tanto en los delitos especiales como en los delitos de infracción de deber, dadas las peculiaridades que ambas formulaciones dogmáticas presentan.

6.1 Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales

La autoría en los delitos especiales cuenta, como ya hemos visto, con una singularidad: se supedita la condición de autor a que en el sujeto concurren determinadas cualidades, relaciones o circunstancias. De este modo, en los delitos especiales, el sujeto activo se circunscribe a un determinado círculo de personas; precisamente aquellas que reúnan la cualidad legalmente exigida en el precepto en cuestión (*intraneus*). La ausencia de dichas características, determinará, por el contrario, la imposibilidad de calificar al sujeto que interviene en el hecho como verdadero autor de un delito especial (*extraneus*), siendo su intervención tipificada como mera participación.

Esta particularidad que presentan los delitos especiales en el ámbito de la autoría se erige en la verdadera esencia de esta constelación delictiva. Las cualidades, relaciones o circunstancias que deben concurrir en el sujeto para poder ser calificado como autor de un delito especial,

constituyen verdaderos elementos típicos¹⁴² que determinan que el injusto de esta clase de delitos sea en realidad un injusto especial¹⁴³. Así las cosas, puede afirmarse que la conducta del *extraneus* posee menor desvalor, pues la falta de cualificación exigida lo distancia –más que en los casos normales de participación- del ámbito de lo típico en esta clase de delitos¹⁴⁴.

El concepto restrictivo de autor, a diferencia del concepto unitario y del concepto extensivo, *sí* observa la peculiaridad que en el ámbito de la autoría presentan los delitos especiales, peculiaridad que, como ya se ha dicho, conforma la verdadera esencia de esta clase de delitos. En efecto, un sistema basado en las premisas de la autoría restrictiva únicamente puede calificar como autor de un delito especial a aquel sujeto que, no sólo realice la acción típica, en los términos descritos en el precepto en cuestión, sino que reúna en su persona las cualidades, relaciones o circunstancias que dicho precepto exige.

¹⁴² En este sentido vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal (I) Teoría general*, Zaragoza 1985, pág. 291, donde afirma que el binomio “hecho-autor” conforma una unidad valorativa inescindible, de tal modo que los elementos personales que caracterizan el desvalor de la acción, aunque radiquen en la persona del autor, están referidos al hecho típico, pues la tipicidad de un hecho depende de elementos personales.

¹⁴³ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 64.

¹⁴⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 161 y 162.

De este modo, el concepto restrictivo de autor únicamente va a poder imputar un delito especial a título de autoría al denominado *intraneus*, vetando esta posibilidad a todo aquel sujeto que no reúna las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo (*extraneus*). Pues bien, es precisamente la imposibilidad del *extraneus* de erigirse en autor de un delito especial y, por tanto, el respeto a la esencia de dichos delitos, uno de los motivos que hacen preferible, en detrimento del concepto unitario y extensivo, la adopción de un concepto restrictivo de autor.

La afirmación de que con el concepto restrictivo únicamente se puede calificar como autor de un delito especial al *intraneus*, se basa en el hecho de que –tal y como ya se expuso– el concepto restrictivo de autor tiene en cuenta, para afirmar la autoría, todos los requisitos típicos recogidos en el precepto de la Parte Especial que pretende ser imputado. Habida cuenta de que no sólo la acción descrita en los tipos, sino también las especiales circunstancias de obligatoria presencia en el sujeto activo, forman parte de los elementos típicos del delito, el concepto restrictivo de autor debe forzosamente observar ambos requisitos para, siendo consecuente con las premisas de las que parte, afirmar la autoría.

Todo ello demuestra que el concepto restrictivo de autor, a diferencia del concepto unitario y el extensivo, no acepta la posibilidad de escindir la acción típica de la cualificación específica en el sujeto que

requieren los delitos especiales¹⁴⁵, pues ambos conceptos conforman el injusto especial que puede predicarse de la clase de delitos que nos ocupa.

El concepto restrictivo se muestra absolutamente *respetuoso* con *todos* aquellos *elementos típicos* exigidos legalmente, tanto en lo que se refiere a la conducta típica, como a las especiales cualidades que debe reunir el sujeto para ser calificado como autor del delito. Esta afirmación se basa, en primer lugar, en la concepción del hecho del autor como principal, precisamente por ser ésta la única intervención que reúne todos los requisitos típicos¹⁴⁶ y, en segundo lugar, en que únicamente el sujeto en quien concurra la cualidad o circunstancia exigida por el delito en cuestión podrá ser considerado autor del mismo.

Ambas premisas coadyuvadas por la aceptación del principio de accesoriedad de la participación en virtud del cual, la relevancia jurídico-

¹⁴⁵ Recordar aquí que, tanto el concepto unitario como el concepto extensivo de autor son partidarios, tácitamente, de dicha escisión, pues un *extraneus* puede llegar a ser autor, en sentido estricto, de un delito especial por el hecho de que su intervención interponga una causa del resultado (concepto unitario) o que dicha intervención causal se lleve a cabo por el sujeto con *animus auctoris* (concepto extensivo-subjetivo), con independencia todo ello de la concurrencia en el sujeto de las especiales cualidades, relaciones o circunstancias que el delito especial exige. Vid. *supra* Parte I Capítulo I 2.1 y 4.1.

¹⁴⁶ Recuérdense aquí lo ya expuesto en cuanto al principio de accesoriedad limitada de la participación, en que la conducta del partícipe deviene accesoria o dependiente del hecho principal, es decir, del hecho del autor que es precisamente el único que se manifiesta como cumplidor de todos los elementos típicamente exigibles.

penal de la intervención del partícipe deviene dependiente de la intervención del autor en sentido estricto, son las que permitirán, sin lugar a dudas, el reconocimiento por parte del concepto restrictivo de autor del *carácter accesorio* de la intervención del *extraneus* en relación con la de un *intraneus* en un delito especial¹⁴⁷.

Ciertamente, la exigencia por parte del concepto restrictivo de todos los requisitos legalmente establecidos en cada uno de los preceptos de la Parte Especial –tanto sede de conducta típica como de cualificación especial del sujeto– para afirmar la autoría, demuestran que un sistema basado en estas premisas respeta absolutamente *aquello que la ley ha querido que sea entendido como autoría*. Los motivos hasta ahora expuestos bastan para afirmar que, a diferencia de lo que sucede con el concepto unitario y extensivo, el concepto restrictivo de autor se revela como el más acorde y respetuoso con *el principio de legalidad* a la par que muestra una mejor conformidad a las exigencias del Derecho Penal de un *Estado de Derecho*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ No olvidemos que, precisamente el no reconocimiento de la accesoriedad –en el bien entendido del significado del principio de accesoriedad de la participación– de la conducta del *extraneus* con respecto a la del *intraneus*, era una de las objeciones que impedían la adopción de un concepto unitario de autor como concepto idóneo en la determinación de la autoría en los delitos especiales. Vid. supra Parte I Capítulo I 2.1.

¹⁴⁸ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 408; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 110, afirma que un concepto restrictivo de autor consigue un mayor respeto al mandato de determinación y con ello al principio de legalidad. En cuanto al principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho vid. por todos MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 110 –

Todo lo anteriormente expuesto, unido a las argumentaciones ya mencionadas acerca de la idoneidad de los conceptos unitario y extensivo, fundamentan la conveniencia de adoptar un concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría en general y, en particular, en los delitos especiales.

6.2 Idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber

Los delitos de infracción de deber¹⁴⁹ se caracterizan, principalmente, por condicionar la autoría a la concurrencia de un deber extrapenal en el sujeto activo. De esta suerte, el deber extrapenal de obligatoria concurrencia en el sujeto se presenta como único criterio en el que basar la afirmación de la autoría. Así las cosas, **deberá**¹⁵⁰ ser calificado como

113; EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed. Buenos Aires 2002, págs. 125 – 134.

¹⁴⁹ Nuevamente aquí, se atenderá exclusivamente a la formulación dogmática que de los delitos de infracción de deber desarrollada por ROXIN. A pesar de las diferentes formulaciones que de estos delitos se han realizado por la doctrina, los argumentos esgrimidos para demostrar la idoneidad del concepto restrictivo de autor en esta clase de delitos es perfectamente trasladable a todas esas variantes dogmáticas de los delitos de infracción de deber.

¹⁵⁰ La utilización del verbo **deberá** viene motivada por el hecho de que –siempre según la caracterización que ROXIN realiza de esta clase de delitos- la imputación a

autor en sentido estricto de esta clase de delitos, sólo aquel sujeto que, ostentando la obligación extrapenal exigida, infrinja dicho deber. Ello implica, a su vez, la inclusión en la categoría de la participación de toda aquella intervención llevada a cabo por un sujeto que no resulte obligado por el deber extrapenal exigido en los delitos que nos ocupan.

Dado que los delitos de infracción de deber supeditan la afirmación de la autoría a un determinado requisito, cual es la existencia e infracción por parte de un sujeto de un deber extrapenal, se puede diferenciar, en el ámbito de la autoría, entre *intraneus* y *extraneus*. Así, la figura del *intraneus* viene representada por el sujeto especialmente obligado, mientras que la del *extraneus* abarca a todos aquellos sujetos que, interviniendo en el hecho punible, no ostentan dicho deber. Pues bien, tal y como sucedía en sede de delitos especiales, el *intraneus* se caracteriza por ostentar un deber que, a su vez, le otorga una especial relación con el contenido de injusto del hecho, extremo que no puede predicarse de la figura del *extraneus*.

En definitiva, puede afirmarse que es precisamente la exigencia de un deber extrapenal, y la infracción del mismo por parte del sujeto obligado, lo que conforma la verdadera esencia y fundamento de los delitos de infracción de deber. Por tanto, la idoneidad o inidoneidad de un determinado concepto de autor, vendrá condicionada, tal y como

título de autoría deviene obligatoria siempre y cuando el sujeto especialmente

sucedía en el ámbito de los delitos especiales, por la observancia o no de la principal característica que individualiza a los delitos de infracción de deber frente a de otra clase de delitos.

Ya se han analizado las razones por las cuales, tanto el concepto unitario como el extensivo, no resultaban idóneos para la determinación de la autoría en general y, en especial, en la categoría de los delitos de infracción de deber. Sobre este aspecto se concluía que dichos conceptos no observaban la esencia y fundamentación de esta clase de delitos, dado que podían llegar a calificar como autor a un sujeto no obligado por un deber extrapenal (*extraneus*). Por contra, el concepto restrictivo de autor *sí* se manifiesta conforme con la verdadera esencia de esta clase de delitos, y ello porque, bajo las premisas de las que parte este concepto de autor, resulta inconcebible atribuir la calificación de autor al *extraneus*, es decir, a un sujeto en el que no concurre el especial deber extrapenal que caracteriza a esta constelación delictiva en sede de autoría.

En efecto, con el concepto restrictivo únicamente se puede calificar como **autor** de un delito a aquel sujeto cuya intervención en un hecho punible cumpla ***todos los elementos típicos*** exigidos legalmente. Recordemos que, precisamente el cumplimiento de todos estos elementos, permitía al concepto restrictivo, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, catalogar el hecho del autor como

obligado incumpla dicho deber, sin atender a ningún otro criterio.

principal, deviniendo accesoria y dependiente la intervención en el mismo hecho punible de un sujeto que no cumple tales requisitos.

Si trasladamos esta afirmación al ámbito de los delitos de infracción de deber, debe concluirse que, únicamente será calificado como autor de esta clase de delitos aquel sujeto que, ostentando un deber extrapenal, lleve a cabo la conducta típica¹⁵¹. Tal y como sucedía en el ámbito de los delitos especiales, tanto la especial obligación del sujeto como la conducta, pueden incluirse dentro de los elementos típicos exigidos por el delito. Ello es debido a que la ley, en estos casos, reduce la posibilidad de castigo no sólo al hecho de que se lleve a cabo una determinada acción,

¹⁵¹ Debe advertirse, nuevamente en este punto, que la formulación dogmática de los delitos de infracción de deber realizada por ROXIN, presenta alguna peculiaridad, tanto en sede de conducta típica como en lo referente al principio de accesoriedad de la participación. Ya se advertía que, a pesar de la aceptación por parte de este autor de dicho principio en los delitos de infracción de deber, aquél requería únicamente una conducta objetivamente típica por parte del autor, de tal modo que la tipicidad subjetiva carecía de importancia. También debe destacarse que tal conducta objetivamente típica puede consistir –siempre según ROXIN– únicamente en la mera infracción del deber extrapenal por el que el sujeto viene obligado, extremo que probablemente no se manifieste acorde con la exigencia que el concepto restrictivo de autor requiere para la afirmación de la autoría. En efecto, el concepto restrictivo exige el cumplimiento de todos los elementos típicos, tanto en el ámbito de la autoría (cualificación especial / deber extrapenal del sujeto) como en el ámbito de la conducta típica, lo que significa que el autor del delito debe, para ser calificado como tal, llevar a cabo la acción descrita en el tipo. Si reducimos la tipicidad de la acción a la mera infracción del deber puede que obviemos algunos de los elementos que materialmente deben concurrir en la acción típica, lo que desvirtuaría la afirmación de que el concepto restrictivo resulta el más acorde para la determinación de la autoría en esta clase de delitos. Sobre este tema se abundará más adelante. Vid. *infra* Parte II Capítulo II 1.3.3.

sino también a que ésta, a su vez, se lleve a cabo por un sujeto con determinadas características.

En conclusión podemos aseverar que, en esta clase de delitos, la ley supedita la punibilidad del hecho a la existencia de diversas condiciones; unas en sede de autoría y otras en sede de conducta típica, todas ellas de obligatorio cumplimiento para la afirmación de la autoría en sentido estricto. En consecuencia, la figura del *extraneus* se revela como incapaz de cumplir dichos requisitos típicos pues, en cualquier caso, no reuniría la condición de especialmente obligado, extremo que, inevitablemente, relega a esta figura a la categoría de la participación.

La exigencia de que concurren, para el concepto restrictivo de autor, todos los elementos típicos para la afirmación de la autoría y, con ello, el respeto a las exigencias que legalmente se imponen para dotar de relevancia jurídico-penal al hecho llevado a cabo por un determinado sujeto manifiestan, en primer lugar, la ***imposibilidad de disociación*** entre conducta típica y cualificación especial, en el bien entendido que tanto la realización de la primera como la concurrencia en el sujeto de la segunda deben converger obligatoriamente en el autor¹⁵². En segundo lugar, se pone de manifiesto el ***respeto*** que el concepto restrictivo muestra hacia el

¹⁵² Sobre las peculiaridades acerca de lo que debe entenderse por conducta típica (del *intraneus*) en la teoría de los delitos de infracción de deber defendida por ROXIN vid. infra Parte II Capítulo II 1. Precisamente su concepción en este ámbito constituye una de las principales objeciones a esta construcción dogmática.

principio de legalidad, extremo que justifica, junto a las razones ya expuestas, la conveniencia de adoptar un concepto restrictivo de autor no sólo en la determinación de la autoría en general, sino muy especialmente en los delitos de infracción de deber.

CAPÍTULO II: TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE AUTOR

Hasta el momento, se han analizado las premisas básicas de las que parte el concepto restrictivo de autor, a la vez que se han expuesto las razones fundamentales que aconsejan adoptar un sistema basado en los criterios de la concepción restrictiva de la autoría. Si bien el concepto restrictivo se presenta como el más adecuado a la hora de determinar la autoría, resta todavía dilucidar cuáles son los criterios que, en el ámbito de dicho concepto restrictivo, van a delimitar cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Sintetizando, tradicionalmente se distinguen en este terreno tres direcciones que, desde el punto de vista dogmático, aportan diversos argumentos que permitirán diferenciar las categorías de la autoría y la participación.

En las líneas que suceden se abordarán sucintamente las teorías que se han incluido dentro del marco del concepto restrictivo de autor como criterios delimitadores de la autoría y la participación, cuales son la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y las teorías relacionadas con la idea del dominio del hecho.

1. Teoría objetivo-formal

La teoría objetivo-formal¹⁵³ define la figura del autor como aquel sujeto que *ejecuta* por sí mismo, total o parcialmente, las *acciones descritas en los tipos de la Parte Especial*¹⁵⁴. Por el contrario, será calificado como partícipe todo aquel sujeto que lleve a cabo una acción preparatoria o colabore durante la ejecución del delito, pero con una actividad meramente auxiliadora¹⁵⁵. Así, bajo las premisas de la teoría objetivo-formal, la no ejecución de acciones pertenecientes al tipo impide

¹⁵³ Destaca a BELING como uno de los penalistas que contribuyó en mayor medida al triunfo de la teoría objetivo-formal en la dogmática científica alemana GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 20. Exhaustivamente sobre la obra de BELING vid. CARDENAL MONTRAVETA, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona 2002, págs. 237 ss. y *passim*.

¹⁵⁴ En este sentido vid. entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 21; GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit. pág. 120; GONZÁLEZ RUS, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", ob. cit. págs. 61 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 411; CUERDA RIEZU, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español", ob. cit. pág. 287; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 22; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 355; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 51; JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 590; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. pág. 36; ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.), *Parte General*, ob. cit. pág. 709 ss. En el ámbito alemán vid. entre otros ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 54; BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 29/33 a 29/37 págs. 677 y 678; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/511 pág. 181.

¹⁵⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 21.

el castigo como autor, quedando relegadas las conductas realizadas al castigo con arreglo a alguna de las formas de participación¹⁵⁶. En este punto, puede afirmarse que, la teoría objetivo-formal recoge –tal y como indica ROXIN- una evidencia difícilmente cuestionable, cual es el hecho de que la descripción típica determina como autor a quien ejecute por sí mismo las acciones ahí descritas¹⁵⁷.

Este punto de partida de la teoría objetivo-formal resulta del todo irrenunciable para cualquier teoría que aspire a mantener la diferenciación entre autoría y participación. Así, cualquier construcción dogmática que pretenda delimitar las categorías de autoría y participación, no puede obviar la necesidad de entender como autor a aquel sujeto que ejecuta por sí mismo la acción descrita en el tipo correspondiente. Otra cosa bien distinta, es si se entiende insuficiente dicho punto de partida y en consecuencia, se admite la necesidad y conveniencia de añadir otros criterios que permitan concebir como autor a otros sujetos además de aquel que ejecuta por sí mismo la acción típica, ampliando así las posibilidades de incriminación a título de autoría.

¹⁵⁶ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 23; URBAN, *Mittelbare Täterschaft*, ob. cit. págs. 63 ss.

¹⁵⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 55.

En el marco de la teoría objetivo-formal deben diferenciarse, a grandes rasgos, dos variantes. La primera versión de dicha teoría —que puede denominarse la más clásica— es la que afirma que para ser (co)autor basta con la realización de alguna *acción ejecutiva*, entendida ésta en el sentido de la tentativa¹⁵⁸. En cambio, una versión más moderna de la teoría objetivo-formal es aquella que, vinculando la autoría a la realización del tipo (y no necesariamente a una acción ejecutiva), concibe al autor del delito como aquél cuya *conducta* es *subsumible*, sin más, en el *tipo* de la parte especial¹⁵⁹.

Esta segunda variante de la teoría objetivo-formal muestra cómo se disocia la *realización* de la *ejecución* del tipo, dejando en este ámbito de ser sinónimos. De este modo, la *realización* de tipo, se distancia de la concepción de *ejecución física* (directo - corporal), extremo con el que se pretende salvar algunas de las objeciones que se han dirigido contra la teoría objetivo-formal, como es su dificultad a la hora de explicar satisfactoriamente la figura de la autoría mediata.

¹⁵⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 447.

¹⁵⁹ Vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 55. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 219. Esta variante de la teoría objetivo-formal que vincula la afirmación de la autoría, no exclusivamente a la ejecución de una acción típica, sino a la realización del tipo, ha sido defendida en España principalmente por GIMBERNAT ORDEIG que define al autor en sentido estricto como aquel sujeto cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial. Para este autor, por el contrario, el partícipe será aquel sujeto(s) que realizando actos ejecutivos, lleva a cabo una conducta que no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial.

En efecto, como indica RODRIGUEZ MOURULLO¹⁶⁰, esta nueva concepción que mantiene la teoría objetivo-formal sobre la autoría y, su vinculación a la realización del tipo penal, ya no constituye un obstáculo para la aceptación de la autoría mediata como verdadera autoría en sentido estricto. Esto se debe, precisamente, a que la *realización* del tipo ya no se equipara a *ejecución* física. De este modo, se puede afirmar que también el autor mediato *realiza* el tipo penal a pesar de no ejecutarlo física y corporalmente, pues lo hace a través de otra persona que obra como instrumento.

La remisión a los tipos que realiza la teoría objetivo-formal con la finalidad de delimitar la figura del autor, se ha interpretado como una manifestación del *carácter “formal”* de la misma. Sin embargo, tal y como ha puesto de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, dicha remisión puede verse, no como una concepción meramente formal, sino todo lo contrario, como una remisión a un *contenido material*, cual es la valoración contenida en los propios tipos¹⁶¹. Pese a esta interpretación, el

¹⁶⁰ Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal español, I, Artículos 1- 22*, (CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO dirs.) Barcelona 1972, pág. 802, es uno de los principales defensores en España de la teoría objetivo-formal. De similar opinión GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho en la autoría”, ob. cit. pág. 115.

¹⁶¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 444, afirma incluso que la valoración contenida en los tipos –en tanto que contenido material de los mismos– es el único contenido que importa en el terreno jurídico.

carácter formal de dicha teoría puede reconocerse en tanto que la misma **renuncia** a poner de relieve cuál es el **elemento material** que los propios tipos consideran característico del autor y que no se da en los partícipes, pues la mera referencia al tipo deviene insuficiente¹⁶². Ante la ausencia de estos criterios materiales podría seguir afirmándose el carácter formal de la teoría que ahora se estudia.

La teoría objetivo-formal presenta, a su vez, una **vertiente objetiva**. Sin entrar en detalles, puede afirmarse que la calificación de “objetiva” obedece, no a una intención de excluir los elementos subjetivos, sino a un rechazo a exigir en el autor la concurrencia de un especial ánimo respecto a su modo de intervención en el delito¹⁶³, a diferencia de lo que sucedía en las teorías subjetivas (concepto extensivo-subjetivo de autor). Sin embargo, ello no significa que, en la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal, los elementos típicamente subjetivos no deban estar presentes, antes al contrario.

En efecto, para dicha teoría autor será aquel sujeto cuya conducta pueda subsumirse en el tipo correspondiente¹⁶⁴ y ello sólo será posible en

¹⁶² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 445.

¹⁶³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 443; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 53.

¹⁶⁴ En este sentido se manifiesta la versión más moderna de la teoría objetivo-formal que en España es mantenida por GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. *passim*, entre otros.

la medida en que concurren en el sujeto todos los elementos del tipo, tanto los personales, como los objetivos y subjetivos¹⁶⁵. De este modo, se pone de manifiesto que únicamente bajo la perspectiva de la exclusión de un especial ánimo en el sujeto —cual podría ser el *animus auctoris* necesario para el concepto extensivo-subjetivo de autor- puede predicarse el carácter objetivo de la teoría que nos ocupa.

El *fundamento* de la teoría objetivo-formal, esto es, el motivo por el cual, dicha teoría, opta por calificar como autor a todo aquel sujeto que ejecute por sí mismo en todo o en parte la acción descrita en el tipo penal se ha buscado, por la doctrina partidaria de esta teoría, básicamente en dos argumentos. En primer lugar, la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor y, en segundo lugar, el pretendido acomodo de la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal con el “lenguaje común”.

En cuanto al argumento de la *mayor reprochabilidad o gravedad* de la conducta del autor, se aduce que, la realización de acciones ejecutivas implica una mayor peligrosidad, así como una manifestación del máximo grado de energía criminal¹⁶⁶, lo que justifica, bajo este punto de vista, la calificación del sujeto que de este modo actúa como autor. Sin embargo,

¹⁶⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 443.

¹⁶⁶ En este sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 23.

debe tenerse en cuenta que, bajo el argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor residen, indudablemente, consideraciones en torno al merecimiento y necesidad de pena.

En efecto, la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor conlleva, de manera inescindible, una valoración en torno al marco penal que debe ser impuesto al sujeto que lleva a cabo tales acciones ejecutivas. En definitiva, afirmando la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor se está aseverando también la necesidad de imponer una pena acorde a la peligrosidad que manifiesta dicha actuación. De este modo, al autor, es decir, al sujeto que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial le corresponde, por ser su acción la más reprochable y peligrosa y manifestar, a su vez, un “máximo grado de energía criminal”, el marco penal más elevado, esto es, el marco penal que los tipos establecen para el hecho del autor¹⁶⁷.

¹⁶⁷ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 454. DÍAZ Y GARCÍA pone de manifiesto la necesidad de acudir a los conceptos de merecimiento y necesidad de pena en lo referente a la determinación de las formas de intervención en el delito. El autor argumenta que ello será necesario, no sólo para justificar la imposición de una pena mayor o menor, sino para determinar que la responsabilidad de ese sujeto (autor) es autónoma, es decir, que no depende de la de ningún otro interviniente y, todo ello porque en el marco de un concepto restrictivo de autor –que es el ámbito en el que se inserta la teoría objetivo-formal- deviene absolutamente necesario determinar, no sólo la gravedad o reprochabilidad de la realización de una acción ejecutiva, sino si de ello se va a poder derivar la incriminación a título de autoría con las características que un concepto restrictivo de autor impone. DÍAZ Y GARCÍA también pone de relieve que el argumento del

El argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad al que acude la teoría objetivo-formal como criterio delimitador entre la autoría y la participación no está exento de críticas. A modo de resumen y, sin ánimo de exhaustividad, puede destacarse la realizada por GIMBERNAT ORDEIG. Según GIMBERNAT, el criterio de la mayor reprochabilidad del comportamiento del autor es un criterio interpretativo que no puede entenderse como punto de partida, sino simplemente como una instancia de control. De este modo, la mayor reprochabilidad de la conducta del autor debe cumplirse como requisito ineludible en cualquier teoría que afronte la delimitación entre las categorías de la autoría y la participación.

Así, la acotación de la figura del autor deberá tener en cuenta que la actuación del mismo debe ser, forzosamente, más reprochable que la del

merecimiento y la necesidad de pena casa perfectamente con la concepción más moderna de la teoría objetivo formal (autor es quien realiza el tipo) pues, según este autor, es evidente que la conducta más merecedora y necesitada de pena es aquella que contraría el mandato o prohibición del legislador en los tipos. Sin embargo, en cuanto a la versión clásica de la teoría objetivo-formal no se manifiesta tan acorde. DÍAZ Y GARCÍA expone que, si bien la realización de una acción ejecutiva –dada la cercanía a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que supone– merece la imposición del marco penal máximo para cada delito, ello no significa que dicha actuación sea suficiente para fundamentar la principal característica del autor: su responsabilidad autónoma. Esta calificación únicamente será atribuible, según DÍAZ Y GARCÍA, en la medida en que el sujeto, no sólo realice una acción ejecutiva, sino que además se enfrente de modo más directo a la norma. Todo ello con independencia de que a otro(s) sujeto(s) que realice una acción ejecutiva y no sea calificado como autor, pueda corresponderle, dada la peligrosidad de su actuación, la misma pena que a éste.

partícipe. Ahora bien, debe tenerse presente que, el cumplimiento de este requisito no supone, por sí solo, que dicha teoría sea correcta¹⁶⁸. En definitiva, GIMBERNAT ORDEIG opta por considerar el criterio de la mayor reprochabilidad como válido únicamente en la medida en que puede servir para demostrar que la *conclusión* a la que llega una determinada teoría es acertada, pero no admite dicho criterio como definitivo a la hora de determinar que dicha *teoría* –sea cual fuere- es la correcta¹⁶⁹.

Junto al argumento de la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor, se hacía referencia al acomodo que parece presentar la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal con el “*lenguaje común*”. Se afirma que la concepción popular de la figura del autor se adapta perfectamente a la definición que sostiene la teoría objetivo-formal de la autoría. Así, autor de un determinado delito es, en el “lenguaje común”, el sujeto que física y materialmente ejecuta la acción descrita en el tipo; es más, aquel que lleva a cabo la conducta que desemboca finalmente en el resultado prohibido por la norma penal.

¹⁶⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 25 - 29.

¹⁶⁹ Téngase aquí en cuenta las críticas que en otro lugar se dirigieron a los argumentos de la mayor peligrosidad de la conducta del autor y la necesidad y merecimiento de pena. Ya se concluyó entonces que no podían admitirse como válidos a la hora de deslindar la figura del autor de la del partícipe. En este punto y, a pesar de estar en el ámbito del concepto restrictivo de autor, las objeciones formuladas a dichos argumentos pueden también aplicarse en este lugar. Vid. *supra* Parte I Capítulo I 1.

En este sentido y, para fundamentar dicho argumento, se acude a diversos ejemplos en los que el sujeto activo *ejecuta materialmente* la acción descrita en el tipo. Así, el que clava el puñal y *mata* a la víctima ejecuta por sí mismo la acción típica de matar y, que duda cabe, que comúnmente este sujeto sería entendido, con acorde al “lenguaje común”, como autor de un delito de homicidio. También en este mismo sentido, el sujeto que toma una cosa mueble ajena va a ser calificado conforme a esa visión “popular” como autor de un delito de hurto, pues ejecuta materialmente la acción típica señalada para el delito en cuestión, en definitiva, es este sujeto el que *hurta*. En ambos ejemplos resulta evidente que la definición que de la autoría mantiene la teoría objetivo-formal encuentra acomodo en el “lenguaje común” y, por tanto, parece dar la razón a aquellos que pretenden basar el fundamento de la teoría objetivo-formal en concepciones populares¹⁷⁰.

A pesar de esta aparente coincidencia entre la concepción de la autoría mantenida por la teoría objetivo-formal y el “lenguaje común”, si acudimos a otros delitos recogidos también en la Parte Especial, dicha coincidencia sería fácilmente rechazable. Pensemos por ejemplo en delitos contra el medio ambiente. Imaginemos que una fábrica productora de plásticos vierte al cauce de un río, con infracción de la normativa legal o reglamentaria de forzoso cumplimiento, residuos contaminantes con un resultado catastrófico para la flora del lugar. Dicho vertido contaminante es liberado, materialmente, por el trabajador del turno de mañana encargado, puntualmente, de abrir las

¹⁷⁰ Sobre este tema vid. entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 23 y 24; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 461 y 462.

compuertas que liberan los residuos. Pues bien, en este ejemplo, contradiciendo a la opinión unánime de la doctrina actual, si acudimos al “lenguaje común” deberíamos afirmar que el que pone en peligro el medio ambiente es el trabajador que abre las mencionadas compuertas. En definitiva es él y no otro sujeto –como podría ser el encargado del departamento de medio ambiente, el biólogo responsable de adoptar las medidas legalmente establecidas para evitar la contaminación etc.- el que “contamina”. Con este ejemplo, se pone de manifiesto la debilidad de este argumento fundamentado en la coincidencia con el “lenguaje común”.

Esta aparente coincidencia entre el “lenguaje común” y la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal es difícilmente cuestionable cuando se trata de acciones ejecutivas *consumativas*. Resulta evidente que la teoría objetivo-formal debe, para ser consecuente con las premisas de las que parte, concebir como autor a aquel sujeto que realiza una *acción ejecutiva consumativa*, pues si bastaba para imputar a título de autoría la mera realización de una acción ejecutiva, tanto más, si ésta deviene *consumativa*. Por consiguiente, en este punto, parece existir una plena coincidencia con la concepción “popular” de la autoría. Ahora bien, dicho acomodo al “lenguaje común” parece encontrar serias dificultades cuando lo que realiza el sujeto son acciones ejecutivas pero *no consumativas*.

El reparto entre diversos sujetos de acciones típicamente ejecutivas resulta un inconveniente para esta fundamentación pues, a pesar de que la aportación al hecho sea lo suficientemente importante, no se podrá –

siempre bajo la perspectiva de la concepción “popular”- predicar de todos ellos una clara autoría. En el “lenguaje común” se entiende por autor de un delito aquel que física y materialmente lleva a cabo la acción típica (consumativa). Siendo éste el único sujeto que “vulgarmente” va a ser entendido como autor, se pone de manifiesto la disparidad existente entre lo que “popularmente” puede entenderse como autor y la concepción que de dicha figura sostiene la teoría objetivo-formal. Todo ello porque esta teoría también aceptaría la autoría de los sujetos que llevan a cabo acciones ejecutivas, con independencia de que sean o no consumativas.

Para ilustrar esta ausencia de concordancia entre la teoría objetivo-formal y el “lenguaje común” cuando únicamente se realizan acciones ejecutivas sin que éstas sean necesariamente consumativas, se acude –siguiendo los ejemplos anteriormente expuestos- al caso de un homicidio en el que un sujeto clava el puñal mientras el otro sujeta a la víctima, o al robo en el que uno violenta la caja fuerte y el otro se apodera de su contenido. Pues bien, en estos ejemplos, no puede decirse “vulgarmente” que el que sujeta a la víctima la *mate*, o que el que violenta la caja fuerte *sustraiga* (*hurte*). Sin embargo, incluso la versión más restrictiva de la teoría objetivo-formal aceptaría la (co)autoría de dichos sujetos, incurriendo, como ya se ha puesto de manifiesto, en una contradicción con lo que el “lenguaje común” considera como autor de un delito¹⁷¹.

¹⁷¹ En este sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 32 y 33.

Lo mismo podría esgrimirse ante un caso de estafa en el que varios sujetos se reparten diferentes funciones. Mientras que uno de ellos actúa de “gancho” convenciendo a la víctima de las ventajas de lo que se le ofrece, un tercero consigue la consumación del negocio jurídico –ficticio naturalmente– con el sujeto engañado. Por bien que no existan demasiadas dificultades para que ambos sujetos puedan ser considerados (co)autores del delito de estafa, difícilmente esta solución encontraría acomodo en el “lenguaje común” pues, probablemente, desde esta perspectiva, sólo el que consigue “vender el negocio jurídico” pueda ser calificado como autor.

En definitiva, puede afirmarse que el pretendido apoyo que la teoría objetivo-formal creía encontrar en el “lenguaje común” no existe o, al menos, no resulta suficiente como criterio que fundamente su concepción de la autoría. Y ello porque, tal y como se ha puesto de manifiesto, dicha coincidencia sólo sería factible en la medida en que la teoría objetivo-formal concibiese como autor únicamente a aquel sujeto que lleva a cabo acciones consumativas¹⁷². En consecuencia, puede sostenerse que el criterio del “lenguaje común” se perfila como insuficiente para delimitar formalmente las distintas figuras de intervención en un hecho pues, los criterios valorativos sociales o “populares” no coinciden necesariamente con los jurídicos¹⁷³, extremo que invalidaría –al menos parcialmente– dicho criterio como fundamento de la teoría objetivo-formal.

¹⁷² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 33.

¹⁷³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 460, afirma que tales valoraciones “populares” o del “lenguaje común” sirven más como criterio orientativo (por supuesto no único) sobre el marco penal a imponer a un determinado sujeto que sobre su consideración como autor o partícipe en un sistema de autoría

Hasta el momento, se han expuesto las principales críticas que pueden dirigirse contra los argumentos que pretenden dotar de contenido el fundamento de la teoría objetivo-formal. En ambos casos ha quedado patente la debilidad de los mismos, lo que probablemente reste solidez a la teoría objetivo-formal. Sin embargo, el hecho de que el fundamento de dicha teoría pretenda buscarse en argumentos no demasiado convincentes no significa que la teoría objetivo-formal carezca de importancia en lo que respecta a la contribución dogmática en el ámbito de la delimitación entre autoría y participación.

A pesar de las críticas que puedan dirigirse contra su fundamento, así como los inconvenientes que presenta en sede de autoría mediata y coautoría, la teoría objetivo-formal presenta una gran **ventaja** –añadida por supuesto al hecho de diferenciar, por situarse dentro del concepto restrictivo de autor, la autoría de la participación– cual es, **reconducir la autoría a la sede del tipo**¹⁷⁴. Con ello se consigue concebir como autor a aquel sujeto que *la ley ha querido que sea entendido como tal*¹⁷⁵. De este

restrictiva. También pone de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA que el legislador, al formular los tipos o los preceptos sobre intervención, no está vinculado por el lenguaje común ni por las concepciones sociales, aunque es preferible que se adapte a ellas.

¹⁷⁴ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, ob. cit. pág. 29.

¹⁷⁵ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 451.

modo, la teoría objetivo-formal se aleja de los planteamientos causales presentes en otros conceptos de autor, evitando así los defectos e incongruencias a los que la aplicación de los mismos conllevaba¹⁷⁶. En definitiva, la teoría objetivo-formal y su entendimiento de la autoría pone de manifiesto una de los grandes logros del concepto restrictivo de autor: el hecho de que no toda aportación causal va a ser considerada como verdadera autoría.

Sin perjuicio del obligado reconocimiento a la teoría objetivo-formal por su aportación en tanto que construcción dogmática que diferencia expresamente las categorías de la autoría y la participación, debe ponerse de manifiesto que no sólo el fundamento de esta teoría ha sido objeto de críticas. En efecto, la doctrina, además de aludir a la debilidad de los argumentos en los que los partidarios de la teoría objetivo-formal pretenden basar su fundamento, le reprochan una excesiva indeterminación, así como se le atribuyen serias dificultades a la hora de explicar la autoría mediata y la coautoría.

La excesiva *indefinición* o indeterminación en la que incurre la teoría objetivo-formal viene ocasionada por la ausencia de criterios materiales que permitan identificar qué clase de acciones son

¹⁷⁶ En este sentido ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 55.

ejecutivas¹⁷⁷. Como ya se ha expuesto, la teoría objetivo-formal concibe como autor a aquel sujeto que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial. Pues bien, lo que **no** determina la teoría objetivo-formal es cuáles son los **criterios materiales** que nos van a permitir discernir cuándo estamos ante una acción típicamente ejecutiva y cuándo no.

La ausencia de criterios materiales que permitan discernir cuándo estamos ante una acción típicamente ejecutiva, cobra aún más relevancia, si cabe, en los delitos en los que el tipo únicamente exige la causación de un resultado (*delitos resultativos*). Se afirma que la falta de criterio material que permita diferenciar al autor del partícipe puede conducir a la idea de que, en esta clase de delitos, todo el que contribuya a la causación del resultado sea concebido como autor, pues en definitiva, realiza el tipo. Esta conclusión aproximaría, indudablemente, la teoría objetivo-formal al concepto unitario y, la convierte en una teoría *ilimitada* en lo que respecta a la determinación de la autoría en los delitos meramente resultativos, perdiendo de este modo una de las principales virtudes que se atribuyen al concepto restrictivo de autor¹⁷⁸.

¹⁷⁷ En este sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 34; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 464 y 465; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 27 y 29; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 57; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370.

¹⁷⁸ En este sentido vid. entre otros MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 370 y 371.

En definitiva, puede afirmarse que la teoría objetivo-formal obvia la aportación de principios o reglas que posibiliten precisar cuándo y cómo una conducta puede ser subsumida en el tipo¹⁷⁹, extremo que permitiría diferenciar al autor del partícipe. Así las cosas, ante la carencia de criterios determinados que hagan viable la inclusión de una acción en el ámbito de la autoría, el único factor determinante para la delimitación de dicha categoría –siempre desde la perspectiva de la teoría objetivo-formal– es que la acción pueda ser concebida como (típicamente) ejecutiva¹⁸⁰, criterio jurídico éste de muy difícil concreción¹⁸¹.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, la excesiva indeterminación que se atribuye a la teoría objetivo-formal puede predicarse, no sólo de la concepción clásica de dicha teoría (autoría como sinónimo de acción ejecutiva), sino también de su versión más moderna (autoría como acción

¹⁷⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 530.

¹⁸¹ En cuanto a la excesiva indefinición que se atribuye a la teoría objetivo-formal, entiende GIMBERNAT ORDEIG que no puede ser entendida como una objeción o crítica demasiado contundente. GIMBERNAT afirma que, el hecho de que un criterio jurídico no sea de fácil precisión, no significa que sea incorrecto y, acude a ejemplos en los que la dificultad de delimitación también resulta evidente, pero que nadie duda de que sean criterios correctos, como por ejemplo el criterio del deber de diligencia. En definitiva, este autor sostiene que la dificultad de limitación de un determinado criterio o concepto jurídico no implica necesariamente la incorrección del mismo y, añade que la causa de la decadencia de la teoría objetivo-formal no puede atribuirse a la pretendida indefinición o indeterminación de dicha teoría. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 34 y 35. Se adhiere también a esta opinión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 464 y 465.

que puede subsumirse, sin más, en el tipo). Ello es así, porque en ambos casos no se aportan criterios materiales que permitan discernir cuándo una conducta deviene ejecutiva (versión clásica), o bien cuándo puede ser subsumida en el tipo (versión moderna). Por tanto, la carencia de criterios que posibiliten delimitar la conducta de autoría en sentido estricto en ambas versiones, provoca que las dos puedan ser calificadas como excesivamente indeterminadas.

Otra de las grandes críticas y, probablemente una de las más frecuentes, que se han dirigido contra la teoría objetivo-formal es la *incapacidad* que presenta para *explicar* la figura de la *autoría mediata*¹⁸². Si autor de un delito es, para dicha teoría, el que *personalmente ejecuta* alguno o todos los elementos del tipo, resulta evidente que el autor mediato queda fuera de esa definición, puesto que este sujeto (autor mediato) no realiza física y corporalmente –o dicho de otro modo, no realiza de propia mano– la ejecución de la acción típica, sino que lo hace a través de otro: el instrumento¹⁸³. En definitiva, queda patente que el autor mediato no “ejecuta”, pues es esta precisamente, la

¹⁸² En este sentido vid. entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 35 - 40; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 466 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 23; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 364; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 53; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 56; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371.

¹⁸³ En este sentido vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 23.

principal característica de la figura de la autoría mediata: el servirse de un instrumento para llevar a cabo la acción típicamente descrita.

Siendo ello así, difícilmente puede incluirse al autor mediato dentro de la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal, lo que llevó, con la finalidad de salvar este obstáculo, a matizar o reelaborar el concepto de autor para lograr dar cabida a la figura de la autoría mediata. Tal y como indica GIMBERNAT, algunos autores intentaron argumentar que también el autor mediato “ejecuta” la acción típica, sin embargo, dicho razonamiento no tubo acogida alguna, a pesar de pretender fundamentarlo, nuevamente, en el “lenguaje común”¹⁸⁴. Otra línea interpretativa opta, sin embargo, por introducir nuevos criterios que perfilen el concepto de autor cuando de lo que se trata de explicar es el fenómeno de la autoría mediata.

Reconociendo los partidarios de la teoría objetivo-formal que el autor mediato no “ejecuta” la acción típica, intentan acudir, para justificar su inclusión en la categoría de la autoría, a explicaciones como la “causación de la acción ejecutiva”, “causación del resultado contrario a la norma”, o incluso, de manera extrema, llegando a concebir los casos de autoría mediata como “supuestos de inducción”¹⁸⁵. En cualquier caso,

¹⁸⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 35. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 23 y 24.

¹⁸⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 36.

todos estos intentos suponen manejar conceptos de autor diferentes para la autoría inmediata y la autoría mediata, lo que evidencia que la concepción que sostiene la teoría objetivo formal –al menos en su versión más clásica- resulta incapaz de explicar un fenómeno tan frecuente como el de la autoría mediata. Ello provoca, por consiguiente, que ya en este punto pueda catalogarse la teoría objetivo-formal como inapropiada para delimitar, unitaria y satisfactoriamente, la institución de la autoría en Derecho Penal.

Si bien la versión más clásica de la teoría objetivo-formal se manifiesta como incapaz de explicar la autoría mediata, no sucede lo mismo con la versión que identifica al autor con aquel sujeto cuya conducta es, sin más, subsumible en el tipo. Los que así conciben la autoría, afirman que la incompatibilidad de dicha teoría con la autoría mediata sólo surge en la medida en que se identifique –incorrectamente- *realización* del tipo con *ejecución física* (directo-corporal), equiparación que ellos rechazan de pleno¹⁸⁶. Admitiendo que la realización del tipo no significa forzosamente ejecución física, se salva la principal crítica a la teoría objetivo-formal, pues de este modo puede afirmarse que el autor mediato *realiza* el tipo aunque no lo *ejecute* directa y corporalmente¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 467.

¹⁸⁷ Abundando en este tema, puede afirmarse que para los partidarios de la versión más moderna de la teoría objetivo-formal *realización* y *ejecución* del tipo no son sinónimos de autoría y que, incluso, puede prescindirse de la *ejecución* para la acotación de la *realización del tipo*. En este sentido vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 26.

Bajo mi punto de vista, esta segunda acepción de la teoría objetivo-formal en la que se prescinde de la *ejecución* y se contempla la autoría como *realización* del tipo, resulta mucho más adecuada. Todo ello puesto que el término realizar el tipo no presupone forzosamente una causación o ejecución física acomodándose así mucho mejor a las diferentes modalidades delictivas que puede presentar un mismo hecho punible. En efecto, dicha concepción resulta aconsejable no sólo en el ámbito de la autoría mediata, sino también, como veremos, en el de la coautoría. En definitiva, la concepción de la autoría como realización del tipo y no como ejecución permite una mayor adecuación al sentido normativo de la categoría de la autoría.

No sólo la autoría mediata constituye un importante obstáculo en la aceptación de la teoría objetivo-formal, sino que también se le ha reprochado ciertas dificultades a la hora de dar una explicación convincente en lo referente a la *coautoría*¹⁸⁸. El inconveniente surge cuando uno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto, pero aun así su contribución deviene absolutamente esencial y puede, incluso, obedecer a un reparto previo de las funciones entre cada uno de los sujetos que deciden conjuntamente intervenir en el hecho punible. En este supuesto, ninguna de las dos versiones de la teoría

¹⁸⁸ Vid. entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 480 a 484; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 57.

objetivo-formal podría concebir a dicho sujeto como *coautor* del delito en cuestión.

La doctrina acude en este punto a los ya típicos ejemplos del “jefe de la banda” que elabora el plan de ejecución y también a casos de hurto en los que un sujeto se apodera del dinero mientras que otro lo guarda en una bolsa y facilita la huida. En ambos casos es dudoso que –bajo la concepción de la teoría objetivo-formal- nos encontremos ante acciones ejecutivas o claramente típicas. En la actualidad, debe tenerse en cuenta que la pertenencia a una organización, en la que obviamente existe distribución de funciones entre los diferentes integrantes, es una cuestión que encuentra solución expresa legal para algunos supuestos. En tales casos, la pertenencia a una organización destinada a determinados fines constituye, incluso, un tipo agravado. Esto sucede por ejemplo en materia de propiedad intelectual e industrial. Así los arts 271. 1 c) y 276.1 c) recogen tipos agravados por pertenecer el culpable a una organización o asociación (incluso de carácter transitorio) que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual e industrial respectivamente.

Para los partidarios de la teoría objetivo-formal que conciben la autoría en tanto que realización de una acción *ejecutiva* resulta evidente que si la acción no es ejecutiva no puede ser entendida como autoría en sentido estricto. Asimismo, en el caso de la concepción de la autoría como *realización* de una acción típica, si se parte de la premisa de que la acción no lo es –al menos de manera clara-, obviamente no puede

concebirse al sujeto que la lleva a cabo como autor. De este modo, la posibilidad de afirmar la coautoría resulta ser, ciertamente, muy reducida.

La disconformidad con esta concepción ha sido puesta de relieve por un importante sector de la doctrina que se manifiesta favorable a catalogar estos casos como de clara coautoría y afirman que, las premisas de la que parte la teoría objetivo-formal se revelan como insuficientes para dar cabida a determinados supuestos que debieran incluirse en el ámbito de la autoría¹⁸⁹. Qué duda cabe que bajo éstos argumentos se vislumbra una concepción de la autoría que, pese a ser restrictiva, dista de la teoría objetivo-formal, en la medida en que no sólo se van a tener en cuenta la mera ejecución o la mera realización de una acción claramente típica para delimitar la (co)autoría, sino otros elementos o criterios que permitirán ampliar la posibilidad de incriminación bajo este título¹⁹⁰.

En conclusión puede afirmarse que, a pesar de que la teoría objetivo-formal presenta, por encontrarse en el seno de una concepción restrictiva de la autoría, importantes ventajas, las dificultades a la hora de explicar tanto la autoría mediata como la coautoría constituyen verdaderos obstáculos para aceptar las premisas de las que parte. Se ha intentado

¹⁸⁹ Vid. por todos ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 57 y 58.

¹⁹⁰ Este será el caso por ejemplo, de los partidarios de la teoría del dominio del hecho en la que se abundará más adelante. Vid. infra Parte I Capítulo II 3

demostrar cómo la teoría objetivo-formal resulta, en ocasiones, realmente insuficiente e insatisfactoria en las soluciones que ofrece ante algunos casos de la fenomenología delictiva lo que, unido a la debilidad de su fundamento, conduce a rechazarla como teoría válida a la hora de delimitar el concepto de autor.

2. Teoría objetivo-material

Las teorías objetivo-materiales surgen con la intención de evitar el principal defecto que presentaba la teoría objetivo-formal: la ausencia de criterios materiales que precisaran cuáles eran las acciones ejecutivas del tipo y permitieran, de este modo, delimitar la figura del autor¹⁹¹. Esta ausencia de criterios delimitadores de la acción ejecutiva deriva en una excesiva indeterminación, aunque no por ello deviene lo suficientemente flexible para dar cabida a supuestos comunes de la fenomenología delictiva susceptibles de ser calificados como casos, por ejemplo, de coautoría. Es por ello, que en el intento por superar estos impedimentos formales, las teorías objetivo-materiales no se contentan con la mera remisión a la descripción típica e intentan buscar *criterios materiales*

¹⁹¹ En este sentido vid. entre otros HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 29; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 60 – 61; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371.

que permitan establecer una demarcación conceptual de la autoría y la participación¹⁹².

Pues bien, es precisamente la negativa a conformarse con una mera remisión a los tipos, lo que otorga el *carácter material* a todas las teorías que se enmarcan bajo la denominación común de teorías objetivo-materiales. Por otra parte, el *carácter objetivo* predicable de las teorías que nos ocupan, viene definido porque, al igual que sucediera en la teoría objetivo-formal, en el propósito de distinguir entre autoría y participación, obvian cualquier criterio relacionado con la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho¹⁹³. Así, el *animus auctoris* como elemento de carácter subjetivo indispensable para afirmar la autoría de un sujeto en las teorías subjetivas (concepto extensivo-subjetivo de autor) carece aquí, nuevamente, de importancia alguna.

Las doctrinas que pueden ser agrupadas bajo la denominación común de teorías objetivo-materiales atienden, en la delimitación de la autoría y la participación, al valor *objetivo* de la contribución realizada por cada sujeto evitando, tal y como ya se ha indicado, cualquier criterio subjetivo. De este modo, sería autor el sujeto que aportase la contribución

¹⁹² Resume las principales características de esta teoría, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 366 ss.

¹⁹³ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 536.

*objetivamente más importante*¹⁹⁴. A su vez, se afirma por parte de la doctrina que en la mayoría de estas concepciones renace la idea de la causalidad, acudiendo concretamente a teorías causales diferenciadoras¹⁹⁵, es decir, que parten de la idea de que entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado puede diferenciarse entre *causa y condición*. Bajo esta perspectiva se afirma que el autor es la causa y el partícipe la condición del resultado¹⁹⁶.

Justamente el punto de partida causal es uno de los extremos que la doctrina más ha criticado de las teorías objetivo-materiales y deviene uno de los principales argumentos que fundamentan el rechazo de las mismas¹⁹⁷. Tal y como ya se expuso en lo referente al concepto unitario

¹⁹⁴ En este sentido vid. entre otros MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 61; ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.), *Parte General*, ob. cit. págs. 710 ss. Vid. la explicación resumida en el ámbito germánico en BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 29/48 a 29/58 págs. 681 - 684.

¹⁹⁵ En este sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 115; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 536; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 30; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371.

¹⁹⁶ En este sentido vid. por todos GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 115, 116 y 120.

¹⁹⁷ En este sentido afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 536, que “..... la mayoría de estas doctrinas se apoyan en teorías causales diferenciadoras, lo que supone también que están condenadas al fracaso, pues el ámbito de la causalidad no es adecuado para distinciones....”. Del mismo modo afirma ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 60, en relación con la teoría de la necesidad que resulta inútil como criterio general de delimitación debido a su punto de vista causal metodológicamente incorrecto.

de autor¹⁹⁸, el ámbito de la causalidad resulta absolutamente inidóneo para la delimitación conceptual entre la autoría y la participación. Es más, puede incluso afirmarse que en el terreno de la causalidad no es factible diferenciar entre causa y condición o entre causas más o menos importantes, pues en la actualidad se admite generalmente que todas las condiciones de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia de las condiciones)¹⁹⁹ lo que impide, si nos basamos en este criterio causal, toda posibilidad de diferenciación entre autoría y participación.

En definitiva, puede aseverarse que la delimitación de las figuras de la autoría y la participación resulta ser una decisión eminentemente valorativa y no ceñida únicamente a criterios esencialmente neutrales como es el de la causalidad. Precisamente en este sentido afirma GIMBERNAT ORDEIG que el modo causal sólo ayuda a entender la concatenación de los acontecimientos pero no puede decir nada sobre su significación jurídica puesto que es un criterio totalmente ajeno a cualquier valoración²⁰⁰.

¹⁹⁸ Vid. supra Parte I Capítulo I 1.

¹⁹⁹ En este sentido vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 118; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371.

²⁰⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 116 siguiendo en este punto a ROXIN.

Dada la escasa repercusión y aceptación que las teorías objetivo-materiales han tenido en España, no se procederá a un análisis exhaustivo de todas y cada una de las doctrinas que pueden enmarcarse bajo esta denominación²⁰¹. Sólo se pretende en este punto mencionar brevemente cuáles han sido las doctrinas que se agrupan bajo las ya mencionadas teorías objetivo formales. Así, bajo esta denominación encontramos la *teoría de la necesidad*, la *teoría de la simultaneidad*, la *teoría de la causalidad física y causalidad psíquica*, y finalmente la *teoría de la supremacía*.

Para la *teoría de la necesidad* será considerado autor aquel sujeto que contribuye al hecho punible con una aportación imprescindible para el resultado, es decir, que interpone con su actuación una condición *necesaria* sin la cual el hecho no se podría haber producido²⁰². Debe destacarse, tal y como pone de manifiesto ROXIN, que la teoría de la necesidad coincide con la *teoría del dominio del hecho* en cuanto que ambas aceptan que el autor tiene en sus manos el curso del acontecer típico, pues el que aporta una condición imprescindible en él también

²⁰¹ Sobre cada una de las doctrinas agrupadas en las teorías objetivo-materiales vid. el exhaustivo análisis contenido en ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 58 - 71.

²⁰² En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 536 a 537; BOLEA BARDON, *La autoría mediata*, ob. cit. pág. 61; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 58.

reside la decisión de si el hecho va a tener lugar o no²⁰³. Sin embargo, la principal crítica que se dirige contra esta teoría, y que a su vez la hace rechazable, resulta evidente: el punto de vista causal del que parte que deviene inidóneo para hacer distinciones entre las diferentes *causas* (causa – condición) que conducen al resultado²⁰⁴.

Para la *teoría de la simultaneidad* son autores todos los que intervienen en la fase de *ejecución* del hecho punible²⁰⁵. Así, para la teoría de la simultaneidad la delimitación de la autoría se basa en criterios puramente temporales –alejados de criterios formales en los que se requiere la realización de un elemento típico- lo que permite considerar como (co)autor a todo sujeto que coopere activamente en la ejecución del hecho²⁰⁶. El planteamiento del que parte la teoría que nos ocupa presenta, principalmente, dos grandes inconvenientes. En primer lugar, la dificultad manifiesta para explicar la figura de la autoría mediata, pues la utilización de un instrumento para llevar a cabo el hecho

²⁰³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 60.

²⁰⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 538.

²⁰⁵ Vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 538 - 539.

²⁰⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, ob. cit. pág. 7ª ed., págs. 63 y 64, critica la delimitación de la autoría basada en criterios puramente temporales y afirma que tal criterio se queda excesivamente en lo externo deviniendo, por tanto, un criterio general de delimitación inadecuado que otorga, a lo sumo, un punto de partida susceptible de desarrollo.

punible impide, por lo general, que el autor mediato actúe en el momento de la ejecución del hecho²⁰⁷. En segundo lugar, tal y como indica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el acudir a un criterio puramente temporal imposibilita apreciar las diferencias existentes entre cada una de las distintas aportaciones en la fase ejecución, ya sea entre autores y partícipes como de los partícipes entre sí²⁰⁸.

La *teoría de la causalidad física y la causalidad psíquica* concibe como autor a aquel sujeto cuya contribución haya conducido (causado) directamente al resultado. Por el contrario, será considerado partícipe aquel sujeto cuya contribución haya conducido (causado) al resultado a través de la acción independiente de otro²⁰⁹. De todas las variantes de esta teoría la más conocida es, tal y como indica ROXIN, la teoría de Frank en la que se afirma que la autoría pertenece al ámbito de la *causalidad física*, mientras que la participación al de la *psíquica*²¹⁰. En cualquier caso, el nexo común a todas las variantes de esta teoría pasa por considerar como criterio delimitador de la autoría el hecho de que

²⁰⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 64.

²⁰⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 539.

²⁰⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 65. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 539-542, se refiere a esta teoría aludiendo al *carácter directo o indirecto de la causalidad* y matiza aludiendo a que lo decisivo en este planteamiento no es tanto la importancia causal de las contribuciones, sino la *dirección* de esa causalidad.

²¹⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 67.

entre la acción y el resultado medie o no la voluntad de otro, es decir, si entre la conducta del interviniente y el resultado existe una relación directa o no²¹¹. Nuevamente en este punto debe ponerse de manifiesto que la principal debilidad de esta teoría es, obviamente, su fundamentación basada en criterios puramente causales²¹², a lo que debe añadirse la imposibilidad de explicación de la autoría mediata a través de la diferenciación entre causalidad directa e indirecta, física y psíquica²¹³.

La *teoría de la supremacía* diferencia la autoría de la participación en función de si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia entre los diferentes sujetos que intervienen en el hecho, o por el contrario, se da una relación de subordinación y supremacía entre ellos. En el primer caso, podrán ser considerados todos ellos (co)autores, y en el segundo, será autor el que ostente una posición de superioridad, mientras que el resto (subordinados) serán calificados como meros partícipes²¹⁴. La alusión de esta teoría al caso concreto pone

²¹¹ En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 539.

²¹² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 541, destaca que existen variantes de esta teoría en las que, partiendo de una distinción entre causalidad directa e indirecta, añaden un elemento de posibilidad voluntaria de configuración del curso causal, lo que las convierte en un claro precedente de las teorías del dominio del hecho.

²¹³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 68.

²¹⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 69.

de manifiesto la vaguedad de la misma²¹⁵, así como revela que el punto de vista de la supremacía y la subordinación constituye un baremo demasiado elástico, dejando un margen demasiado amplio para la individualización²¹⁶. Así, la vaguedad e indeterminación que se atribuye a la teoría de la supremacía implica que la misma deba ser rechazada como criterio válido para la delimitación de la autoría y la participación, no pasando, tal y como indica ROXIN, de ser un punto de partida aprovechable²¹⁷.

En conclusión, puede afirmarse que las teorías objetivo-materiales no aportan criterios válidos para la diferenciación de las figuras de la autoría y la participación pues, en ese intento, no sólo acuden en muchas ocasiones a teorías causales, sino que también desconocen la importancia de lo subjetivo para la determinación de la relevancia de cada contribución al hecho²¹⁸. Además, las doctrinas enmarcadas en el ámbito

²¹⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 543.

²¹⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 70.

²¹⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 71, abunda en este tema y afirma que una teoría basada en esta diferenciación (supremacía – subordinación) debería elaborar baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación de los supuestos concretos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la teoría de la supremacía, a pesar de no ser considerada válida en la delimitación de la autoría y la participación, es considerada como precursora directa de la teoría del dominio del hecho, teoría ésta que es aceptada generalmente por la doctrina como criterio idóneo para la diferenciación de las figuras de la autoría y la participación.

²¹⁸ Vid. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 61; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 371.

de las teorías objetivo-materiales, en el esfuerzo por ofrecer criterios que determinen cuál es la aportación material al hecho más relevante, introducen criterios desvinculados de la valoración legal que además son, en la mayoría de las ocasiones, difícilmente precisables.

3. Teorías relacionadas con el concepto de dominio

En las líneas que siguen se pretende analizar, brevemente, algunas de las teorías que, basadas o relacionadas con el concepto de dominio, han intentado aportar criterios para poder identificar la figura del autor de un determinado hecho punible. Por lo inabarcable de la cuestión, me limitaré exclusivamente a poner de relieve algunas de las teorías que, a mi juicio, aparecen como las más relevantes o significativas, bien por su desarrollo, bien por las peculiaridades que aportan al concepto general del dominio. En un momento posterior²¹⁹ se afrontará el análisis de algunas construcciones dogmáticas que, a pesar de tener como punto de partida también el dominio del hecho, están concebidas especialmente para el tratamiento de la autoría en aquellos delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos está legalmente delimitado, pues intentan adecuar el criterio del dominio al fundamento de estos delitos.

²¹⁹ Vid. *infra* Parte II Capítulo III.

Ya se ha expresado en este trabajo la *conveniencia* de adoptar un *concepto restrictivo* de autor en la delimitación de la autoría, por entender que resulta el concepto más idóneo también en aquellos delitos en los que el círculo de posibles autores queda restringido a determinados sujetos. Pues bien, en este punto resta todavía por exponer qué criterio concreto –dentro de una concepción restrictiva de la autoría– resulta más adecuado para resolver la problemática cuestión de la delimitación conceptual de la autoría. Sea cual fuere el criterio adoptado finalmente, es necesario tener nuevamente en cuenta que éste debe erigirse como válido para delimitar la figura del autor en los tradicionalmente llamados “delitos comunes”, así como resultar particularmente satisfactorio en el ámbito de aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos aparece legalmente –expresa o tácitamente²²⁰– delimitado y observar las peculiaridades que, en sede de autoría, presentan esta clase de delitos.

En el marco del concepto restrictivo de autor, quizá sean las teorías relacionadas con la idea del dominio del hecho²²¹ las que más

²²⁰ Con la expresión “*tácitamente*” se quiere referir el hecho de que el legislador no ha delimitado el círculo de autores a través de una remisión expresa a determinados sujetos, sino que, a través de la descripción típica de la conducta obtiene el mismo resultado de delimitación o restricción en sede de autoría que en otros delitos especiales en los que se determina claramente el sujeto que puede ser calificado como autor del mismo –por ejemplo los casos de los delitos de funcionarios “el funcionario que”-. De este modo, me gustaría aclarar que con la expresión aquí utilizada no se pretende obviar el principio de legalidad y taxatividad que obliga a permanecer en el sentido que la descripción típica indica.

²²¹ Se hace referencia a “teorías relacionadas con el dominio” y no exclusivamente a la teoría del dominio del hecho básicamente por dos razones. En primer lugar porque

repercusión y mayor calado han tenido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²²². Los partidarios de un concepto restrictivo de autor, se han decantado mayoritariamente por criterios basados en la idea o concepto de dominio para delimitar y caracterizar la figura del autor respecto a la del partícipe. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a pesar de partir de un criterio común, cual es la idea o concepto de dominio, las diversas teorías adoptan diferentes matices, lo que dificulta enormemente enunciar una definición de dominio del hecho como criterio delimitador de la autoría que aúne todas las posturas doctrinales afines con esta idea.

Sin perjuicio de las matizaciones que puedan realizarse posteriormente puede asumirse la definición general que, en un esfuerzo por encontrar un criterio común a la diversidad de variantes que presentan los defensores de teorías relacionadas con el dominio del hecho, ofrece DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO de la autoría en el marco de dichas teorías: *autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su*

la teoría del dominio del hecho adopta casi tantas variantes como autores la defienden. En segundo lugar y como se verá más adelante, porque existen algunas teorías que aunque pueden relacionarse con el concepto de dominio, adoptan un perfil diferenciado, lo que impide catalogarlas propiamente como teoría del dominio del hecho. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, con la teoría de la pertenencia del hecho, acuñada por MIR PUIG, que si bien parte del concepto de dominio, debe diferenciarse claramente de aquélla por las peculiaridades que presenta.

²²² Así vid. entre muchísimas otras SSTs 14-07-2005 (TOL 674821); 07-07-2005 (TOL 703370); 12-05-2003 (TOL 275623), todas ellas recogiendo la abundante jurisprudencia anterior en el mismo sentido.

*actuación decide el si y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción*²²³. De este modo, el dominio del hecho, como criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor, puede concretarse, a grandes rasgos, en un poder sobre el devenir y la configuración misma del hecho que debe ostentar un sujeto (autor) o varios sujetos (coautores) para poder ser calificados como autores del hecho punible²²⁴.

El origen de la teoría del dominio del hecho debe ubicarse en el finalismo y concretamente –tal y como indica la doctrina- en WELZEL como el primer defensor con éxito de la misma²²⁵. En la formulación

²²³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 547. En sentido similar vid. WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/512 pág. 181.

²²⁴ MIR PUIG pone de manifiesto, y a la vez critica, la falta de precisión de la teoría del dominio del hecho por la ausencia de rasgos concretos y diferenciadores que delimiten claramente la autoría de la participación. Alude también a la posibilidad de circunscribir el concepto de dominio al hecho de que concurra en el sujeto el poder de interrumpir la realización del tipo, criterio que también rechaza rotundamente por entenderlo insuficiente pues, como indica MIR PUIG, esta posibilidad de interrupción puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 373. A favor del criterio del dominio por entender que aúna válidamente criterios objetivos y subjetivos WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/518 pág. 183; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, ob. cit. 21/20 y 21/22 pág. 292.

²²⁵ En este sentido vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 551 y ss. Este autor concreta que, si bien fue WELZEL el primer defensor con éxito de la teoría del dominio del hecho la idea de dominio fue utilizada anteriormente por otros autores alemanes, como WEBER o LOBE. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría*

original de WELZEL, se concibe como autor de un delito doloso a aquel sujeto que conduzca finalmente el proceso causal hacia la producción del resultado. Es decir, tendrá dominio del hecho y, por tanto, podrá ser calificado como autor, aquel sujeto que —en un delito doloso— consciente del fin, configure el hecho en su existencia y forma de ser²²⁶.

Si bien los orígenes de la teoría del dominio del hecho pueden enmarcarse en el finalismo defendido por WELZEL, es ROXIN el autor al que indudablemente puede atribuirse el mayor desarrollo del dominio del hecho como criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor²²⁷. Es por ello que en lo sucesivo se intentará resumir brevemente la construcción elaborada por este autor.

3.1 El dominio del hecho en ROXIN

Antes de adentrarnos en el análisis de la construcción que realiza ROXIN de la teoría del dominio del hecho, debe advertirse que el criterio

mediata, ob. cit. pág. 31; STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, ob. cit. 12/15 pág. 299; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 372.

²²⁶ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), pág. XX, define de este modo la formulación original que realiza WELZEL del dominio del hecho pero también pone de manifiesto cuál ha sido la evolución que en este autor ha experimentado dicha teoría.

²²⁷ Sobre el desarrollo de esta teoría vid. más recientemente su obra ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/45 ss. págs. 22 ss.

del dominio del hecho es **descartado radicalmente** por este autor para la delimitación de la autoría en los delitos en los que el círculo de posibles autores queda circunscrito a determinados sujetos. En efecto, para ROXIN dichos delitos constituyen una categoría diferente en la cual los criterios que deben tenerse en cuenta para la delimitación de la autoría distan mucho del dominio del hecho.

Como es bien sabido, ROXIN diferencia claramente dos categorías o clases de delitos: los **delitos de dominio** (*Herrschaftdelikte*) y los denominados **delitos de infracción de deber** (*Pflichtdelikte*)²²⁸. En los primeros, la determinación de la autoría se llevará a cabo basándose en los criterios aportados por la teoría del dominio del hecho en toda su extensión, mientras que, por contra, en los tipos que se conciben como delitos de infracción de deber los criterios delimitadores de la autoría serán bien distintos²²⁹. Así, en los denominados delitos de infracción de deber el criterio que determina la autoría es esencial y básicamente la infracción de un deber extrapenal que obliga de manera especial a un determinado sujeto. De este modo, la concurrencia o no de dominio del

²²⁸ Vid. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/13 a 25/14 págs. 10 ss.

²²⁹ Sobre los criterios que determinan la autoría en los delitos de infracción de deber, así como la fundamentación dogmática de los mismos vid. infra Parte II Capítulo II.

hecho en el sujeto que ostenta e infringe el deber, deviene absolutamente irrelevante a la hora de determinar la autoría en esta clase de delitos²³⁰.

En este trabajo no se pretende analizar la autoría sólo desde una perspectiva general, esto es, con independencia de los tipos concretos sobre los que deban aplicarse dichos criterios delimitadores de la autoría y la participación, sino que se intenta encontrar un criterio que, en el marco de la concepción restrictiva de la autoría, pueda ser válido para cualquier clase de delitos y, *especialmente*, para aquellos tipos que presentan peculiares características en el ámbito de la autoría o del injusto²³¹. Es por ello que, sin restar un ápice de importancia a la caracterización de la teoría del dominio del hecho realizada por ROXIN, me limitaré a exponer brevemente una construcción que, ya desde el inicio, resulta –como reconoce el propio autor– inidónea para delimitar el

²³⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 370 y 387 ss.

²³¹ Obviamente este sería el caso de los delitos en los que los sujetos activos quedan, por determinación expresa legal, reducidos al administrador de hecho o de derecho (por ej. el delito de administración fraudulenta art. 295 CP). Por otra parte, debe ponerse de manifiesto que dicha restricción en el ámbito de la autoría también se aprecia en otros delitos en los que, a pesar de que el legislador se refiera al sujeto activo como “el que”, únicamente pueden llegar a realizar la conducta determinados sujetos, pues es precisamente la conducta la que obliga a reducir el ámbito de la autoría en estos delitos (por ej. el delito de alzamiento de bienes art. 257 CP, en el que únicamente el “deudor” puede llegar a ser sujeto activo –*intraneus*– en este tipo delictivo, respondiendo el resto de sujetos no deudores que coadyuvan en la acción típica como meros partícipes –*extranei*–). Así lo señala aunque no lo define expresamente como delito especial, CUGAT MAURI en CÓDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Madrid - Barcelona 2004, pág. 865.

ámbito de la autoría en aquellos delitos en los que el círculo de posibles autores resta circunscrito a determinados sujetos.

El punto de partida metodológico de ROXIN pasa por concebir al autor como *figura central* del acontecer en forma de acción. Con esta afirmación ROXIN aporta un criterio formal que –según este autor– no pretende describir el contenido de la autoría, sino simplemente servir como punto de partida²³². Según ROXIN, este punto de partida metodológico coincide plenamente con la valoración y delimitación que realiza el legislador, pues éste concibe al ejecutor (autor) como punto de referencia relegando a un segundo plano a los partícipes que quedan agrupados en torno al autor²³³.

El criterio formal que representa la concepción del autor como “figura central”, será posteriormente dotado de contenido acudiendo a diferentes criterios en función de la clase de delito que se trate. Pues bien, uno de estos criterios es el dominio del hecho, que adoptará diferentes

²³² Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 44 ss. Debe ponerse de manifiesto que dicho punto de partida metodológico no está exento de críticas, se culpa a ROXIN de extraer consecuencias demasiado concretas directamente de la idea de la figura central en la que se aprecia un alto contenido prejurídico. En este sentido vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 590 ss., donde también se recogen las críticas de STEIN dirigidas a la idea del autor como figura central. Vid. también ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/10ª 25/16 págs. 9 y 10. Sobre la cuestión del autor como figura central vid. también infra Parte II Capítulo II 1.1.

²³³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 45.

formas atendiendo a la concreta dinámica delictiva. Es decir, se concretará para cada grupo de casos y en función de las distintas formas de intervención en el suceso delictivo cómo debe entenderse la mencionada teoría de dominio del hecho²³⁴. De este modo las formas de dominio del hecho se concretan en: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio del hecho funcional²³⁵.

El *dominio de la acción* es, según ROXIN, el prototipo de la autoría y se manifiesta del siguiente modo: “.... *quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho*”²³⁶. Para este autor nadie puede dominar un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo, es decir, cuando de propia mano realiza todos y cada uno de los

²³⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 149. Esta manera de proceder en la construcción teórica de la teoría del dominio del hecho atendiendo a las distintas formas de autoría y, a su vez, extrayendo de ello los principios generales de esta teoría, es lo que determina que el concepto de dominio del hecho construido por ROXIN sea denominado por él mismo como *concepto abierto*.

²³⁵ Debe tenerse en cuenta que el criterio del dominio del hecho, sea cual fuere la forma en que se manifieste, requiere –según ROXIN– un *actuar final*, lo que descarta absolutamente la posibilidad de que dicho criterio delimitador de la autoría pueda ser aplicado a los delitos imprudentes. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, ob. cit. págs. 350-351. Dicha afirmación resulta coherente si recordamos que en la doctrina alemana es opinión dominante que en los delitos imprudentes debe regir un concepto unitario de autor, lo que evitaría la necesidad existente en los delitos dolosos de buscar un criterio que permita la diferenciación y delimitación entre las figuras de la autoría y la participación.

²³⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 151.

presupuestos del injusto establecidos en los tipos que pueden catalogarse como delitos de dominio²³⁷.

El *dominio de la voluntad* es otra de las formas en las que –según ROXIN- puede manifestarse el dominio del hecho constituyendo, por tanto, un criterio válido para afirmar la autoría en determinados supuestos. Esta especial forma que adopta la mencionada teoría del dominio del hecho se manifiesta, concretamente, en los casos de autoría mediata. De este modo, la autoría del hombre de atrás se basa, no ya en un dominio de la acción (ejecución inmediata de la acción), sino en un dominio fundamentado en el poder de la voluntad conductora²³⁸. El dominio de la voluntad, sin embargo, constituye un nexo común que, si bien permite afirmar la autoría del hombre de atrás, debe concretarse, a su vez, en función de las diversas modalidades a través de las cuales se llega a dominar la voluntad del instrumento²³⁹.

²³⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 151 - 164. Debe ponerse de manifiesto que ROXIN afronta el estudio del dominio de la acción a través del estudio de diferentes situaciones en las que acaba afirmando la existencia de dominio del hecho (dominio de la acción), cuales son: realización del tipo de propia mano dolosa y libre, realización típica de propia mano dolosa y no libre y la realización de propia mano y dolosa de algunos elementos de tipo.

²³⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 594.

²³⁹ Vid. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/45 ss págs. 22 ss.

Se requiere, por tanto, una concreción de los diferentes presupuestos que permiten afirmar que un sujeto (hombre de atrás) domina la voluntad de otro (instrumento). Pues bien, las modalidades en las que –según ROXIN– se manifiesta el dominio de la voluntad son las siguientes: a) dominio de la voluntad en virtud de coacción; b) dominio de la voluntad en virtud de error; c) dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores y, finalmente; d) dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas²⁴⁰.

La última modalidad en la que puede manifestarse el dominio del hecho es el *dominio del hecho funcional*. Este último criterio servirá para poder afirmar la coautoría de diferentes sujetos que intervienen en un mismo hecho punible. La idea que define el dominio funcional del hecho se basa fundamentalmente en entender que el dominio conjunto del individuo resulta de su función en el marco de un plan global. De este modo y, atendiendo a la configuración realizada por ROXIN del dominio funcional, es coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional

²⁴⁰ Se obvia el análisis de cada una de estas modalidades en las que se manifiesta el dominio de la voluntad por exceder claramente a la intención de estas líneas. Para un análisis exhaustivo de las mismas vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 166 - 311; más recientemente ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/45 ss. págs. 22 ss. Concretamente sobre el tema de la autoría mediata vid. las obras de HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. *passim* y BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. *passim*.

se sostiene o se viene abajo lo emprendido²⁴¹. Por otra parte y, siempre siguiendo esta idea central, no podría calificarse como coautoría una intervención u aportación que, aun siendo prestada en el marco del plan global del hecho, no le corresponda ninguna función independiente²⁴².

Así las cosas, puede concluirse que los aspectos esenciales que permiten admitir la concurrencia de dominio funcional del hecho y, por ende, la posibilidad de atribuir la cualidad de coautores a diversos sujetos que intervienen en un mismo hecho delictivo son los siguientes: existencia de un *plan global, acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias, aportación esencial*²⁴³ en la *fase ejecutiva* que se corresponda con una *función independiente*, necesidad de que el conjunto de coautores sólo puedan *obrar conjuntamente* y todo ello con absoluta independencia de la posición subjetiva del sujeto al respecto²⁴⁴.

²⁴¹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/188 a 25/218 págs. 77 - 89.

²⁴² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 310-311.

²⁴³ En cuanto al concepto de “importancia esencial” de la contribución al hecho el mismo ROXIN se encarga de aclarar que dicho concepto carece de por sí de contenido aprehensible y que únicamente puede servir como criterio orientativo que, junto a la idea de la dependencia funcional, permita determinar en cada caso concreto la concurrencia o no de coautoría. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 314 y para una concreción mayor del contenido del concepto de dominio del hecho vid. págs. 338 - 368.

²⁴⁴ La caracterización que adopta la construcción del dominio funcional del hecho es calificada por el propio ROXIN como un “concepto abierto”. El autor argumenta y

Hasta aquí la exposición, necesariamente breve, de la construcción que de la teoría del dominio del hecho realiza ROXIN. Como ya se apuntaba anteriormente, si bien el desarrollo del dominio del hecho que realiza este autor es ampliamente aceptado y alabado por la doctrina, debe tenerse en cuenta que –como el mismo ROXIN indica– dicho criterio resulta inidóneo para la delimitación de la autoría en aquellos delitos en los que el círculo de posibles autores resta circunscrito (expresa o tácitamente) a un determinado número de sujetos. Esta es la razón por la que, reconociendo la importancia del tratamiento doctrinal de este autor así como su valiosa aportación a la teoría del dominio del hecho, no se incida en abundancia en esta concreta construcción dogmática pues, desde la perspectiva de este trabajo, se procura hallar un criterio delimitador de la autoría válido tanto para los denominados delitos comunes como para aquellos delitos en los que los posibles sujetos activos quedan legalmente delimitados.

defiende dicha postura poniendo de manifiesto que no se trata de un concepto “indeterminado”, pues sus elementos pueden verificarse mediante subsunción y que tampoco cabe hablar de un concepto “fijado” puesto que quedan huecos para la valoración judicial. En definitiva ROXIN pretende elaborar conceptos flexibles en los que otorgando criterios materiales puedan englobarse las diferentes formas en las que el dominio del hecho puede manifestarse. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 315. En la jurisprudencia española parece aceptarse el dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría, en este sentido STS 20-07-2001 (RJ Ar. 2001\7294) advirtiendo que, a pesar de no realizar actos ejecutivos el sujeto se adhiere al plan preconcebido; STS 17-03-2005 resumiendo la doctrina jurisprudencial.

3.2 El dominio “objetivo” del hecho

En el seno de las teorías del dominio del hecho encontramos en la doctrina española algunas opiniones que se manifiestan especialmente restrictivas en cuanto al concepto de autor que debe ser mantenido. Los representantes de estas construcciones dogmáticas aquí denominadas como dominio “objetivo” del hecho son LUZÓN PEÑA y su discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Como es obvio, dada su ubicación sistemática en este lugar, ambos autores parten de idéntica premisa: entre los distintos conceptos de autor mantenidos por la doctrina, resulta conveniente decantarse por un concepto restrictivo de autor. La principal razón que aconseja esta elección es porque el mismo responde mejor a las exigencias de concreción del tipo y, con ello, de seguridad jurídica, propias del Derecho Penal de un Estado de Derecho²⁴⁵.

Sin embargo, como veremos más pormenorizadamente, los autores citados, no se van a caracterizar únicamente por adscribirse a la corriente que defiende la conveniencia de un concepto restrictivo, sino que, dados los criterios de delimitación de la autoría utilizados para poder calificar a un sujeto como autor, se van a distinguir por adoptar un concepto restrictivo *máximo* de autor. Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, dicha radicalización en la concepción de la autoría no produce graves

²⁴⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 531.

deficiencias de justicia material, pues —recuerda este autor— tanto la inducción como la cooperación necesaria están incriminadas en el art. 28 CP —art. 14 CP 73— con la misma pena del autor. Esto permitiría no incluir bajo el manto de las formas de verdadera autoría a estas figuras, pues resulta ya cubierta de manera expresa las exigencias de merecimiento de pena en estos supuestos²⁴⁶.

A continuación se analizarán brevemente las posturas mantenidas por cada uno de estos autores que, como es sabido, no distan mucho entre sí, a pesar de que puede vislumbrarse en la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO una profundización en la línea interpretativa iniciada por su maestro, así como la virtud innegable de dotar de base material o fundamentación al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho. Finalmente, se tratará de evidenciar algunos de los inconvenientes de la asunción de un criterio delimitador de la autoría tan restrictivo como el que proponen estos autores²⁴⁷.

²⁴⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 533. Debe tenerse en cuenta que en la monografía citada se alude al art. 14 CP 73 como precepto que recogía la inducción y la cooperación necesaria.

²⁴⁷ Acerca de las consecuencias de la aplicación de este criterio delimitador en la autoría y la participación imprudente vid. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, ob. cit. págs. 338 - 376; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, ob. cit. págs. 64 - 74.

3.2.1 La construcción de LUZÓN PEÑA

El análisis de la autoría es abordado principalmente por LUZÓN PEÑA al hilo del estudio de los delitos imprudentes²⁴⁸, no obstante ello, su construcción es extensible también para los supuestos de delitos dolosos. Este autor parte de la premisa de que en los delitos imprudentes, al igual que sucede en los delitos dolosos, es factible la diferenciación entre autoría y participación. Según LUZÓN PEÑA, la razón de esta posibilidad de distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes es que la comisión de los mismos va referida a la *realización de la parte objetiva* de la conducta típica, y ésta significa algo más que cualquier causación del resultado.

Partiendo de esta premisa, para LUZÓN PEÑA el criterio que permita distinguir entre autores y partícipes será el *dominio objetivo y positivo del hecho*. Este criterio hace referencia a la posición de control fáctica del sujeto, esto es con independencia de su intención, sobre la producción del resultado, lo que le permite decidir positivamente el si y

²⁴⁸ Vid. entre otros, los trabajos LUZÓN PEÑA, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales. (Comentario a la STS 27-1-1984)”, en Derecho Penal de la Circulación, 1985, págs. 83 - 106; EL MISMO, “La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en ADPCP 1989 (III), págs. 889 - 913.

el cómo de la misma²⁴⁹. Así las cosas, el *carácter objetivo* de este dominio viene dado por la *irrelevancia de la voluntad del sujeto*, es decir, que resulta indiferente que dicho sujeto quiera o no dominar, sino que lo importante es si realmente y materialmente lo hace. Lo fundamental en este punto es si la conducta del sujeto está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado²⁵⁰. En los delitos dolosos se añadirá, a esta posibilidad real, la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal.

Por otra parte, el *carácter positivo* se evidencia como contrapartida al mero dominio negativo. En efecto, según LUZÓN PEÑA, el dominio objetivo positivo es algo más que la posibilidad objetiva de impedir el resultado por el sujeto (dominio negativo). En definitiva, dominio objetivo positivo significa que si el sujeto obrara dolosamente, decidiría con su actuación la producción del resultado²⁵¹. Por todo ello el dominio objetivo del hecho, o sea, del acontecer típico, será el sustrato fáctico de

²⁴⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", ob. cit. págs. 95 ss; EL MISMO, "La "determinación objetiva del hecho", ob. cit. págs. 892 y 893.

²⁵⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, "La "determinación objetiva del hecho", ob. cit. pág. 894.

²⁵¹ Vid. LUZÓN PEÑA, "La "determinación objetiva del hecho", ob. cit. págs. 895 y 896.

la autoría, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes²⁵²; sustrato fáctico al que LUZÓN denomina *determinación objetiva del hecho*. De este modo la determinación objetiva del hecho se configura como el *criterio delimitador de la autoría* válido tanto en delitos dolosos como imprudentes²⁵³.

3.2.2 La construcción de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

La construcción de DÍAZ Y GARCÍA acerca del criterio que debe delimitar la autoría en sentido estricto, coincide plenamente con la de su maestro²⁵⁴. De este modo, afirma que en la *autoría inmediata individual* se ha de exigir que el sujeto determine objetiva y positivamente el hecho²⁵⁵, asumiendo, obviamente, el significado atribuido por LUZÓN a esta expresión. En la *autoría mediata*, afirma que debe tenerse en cuenta,

²⁵² Para el caso de los delitos imprudentes LUZÓN PEÑA hace referencia al criterio del “*dominio potencial del hecho*”, sin embargo aclara que se trata de una fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva y que no es, por tanto, algo esencialmente diferente. El autor propone una fórmula para arrojar claridad a los diferentes conceptos por él utilizados: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho. Vid. LUZÓN PEÑA, “La “determinación objetiva del hecho”, ob. cit. págs. 899 y 900.

²⁵³ Vid. LUZÓN PEÑA, “La “determinación objetiva del hecho”, ob. cit. pág. 894.

²⁵⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 689, afirma que “...La construcción de LUZÓN PEÑA es la más apropiada para caracterizar el concepto de autor...”.

²⁵⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 689.

en primer lugar, cuáles son los criterios que fundamentan la existencia de una actuación a través de otro, es decir, cuándo una persona se sirve de otra como instrumento²⁵⁶. En segundo lugar y, siendo coherente con el criterio mantenido para delimitar la autoría inmediata individual, también debe comprobarse que el *instrumento determina objetiva y positivamente el hecho*, pues sólo entonces el sujeto que actúa detrás habrá realizado a través de otro una acción determinante, es decir una acción de autoría, y podrá ser calificado como autor mediano²⁵⁷.

Finalmente, para los casos de *coautoría* habrá que determinar cuándo se puede decir que estructuralmente varios realizan un hecho conjunto; para ello –afirma DÍAZ Y GARCÍA– la idea de la división acordada del trabajo puede ser un criterio adecuado. Ahora bien, una vez solucionada la cuestión de la realización conjunta habrá que precisar si lo realizado entre varios sujetos realmente domina el hecho, es decir, si lo determina objetiva y positivamente. Únicamente aquella acción conjunta que posea la característica de la determinación objetiva y positiva del

²⁵⁶ En este aspecto se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA acorde con la elaboración de ROXIN, con el que coincide en los aspectos esenciales que determinan la instrumentalización de un sujeto. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 690.

²⁵⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 690.

hecho fundamentará la coautoría y posibilitará la calificación de quienes la llevan a cabo como verdaderos coautores²⁵⁸.

En definitiva, para este autor –asumiendo la línea interpretativa de LUZÓN- el criterio válido que delimita la autoría debe ser, en cualquier caso²⁵⁹, la determinación objetiva y positiva del hecho, apartándose, de este modo, de la tradicional interpretación del criterio del *dominio* del hecho. Resume el propio DÍAZ Y GARCÍA su postura aportando una **definición** de lo que debe entenderse por autor: *quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos y, cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente, a través de otro al que utiliza como instrumento, o mediante la actuación conjunta con otros, domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso*²⁶⁰.

Tras el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, subyace, como no podría ser de otro modo, una **fundamentación** o base material en la que sustentar la corrección de dicho criterio. Según DÍAZ

²⁵⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob.cit. págs. 677 y 690.

²⁵⁹ En este sentido se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA al afirmar que dicho criterio es válido tanto para los delitos **comisivos dolosos** como para los **imprudentes** y, en lo esencial también para los **delitos omisivos** aunque en estas modalidades delictivas deba completarse con otros específicos de dichos delitos. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 691.

²⁶⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 691.

Y GARCÍA, el criterio adoptado para definir la autoría y distinguirla de la participación, es un criterio que refleja una *diferencia material* entre quien *más directamente se enfrenta a la prohibiciones o mandatos de la norma* contenida en el tipo y los demás intervinientes, por muy próximos que estén a dicho enfrentamiento.

Lo anterior, puede expresarse, a juicio de DÍAZ Y GARCÍA, de diferentes maneras: la conducta que más directamente realice el injusto típico, la que la ley tenga una necesidad más perentoria de impedir, la que de modo directo lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, etc., pues todo ello son factores o facetas de una misma idea material. Abundando en ello, afirma que la conducta que así puede caracterizarse no es otra que la de quien realiza la *acción típica nuclear*, que parece ser sinónimo de dominio o determinación objetiva y positiva del curso del acontecimiento delictivo²⁶¹.

Con esta definición de la autoría, se identifica al autor como aquel de los intervinientes que, en la comisión de un delito, revela un *menor grado de dependencia* de los demás. Así las cosas, el criterio de la determinación positiva del hecho resultaría adecuado para delimitar materialmente la autoría restrictiva, pues ésta no puede ser más, según

²⁶¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 532.

DÍAZ Y GARCÍA, que la realización directa del injusto contenido en los tipos de la parte especial²⁶².

En resumen, para estos autores el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho deviene absolutamente correcto para delimitar la autoría de la participación, puesto que el que así actúa, es decir, el sujeto del cual se puede predicar dicha característica, es el que más directamente se enfrenta a la prohibición contenida en el tipo, amén de que, precisamente por eso, le asiste un mayor grado de independencia con respecto al –si los hubiere– resto de intervinientes. Pues bien, es justamente esta necesidad de realizar la acción que más directamente se enfrente a la norma para poder ser calificado como autor, la cuestión que más reservas suscita, en mi opinión, el concepto de autor mantenido por los autores citados. Veamos a continuación, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las posibles objeciones que pueden dirigirse al dominio “objetivo” del hecho.

3.2.3 La excesiva restricción del dominio “objetivo” del hecho

La imperiosa necesidad de que el sujeto lleve a cabo una acción susceptible de ser calificada como *acción típica nuclear* para poderlo

²⁶² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 692 y 693.

tildar de autor del delito en cuestión, es el motivo del que derivan las principales objeciones²⁶³ que cabe dirigir contra el dominio “objetivo” del hecho mantenido por los autores más arriba citados. En efecto, tal concepción, como se ha visto, sumamente restrictiva, impide apreciar la coautoría en algunos delitos cuya dinámica delictiva propicia la cooperación de diversos sujetos, en los que, obviamente, no todos pueden realizar la acción típica nuclear necesaria para ser calificados como (co)autores según el criterio de la determinación objetiva del hecho.

Para ilustrar este inconveniente –advertido incluso por el propio DÍAZ Y GARCÍA- se acude a los ya tradicionales ejemplos de robo y violación (agresiones sexuales)²⁶⁴. En lo referente al delito de robo, se expone el caso de que un interviniente en el hecho lleve a cabo la acción intimidatoria, mientras que otro sujeto se ocupa de sustraer, por ejemplo, el dinero. Pues bien, a juicio de DÍAZ Y GARCÍA, en este supuesto, será calificado como autor del robo el sujeto que efectivamente sustrae el dinero. Por el contrario, el sujeto que lleva a cabo la intimidación típica exigida en el delito de robo, debe ser calificado, de acuerdo a los criterios aportados por la determinación objetiva y positiva del hecho, como

²⁶³ Vid. al respecto la valoración de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/252 a 25/257 págs. 101 y 102.

²⁶⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 679-688, analiza por separado algunos otros ejemplos discutidos tradicionalmente por la doctrina como: el que sujeta, el que realiza actos típicos no nucleares, el vigilante, el jefe de la banda. En todos estos ejemplos DÍAZ Y GARCÍA niega la coautoría.

partícipe, en concreto como cooperador necesario, habida cuenta de la esencialidad de su aportación²⁶⁵.

Esta calificación es factible dado que –según DÍAZ Y GARCÍA- la acción típica nuclear se corresponde exclusivamente con la acción de sustraer. De este modo y, atendiendo al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, únicamente el sujeto(s) que la lleva a cabo puede ser calificado como autor relegando, por el contrario, al resto de intervinientes a la categoría de partícipes, por bien que sus acciones sean claramente típicas amén de imprescindibles cuantitativa y cualitativamente. Dicho de otro modo: ambos intervinientes no pueden ser calificados como coautores puesto que su actuación conjunta, a pesar de obedecer probablemente de una división acordada del trabajo, no determina objetiva y positivamente el hecho; es decir, la actuación conjunta no es la que más directamente se enfrenta a la norma (“sustraer”), sino que dicha característica sólo puede predicarse de la acción de uno de ellos.

En el ejemplo de violación (agresión sexual) podría llegarse a idéntica calificación si también se produjese un reparto de las diversas

²⁶⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 694, nota 487, donde también se hace referencia al inicio de la tentativa en casos de coautoría, todo ello al hilo de las argumentaciones esgrimidas por DÍAZ Y GARCÍA a las objeciones realizadas por MIR PUIG a esta concepción de la autoría y sus consecuencias.

acciones típicas señaladas por el delito en cuestión entre los diferentes sujetos intervinientes. Este reparto se plantea del siguiente modo: mientras un sujeto accede carnalmente con la víctima, otro ejerce sobre ella la violencia o intimidación exigidas por tipo. Ante esta situación y, atendiendo a las premisas de las que parte la determinación objetiva y positiva del hecho, sólo sería posible calificar como autor al sujeto que efectivamente accede carnalmente con el sujeto pasivo²⁶⁶.

En cambio, en el caso de que sea otro sujeto el que ejerza la violencia o intimidación exigidas por el tipo, éste debe responder como partícipe. Las razones que motivan dicha calificación son idénticas que en el caso del robo: la acción que más directamente se enfrenta a la norma (acción típica nuclear) es la del acceso carnal, extremo que motiva la calificación del que lleva a cabo dicha acción como autor del delito de violación (agresión sexual). Conforme a esta concepción, el resto de acciones, por bien que contribuyan esencialmente a la realización del tipo —como sucede en el caso de ejercer la violencia típica del delito de agresión sexual sobre la víctima— deben ser necesariamente incluidas en la categoría de la participación.

Según DÍAZ Y GARCÍA, la aparente injusticia de la solución propuesta en ambos ejemplos es eso, meramente aparente. Todo ello puesto que, entre otras razones, la existencia en el Código Penal —tanto

²⁶⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 694 - 696.

en el CP del 1973, ámbito en el cual se inserta su investigación, como en el CP de 1995-, recoge la figura de la cooperación necesaria, castigándola con idéntica pena a la del autor, lo que permite salvar, en estos casos, las críticas basadas en el merecimiento de pena de quien así actúa²⁶⁷.

Bajo mi punto de vista, cabe hacer alguna objeción a las soluciones adoptadas en estos ejemplos bajo el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho. Entiendo que la calificación como cooperador necesario del sujeto que ejerce la violencia o la intimidación tanto en el delito de robo como el de violación, por bien que le corresponda en virtud del actual art. 28 CP b) la misma pena del autor, no recoge completamente el desvalor de su actuación. En mi opinión, la calificación de coautor del delito de robo y del delito de violación respectivamente es la única solución aceptable. Todo ello puesto que la acción del sujeto que lleva a cabo la violencia o intimidación en ambos casos, no es sólo una acción sin la cual el delito no se habría efectuado, sino que, obedeciendo a un reparto previo o plan preconcebido, **configura** el propio delito de robo o violación.

En efecto, el delito de robo imputado a título de autor a aquel sujeto que sustrae, puede ser calificado como tal precisamente porque existe violencia o intimidación en la sustracción. Si no fuere así, la conducta del

²⁶⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 696.

que sustrae debiera ser calificada, en cualquier caso, como un mero hurto. De igual modo, en el delito de violación, la conducta del que ejerce la violencia sobre la víctima configura este tipo delictivo, pues de no existir esta violencia el delito no sería el de violación sino el de abuso sexual. Así las cosas, albergo serias dudas acerca de que la conducta típica nuclear sea exclusivamente la sustracción o el acceso carnal respectivamente, extremo que dificultaría, bajo mi punto de vista, la calificación de autor sólo del sujeto que sustrae o accede carnalmente.

En este punto también pueden aludirse otros ejemplos en los que la concepción del dominio objetivo se manifiesta, a mi juicio, injusta en cuanto a la solución que debiera adoptarse, o cuanto menos, resultaría harto difícil la determinación de lo que debe entenderse como acción típica nuclear. Por continuar con los ejemplos en otro lugar expuestos, imaginemos un caso de estafa, en los que la dinámica delictiva propia de este tipo, favorece la intervención de diversos sujetos. En estos supuestos ¿quién realiza la acción típica nuclear, el que actúa como “gancho” y engaña al sujeto? ¿quién de entre todos los posibles “ganchos”? ¿el que finalmente formaliza el “negocio jurídico”? Similar situación se produciría en delitos contra el medio ambiente ¿quién realiza la acción típica nuclear? ¿el sujeto que efectivamente libera el vertido? ¿el responsable del departamento de medio ambiente que sabiendo el mal estado de los filtros no solicita el cambio de los mismos? ¿el empresario que no incluye en las partidas presupuestarias de la empresa los gastos destinados a la adopción de medidas para no lesionar el medio ambiente?

En definitiva, estimo que el criterio de la determinación objetiva del hecho, dada su extrema restricción, no encuentra fácil acomodo a

determinadas modalidades delictivas en las que la acción típica nuclear no resulta de sencilla concreción y que además no se reduce, no puede reducirse en muchos casos, a la actuación de un solo sujeto²⁶⁸. Para estos delitos, incluidos los delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos se concreta en el administrador de hecho o de derecho, es preferible, como se verá con posterioridad, un criterio delimitador de la autoría más flexible.

3.2.4 El dominio “objetivo” del hecho en los delitos especiales

Para ser fiel a la metodología utilizada desde el inicio en este trabajo, debe abordarse el estudio de las consecuencias de la adopción de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho en el ámbito de los delitos especiales, en tanto que perspectiva desde la cual puede analizarse los delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. No obstante ello, en este punto se hará referencia únicamente a la no aceptación de la figura del instrumento no cualificado, pues para el resto de supuestos pueden esgrimirse las mismas objeciones que ya se han puesto de relieve y que derivan de la excesiva restricción que

²⁶⁸ De similar opinión CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”, ob. cit. pág. 288.

manifiesta el criterio de la determinación objetiva y positiva como criterio delimitador de la autoría.

Partiendo la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho de un concepto restrictivo de autor, resulta obvia la postura de los autores que la sostienen ante los delitos especiales: el verdadero autor (inmediato y único, mediato o coautor) ha de cumplir en su persona los elementos nucleares del tipo, referidos a la *cualidad personal* y a la acción²⁶⁹. Por tanto, únicamente el sujeto que reúne las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige, esto es el *intraneus*, podrá ser calificado como autor de un delito especial. Así lo expresa claramente, tal y como hemos visto, DÍAZ Y GARCÍA en la definición elaborada del concepto de autor.

Habida cuenta de las especiales exigencias que esta clase de delitos exigen en la persona del sujeto activo, la autoría inmediata individual se reducirá a aquel sujeto que cumpliendo las especiales características exigidas por el tipo determine objetiva y positivamente el hecho. La autoría mediata será factible en la medida en que el sujeto especialmente cualificado se sirva de otro sujeto que, actuando como un instrumento determine, a su vez, objetiva y positivamente el hecho. Finalmente la coautoría, en esta constelación delictiva, sólo será posible cuando la realización conjunta por parte de varios sujetos en los que concurren las

²⁶⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 153.

especiales características exigidas por el tipo, determine objetiva y positivamente el hecho.

Si bien la restricción de la autoría a los *intranei* en esta clase de delitos es un nexo común a cualquier concepción que se enmarque en un concepto restrictivo de autor, no sucede lo mismo con respecto a una de las constelaciones delictivas más problemáticas en lo que se refiere a los delitos especiales, cual es la utilización de instrumento doloso no cualificado. La aceptación de esta institución divide a la doctrina que se enmarca en concepciones restrictivas de la autoría. Analizaremos con más detalle los casos que pueden enmarcarse dentro la autoría mediata con utilización de instrumento doloso no cualificado al hilo del estudio de la pertenencia del hecho (MIR PUIG) que se manifiesta claramente favorable a la aceptación de esta figura delictiva.

Por ello, valga aquí sólo apuntar que desde la perspectiva de la determinación objetiva y positiva del hecho no se acepta la autoría mediata del *intraneus* que “utiliza” a un sujeto no cualificado (*extraneus*) que actúa con total libertad y conocimiento. La solución más adecuada para estos supuestos es, para DÍAZ Y GARCÍA, la impunidad tanto del *intraneus* como del *extraneus*. Todo ello porque el que determina objetiva y positivamente el hecho (*extraneus*) carece de la calificación requerida por el tipo, lo que le impediría responder por un delito de estas

características. Por otra parte, el *intraneus*, por bien que reúna la especial cualificación que exige el tipo, no determina objetiva y positivamente el hecho a través del *extraneus* puesto que no se dan en él los presupuestos que permitan afirmar que es un verdadero instrumento. Así las cosas, el *intraneus* sería un partícipe en un hecho atípico y, en virtud del principio de accesoriedad limitada, tampoco podría responder penalmente por él²⁷⁰.

La impunidad en estos casos para ambos sujetos se debe, según DÍAZ Y GARCÍA, a lagunas de punición que resultan totalmente aceptables desde la perspectiva del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal. Estas lagunas de punibilidad deben solucionarse, en todo caso, con proposiciones de reformas legislativas que comprendan en el campo de lo punible estas conductas, siendo incorrecto –a juicio de DÍAZ Y GARCÍA– crear autorías que no responden al concepto restrictivo de autor²⁷¹.

A mi entender –y disintiendo así de la postura adoptada por DÍAZ Y GARCÍA– es conveniente la aceptación de la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado, así como creo posible fundamentarla también desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor aunque, obviamente, con la utilización de un criterio delimitador de la autoría mucho más flexible que el de la determinación objetiva y positiva del

²⁷⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 618 - 620.

²⁷¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 620.

hecho. La argumentación de esta postura se verá en la exposición de la pertenencia del hecho. A ese lugar, pues, me remito²⁷².

3.2.5 El dominio “objetivo” del hecho y los delitos de infracción de deber

Abordada sucintamente la postura de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho con respecto a los delitos especiales, procede ahora hacer lo propio en relación a los delitos de infracción de deber²⁷³. Tal y como se han caracterizado los delitos que así pueden catalogarse –siempre tomando como referencia la construcción dogmática elaborada por ROXIN- el dominio “objetivo” del hecho se manifiesta, ya desde el inicio, como absolutamente *incompatible* con la teoría de los *Pflichtdelikte*.

En efecto, dicha concepción de los delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría, otorga a la infracción del deber un absoluto protagonismo, tanto es así, que rechaza cualquier otro criterio en el que basar la delimitación de la autoría. De este modo, la infracción del

²⁷² Vid infra. Parte I Capítulo I 2.3.3. b).

²⁷³ Acerca de las críticas dirigidas por DÍAZ Y GARCÍA a la construcción dogmática de ROXIN (*Pflichtdelikte*) vid. infra Parte II Capítulo II 1.

deber a través de cualquier “causar” es determinante ya para poder afirmar la autoría del sujeto especialmente obligado. Pues bien, desde la perspectiva de la determinación objetiva y positiva del hecho, dicha afirmación no puede ser en absoluto sostenida, pues la actuación del especialmente obligado (*intraneus*) debe ser, en todo caso, una acción que determine objetiva y positivamente el hecho, es decir, debe realizar la conducta que más directamente realice el injusto típico: la acción típica nuclear.

Así las cosas, el dominio “objetivo” del hecho se manifiesta —como no podría ser de otro modo— mucho más restrictivo en cuanto a las posibilidades de castigar al sujeto especialmente obligado como autor de un delito de estas características. Bajo los criterios aportados por la determinación objetiva y positiva del hecho, únicamente podría ser calificado como autor el *intraneus* cuya conducta infractora del deber determine objetiva y positivamente el hecho, es decir, sea reconocible como una acción típica nuclear.

Si bien ambas concepciones de la autoría parecen absolutamente irreconciliables, uno de los defensores del dominio “objetivo” ha cuestionado la posibilidad de que, en algunos casos, determinados delitos puedan funcionar, en el ámbito de la imprudencia, como delitos de infracción de deber. LUZÓN PEÑA se plantea la posibilidad de que en algunos ámbitos especiales —por ejemplo, para ciertas autoridades, funcionarios o profesiones responsables de servicios o de equipos— haya otros casos de autoría en delitos puros de resultado además de los de determinación objetiva del hecho. Si así fuere, existiría la

posibilidad de que en ciertos supuestos, para *sujetos concretos*, los delitos imprudentes funcionasen como delitos de infracción de deber²⁷⁴.

Tal posibilidad requeriría que de una particular norma extrapenal se dedujera inequívocamente que un concreto deber de diligencia le corresponde, tan especialmente a un determinado sujeto, que cualquier infracción de ese deber supondría la realización del tipo y, por consiguiente, implicaría su responsabilidad como autor. Esto explicaría –según LUZÓN– la calificación como autores de daños, estragos, incendios, lesiones u homicidios imprudentes provocados directamente por otros, también a las personas que por su cargo o posición deberían supervisar, inspeccionar, coordinar etc., para evitar la producción de tales resultados²⁷⁵.

²⁷⁴ Vid. LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho”, ob. cit. pág. 900.

²⁷⁵ Vid. LUZÓN PEÑA, “La “determinación objetiva del hecho”, ob. cit. pág. 901. En otra obra vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid 1996, afirma que “....no se puede admitir con carácter general e independiente de la formulación típica la categoría de delitos de infracción de deber, ni en todos los delitos de funcionarios (o de otros sujetos con deberes especiales, como administradores o encargados de empresas o negocios, o parientes frente a otros parientes próximos).....” “..... Solamente habrá delitos de infracción de deber cuando un tipo configure efectivamente en ese sentido la descripción típica, esto es, de tal modo que resulte indiferente que el sujeto realice una conducta u otra, se comporte activa o pasivamente, con tal de que infrinja su deber específico”. El autor alberga serias dudas acerca de si dicha configuración típica puede predicarse de algunos de los tipos redactados en el Código Penal de 1995. En este punto, simplemente apuntar que la referencia que hace este autor a los delitos de infracción de deber, la realiza inserta en la clasificación de los delitos por el autor o sujeto activo. Bajo mi punto de vista, la categoría de los delitos de infracción de deber no obedece a una mera clasificación de delitos en función del sujeto activo, sino que va más allá y se configura ciertamente como un verdadero criterio delimitador de la autoría (concepto de autor si se quiere). Sobre este tema vid. infra Parte II Capítulo I 2.2 y 3.

En mi opinión, la incompatibilidad de la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber y la determinación objetiva y positiva del hecho no deriva únicamente de la amplitud o restricción en los criterios delimitadores de la autoría que defienden respectivamente. Por el contrario, entiendo que ambas posturas se sitúan en planos absolutamente diferenciados en cuanto a la concepción de aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. Mientras que el dominio “objetivo” del hecho se concibe como un criterio válido en la determinación de la autoría para cualquier clase de delito, la teoría de los *Pflichtdelikte* se manifiesta como verdadero fundamento de la restricción del círculo de autores en dichos delitos, lo que forzosamente reduce su aplicación a esta constelación delictiva.

La opinión —meramente intuitiva— aquí manifestada, se irá afianzando a lo largo del estudio de las diferentes posturas doctrinales que abogan por la infracción de un deber como criterio delimitador de la autoría para aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría.

3.3 La pertenencia del hecho (MIR PUIG)

3.3.1 Planteamiento general

Si bien la teoría del dominio del hecho constituye una de las construcciones dogmáticas más consensuadas en tanto que criterio delimitador de la autoría²⁷⁶, surgen opiniones que, sin ser radicalmente opuestas a las principales características inherentes a la misma, ponen de manifiesto algunas limitaciones derivadas de su aplicación en algunos supuestos concretos²⁷⁷. Una de las principales carencias que presenta esta teoría es, a juicio de MIR PUIG, el desconocimiento fundamentalmente social-normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor. Abundando en esta cuestión, MIR añade que el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor²⁷⁸, pero no el único y como se verá en lo sucesivo,

²⁷⁶ Obviamente en este punto debe tenerse en cuenta que, aun teniendo como nexo común el dominio del hecho en tanto que criterio delimitador de la autoría, los diferentes autores que defienden dicha teoría aportan multiplicidad de variantes a la misma.

²⁷⁷ Este es el caso de los supuestos conocidos como utilización de un “instrumento doloso no cualificado”, es decir, la utilización por parte de un *intraneus* (en un delito en el que los posibles sujetos activos se reduce a un determinado círculo de personas) de un *extraneus* que actúa como “instrumento” en la comisión de un hecho punible, si bien lo realiza con total libertad y conocimiento del significado y alcance de su actuación (dolosamente). Como se verá más adelante la elaboración de muchas de las variantes de la teoría del dominio del hecho o similares tienen como objetivo la solución, siempre problemática, de estos casos.

²⁷⁸ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 373.

desde el punto de vista aquí defendido, tampoco siempre el más importante²⁷⁹.

De este modo, en la teoría de la pertenencia del hecho desarrollada por MIR PUIG, lo decisivo para la imputación del hecho a título de autor es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*²⁸⁰, esto es, que pueda predicarse una relación de pertenencia exclusiva o compartida, entre el sujeto (autor) y el hecho punible. Dicha relación de pertenencia podrá ser afirmada de aquel o aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo²⁸¹, aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización. Sin embargo, debe destacarse que, bajo la perspectiva que ofrece la teoría de la pertenencia del hecho, la ejecución material o control efectivo del

²⁷⁹ Como se verá más adelante, vid. infra 3.3.2 en aquellos delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos está legalmente (expresa o tácitamente) delimitado, la existencia de otros criterios relacionados con la autoría y su obligada observancia en la delimitación de la figura del autor, reducen drásticamente la importancia del dominio material o fáctico del hecho por parte del *intraneus*.

²⁸⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 373.

²⁸¹ Como el propio autor indica este requisito deviene imprescindible en la medida en que lo que se delimita es la autoría en el ámbito de los delitos “especiales” (delitos en los que los posibles sujetos activos quedan circunscritos a un determinado círculo de personas). El hecho de que la teoría de la pertenencia del hecho tenga expresamente en cuenta las especiales características que presentan en el ámbito de la autoría esta clase de delitos, deviene una de sus principales virtudes. En lo sucesivo se abundará en esta cuestión y se pondrán de manifiesto las ventajas de adoptar la teoría de la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría, sobre todo y muy especialmente, en lo que a los llamados “delitos especiales” respecta.

mismo (dominio material o fáctico del hecho) puede ser, a lo sumo, un criterio más que permita afirmar dicho protagonismo, pero ello no siempre será así²⁸².

Como ya se ha expuesto, el criterio principal utilizado por la teoría que ahora nos ocupa en la delimitación de la autoría es la **pertenencia del hecho al autor**. Pues bien, para poder afirmar dicha relación debe comprobarse, como mínimo, que el sujeto ha (co-) causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la **imputación objetiva y subjetiva del resultado**. En definitiva, puede afirmarse que la relación de pertenencia presupone, cuanto menos, la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia²⁸³.

Toda vez que resta concretado el criterio que determina la posibilidad de calificar a un sujeto como autor, es necesario precisar, a su vez, en qué casos **puede** y **debe** afirmarse la relación de pertenencia entre hecho y sujeto. Pues bien, en opinión de MIR, la relación de pertenencia

²⁸² Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 373 y 374. El autor expone que el criterio de dominio o control efectivo puede estar ausente en un co-causante del hecho que, a pesar de ser sujeto principal del hecho no ejecuta materialmente el mismo, que es realizado por otro sujeto (casos de autoría mediata). También puede darse esta falta de dominio o control efectivo en supuestos en que el sujeto ejecuta sólo una parte de la ejecución o incluso aporta una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (coautoría).

²⁸³ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 373.

que permite calificar como autor a un determinado sujeto, puede predicarse en **primer lugar** del **ejecutor material individual** cuando es el único interviniente al que es imputable el tipo, porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia, y cuando concurren otros intervinientes no ejecutores, porque éstos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio²⁸⁴.

En **segundo lugar** la pertenencia de la realización típica también corresponde al **autor mediato** que utiliza a un instrumento bajo su total control. El “hombre de atrás” es, en este segundo supuesto, el único interviniente en el delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo²⁸⁵. En **tercer y último lugar** la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito, esto es entre los **coautores**²⁸⁶.

Lo expuesto hasta el momento sobre la teoría de la pertenencia del hecho elaborada por MIR PUIG como criterio delimitador de la autoría

²⁸⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 374.

²⁸⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 374.

²⁸⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 374.

en el marco de un concepto restrictivo de autor, ofrece una idea del significado y alcance de dicha construcción dogmática. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que en la actualidad²⁸⁷ MIR ha puntualizado algunos de los aspectos que presenta la pertenencia del hecho e incide en la evolución de algunas de las ideas apuntadas hasta ahora. Esta evolución o progresión se manifiesta en el hecho de que MIR califique *expresamente* la relación de autoría entre el sujeto y el hecho objetiva y subjetivamente imputable como una relación perteneciente a lo que él denomina un “*segundo nivel de la imputación objetiva*”²⁸⁸. De este modo, la imputación objetiva de segundo nivel supone –tal y como indica MIR– la distribución de la imputación entre los sujetos intervinientes y determina la conexión de autoría y la de participación, así como la imputación a la víctima²⁸⁹.

²⁸⁷ Vid. MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid 2001.

²⁸⁸ Vid. MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, ob. cit. pág. 405, especifica que este “segundo nivel de imputación objetiva” se entiende en la medida en que existen diversos criterios (intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría, participación punible y participación impune, etc.) que no tienen cabida en el concepto de *imputación en sentido estricto*, pero en la medida en que tratan también de determinar cuándo se puede y cuándo no se puede imputar el hecho a un sujeto, cabría incluirlos en ese “segundo nivel de imputación”. Vid. también GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX

²⁸⁹ Vid. MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, ob. cit. pág. 408.

Obviamente, la inclusión de la relación de autoría dentro de ese segundo nivel de la imputación objetiva realizada por MIR PUIG, presupone una clara distinción de, como mínimo, *dos niveles* en el ámbito de la imputación. Así lo manifiesta expresamente este autor que entiende que el primero de estos niveles está referido al contenido de la *imputación objetiva en sentido estricto* (imputación objetiva de primer nivel). Para poder afirmar la posibilidad de imputación objetiva en sentido estricto se exige la concurrencia de una determinada relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta²⁹⁰. Por otra parte, este autor diferencia, tal y como ya se ha indicado, un *segundo nivel de imputación objetiva (imputación objetiva en sentido amplio)* cuya configuración da cabida a criterios que no tienen acogida en el concepto de imputación en sentido estricto, pero que indudablemente también determinan cuándo y en qué medida se puede imputar el hecho a un sujeto²⁹¹.

Los criterios susceptibles de inclusión en este segundo nivel de imputación objetiva son, a juicio de MIR, la intervención de la víctima o

²⁹⁰ MIR aclara que este contenido predicado de la imputación objetiva en sentido estricto, o de primer nivel debe estar presente en los delitos de acción, tanto si son de resultado separado como si son de mera actividad. Sin embargo matiza que en los delitos de comisión por omisión la imputación del resultado típico requiere algo distinto a la relación de riesgo, esto es, la posición de garante, que debe integrar también la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel en esta clase de delitos. MIR PUIG, "Significado y alcance de la imputación objetiva", ob. cit. pág. 405.

²⁹¹ Vid. MIR PUIG, "Significado y alcance de la imputación objetiva", ob. cit. pág. 405.

de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría y la participación punible y participación impune entre otros²⁹². Pues bien, debe destacarse que la inclusión de esta aparente heterogeneidad de criterios en el segundo nivel de imputación objetiva no es aleatoria ni gratuita, antes al contrario. La agrupación de estos diversos criterios en un segundo nivel de imputación se fundamenta en el hecho de que todos ellos obedecen a una idea o nexo común. Según MIR, la distribución de la imputación entre sujetos mediante la ***delimitación de sus esferas de responsabilidad*** es la idea que subyace a todos aquellos criterios que según este autor pueden incluirse en el ámbito de la imputación objetiva en sentido amplio²⁹³.

Esta idea de delimitación de esferas de responsabilidad se manifiesta de manera incuestionable en lo que a la relación o determinación de la autoría se refiere. En efecto, una vez evidenciada y constatada la relación de riesgo entre la conducta y el resultado (realización del riesgo en el resultado), la cuestión es concretar quién o quiénes de entre los distintos sujetos que se hallan en dicha relación de riesgo ha de ser considerado responsable y en qué medida. Pues bien, de todos los intervinientes en el hecho que crean el riesgo realizado en el

²⁹² Vid. MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, ob. cit. pág. 405.

²⁹³ Vid. MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, ob. cit. pág. 406.

resultado sólo será calificado como autor aquel sujeto que ostente con el hecho una **relación** que permita imputárselo como **suyo**. Es decir, para la imputación de un tipo de autoría no basta la relación de riesgo, sino que hace falta además la **relación de pertenencia** a título de autor²⁹⁴.

Con esta afirmación MIR pone de manifiesto que para la determinación de la autoría no es necesario únicamente la constatación de la relación de imputación en sentido estricto o de primer nivel, sino que con posterioridad es ineludible proceder a la afirmación de la concurrencia de un segundo nivel de imputación. En este segundo nivel de imputación la idea de responsabilidad permitirá o no afirmar si el hecho, que *a priori* puede imputarse **objetivamente** a un determinado sujeto, le pertenece y si puede, por tanto, afirmarse de dicho sujeto la cualidad de autor.

Ya se ha señalado repetidamente que la relación de pertenencia es sostenida por MIR PUIG como decisiva para la calificación de un interviniente en un tipo delictivo como autor. También se ha puesto de manifiesto que la delimitación de la autoría es uno de los criterios comprendidos en el segundo nivel de imputación o imputación objetiva en sentido amplio, y que éste a su vez está informado por la idea de delimitación de esferas de responsabilidad. Pues bien, si es la relación de

²⁹⁴ Vid. MIR PUIG, "Significado y alcance de la imputación objetiva", ob. cit. pág. 406.

pertenencia la que permite conformar la autoría y ésta a su vez se halla inserta en un segundo nivel de imputación orientado principalmente por la idea de delimitación de esferas de responsabilidad, parece factible sostener que la *pertenencia del hecho* como criterio delimitador de la autoría está necesariamente *unido* a la idea de *responsabilidad*.

Con lo expuesto hasta el momento, ciertamente se advierte la caracterización de la relación de autoría como parte u objeto de un juicio de *imputación*²⁹⁵. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que, aunque tal concepción de la autoría es compartida también por otros autores²⁹⁶, MIR PUIG la entiende –tal y como ya se ha señalado– comprendida en un *segundo* nivel de imputación. Ello implica *necesariamente* que, de manera previa a la determinación de la relación de autoría, debe comprobarse la imputación objetiva en sentido estricto, esto es, la efectiva realización del riesgo en el resultado y, de manera alguna, podrá

²⁹⁵ Así también lo advierte HERNÁNDEZ PLASENCIA “Imputación objetiva *versus* dominio del hecho”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, Madrid 2002, pág. 746; en sentido parcialmente diferente CORCOY BIDASOLO *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, págs. 319 y 320 en las que hace referencia a la coincidencia entre el dominio funcional del hecho típico y la competencia en la esfera de organización.

²⁹⁶ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA “Imputación objetiva” ob. cit. págs. 746 - 748. HERNÁNDEZ PLASENCIA agrupa, como afines también a esta idea (la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación) a diversos autores como GÓMEZ BENÍTEZ, LUZÓN PEÑA, JAKOBS y BLOY. Sin embargo debe tenerse en cuenta que si bien comparten dicho concepto de autoría como imputación no todos ellos lo entienden en igual medida.

aceptarse –desde el punto de vista esgrimido por MIR PUIG- la alteración en este orden²⁹⁷.

Tras el estudio realizado de la construcción dogmática elaborada por MIR PUIG, parece obvio la necesaria ubicación de la determinación de la autoría en segundo lugar, esto es, tras la comprobación de la imputación objetiva en sentido estricto (realización del riesgo en el resultado). Ahora bien, llegados a este punto creo conveniente plantear las siguientes cuestiones: ¿es necesario el análisis de la imputación subjetiva para poder establecer la relación de pertenencia entre el hecho y el autor? ¿pasaría a un tercer lugar la determinación de la relación de autoría tras la comprobación de la imputación objetiva y posteriormente la subjetiva? ¿está incluida ya en la imputación en sentido estricto tanto la perspectiva objetiva como la subjetiva?

²⁹⁷ En contra LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho”, ob. cit. págs. 891 y 892. Este autor expone que antes de preguntar si un resultado típico puede imputarse a una acción típica, hay que aclarar si verdaderamente ésta es una acción de autoría, es decir, LUZÓN afirma que el examen de la autoría debe ser previo al de la imputación objetiva del resultado. Asimismo, pone de manifiesto que la determinación de la autoría con carácter previo evitaría en muchos casos el examen de la imputación objetiva del resultado, pues eliminaría algunos de los problemas que actualmente se analizan en este ámbito. Este sería el caso de la participación, en el que los criterios de imputación objetiva del resultado al partícipe pueden no tener el mismo alcance que si se tratara de imputar objetivamente el resultado como obra suya al autor, o sobre todo –como indica LUZÓN- dado que puede carecer de sentido discutir si hay o no imputación objetiva en casos en los que, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, ésta sea impune si el hecho principal también lo es (casos de autolesión por ejemplo).

Las preguntas que se han planteado pretenden cuestionar y, a su vez, poner de manifiesto cuál es la importancia del ámbito subjetivo en la imputación de un hecho a un determinado sujeto como autor. Es decir, pretenden acometer la nada pacífica cuestión de la imputación subjetiva y, en concreto, precisar si ésta debe quedar ubicada con anterioridad o posterioridad a la determinación de la relación de autoría. Pues bien, la respuesta a dicha cuestión depende de la importancia que se otorgue, tanto a los elementos subjetivos, como a su incidencia en la imputación de un hecho a un determinado sujeto.

Parece acertado sostener que el Derecho Penal no pretende desvalorar hechos meramente objetivos, sino que, por el contrario, la norma jurídico-penal desvalora hechos que en su *conjunto* son típicos, esto es, *objetiva* y *subjetivamente* típicos. Ya en este punto de la explicación puede observarse cómo el aspecto subjetivo deviene absolutamente indispensable en la determinación de la *tipicidad* de una concreta conducta. Por otra parte, resulta también evidente que la *imputación* de un hecho a título de autor debe serlo de un *hecho típico*, de un hecho objetiva y subjetivamente típico²⁹⁸.

Sentado lo anterior, esto es, que el elemento subjetivo es indispensable para afirmar la tipicidad de una conducta y que sólo

²⁹⁸ En este sentido vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed. Buenos Aires 2005, pág. 339, afirma que para que un riesgo tenga relevancia típica es necesario que sea doloso o imprudente.

pueden imputarse a un sujeto acciones típicas, sólo queda concluir que la relación de autoría no puede estar vinculada única y exclusivamente a la parte objetiva de los tipos penales, sino sólo a aquellos hechos que están conectados con un específico contenido de la voluntad del sujeto²⁹⁹, resultando inoperante la imputación de hechos meramente objetivos sin tener en cuenta su conexión con el contenido de la voluntad del aquél³⁰⁰. En definitiva, la argumentación aquí expuesta defiende la necesidad de establecer la relación de autoría en la medida en que el hecho se manifieste ya como objetiva y subjetivamente típico. Ello implica que dicha relación de autoría no pueda referirse únicamente a la parte objetiva del tipo pues, en este caso, se imputaría un hecho a un sujeto que todavía carece de la concreción de una parte del tipo: el aspecto subjetivo.

Admitido que la imputación de un hecho a su autor debe serlo por la previa concurrencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo, es decir, si se acepta que la autoría se predica de los hechos típicos en toda su extensión (objetiva y subjetivamente típicos), no parece descabellado

²⁹⁹ Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA "Imputación objetiva" ob. cit. pág. 748.

³⁰⁰ Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, ob. cit, págs. 339 y 591; HERNÁNDEZ PLASENCIA "Imputación objetiva" ob. cit. pág. 748. El autor expone ya con anterioridad esta misma idea en HERNÁNDEZ PLASENCIA *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 37 y 136 en las que afirma que la autoría opera como centro de imputación de hechos integrados por el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que convierten la lesión del bien jurídico en típica.

afirmar que la determinación de la **autoría** se encuentra situada, no ya en un segundo nivel de imputación, sino en el **tercer nivel de imputación**. En efecto, acorde con los argumentos aquí esgrimidos, el primer nivel de imputación correspondería imputación objetiva en sentido estricto, el segundo nivel se correspondería con la determinación del tipo subjetivo, esto es, la imputación subjetiva y, finalmente, tras el análisis de los dos niveles precedentes procedería determinar de la relación de autoría, situada ahora en un tercer nivel de imputación³⁰¹.

La última cuestión que se suscitaba acerca de la posible ubicación de la cuestión subjetiva, se refería a si ésta (imputación subjetiva) puede entenderse ya incluida en la imputación objetiva en sentido estricto. Tal y como se ha expuesto desde el inicio de esta explicación, la imputación objetiva en sentido estricto (de primer nivel) comprende únicamente la comprobación de la realización del riesgo en el resultado, obviando el

³⁰¹ De especial interés me parece en este punto la propuesta elaborada por CORCOY BIDASOLO que propone la imputación del resultado típicamente relevante únicamente tras haber determinado tanto el tipo objetivo como el subjetivo, así como la relación de autoría. De este modo, la imputación objetiva y subjetiva –que forzosamente deben ir unidas para determinar la tipicidad de la conducta– quedaría situada en primer lugar. En segundo lugar se procedería a la determinación de la relación de autoría, también como juicio de imputación. Finalmente, tras la comprobación de lo anterior procedería la imputación del resultado. Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, ob. cit. *passim*. En sentido similar vid. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid 2004 (trad. CUELLO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), págs. 47 ss. Con interesantes matizaciones al respecto vid. también la postura de ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en FRISCH /ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, Barcelona 2005, págs. 71 ss.

aspecto subjetivo de dicha conducta, lo que obligaría a responder negativamente a dicha cuestión. Sin embargo, debe matizarse que, tal y como MIR PUIG indica, la distinción entre la parte objetiva y parte subjetiva del tipo es relativa.

En efecto, esta necesaria ausencia de rigidez en la diferenciación entre ambas partes de las que consta el tipo se evidencia en la medida en que la parte objetiva depende, obviamente, también de elementos subjetivos, como son el conocimiento que tiene el sujeto de la situación y la intención por él manifestada. Esto obliga, por tanto, a tener en cuenta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo a pesar de mantener dicha división que debe entenderse, indefectiblemente, de forma flexible³⁰². Ahora bien, aun aceptando la existencia de una relación o interdependencia entre lo objetivo y lo subjetivo del tipo, ello no significa, bajo mi punto de vista, que en el análisis de la imputación objetiva de primer nivel se incluya forzosamente el de la imputación subjetiva en toda su extensión.

Lo anterior confirmaría la hipótesis apuntada más arriba: habida cuenta de la necesaria comprobación de la imputación objetiva en primer lugar y en segundo la imputación subjetiva para conformar en su totalidad un hecho típico que imputar a un sujeto como autor, ésta última

³⁰² Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 240; en sentido similar CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, ob. cit. pág. 438.

comprobación de la relación de autoría pasa, ineludiblemente, a ocupar el tercer lugar o bien, en la medida en que se conciba la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación normativo—tal y como aquí se defiende— a un *tercer nivel de imputación*.

3.3.2 La pertenencia del hecho en los delitos especiales

Hasta el momento se han expuesto las principales ideas que orientan la construcción dogmática de la pertenencia del hecho en cuanto que criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor. Sin embargo, no puede obviarse la perspectiva de este trabajo, en el que se pretende verificar la validez de cualquier teoría que se adopte en la delimitación de la autoría, no sólo de manera genérica, sino muy particularmente en lo que a determinada clase de delitos se refiere. Esos delitos son aquellos en los que la posibilidad de ser sujeto activo se circunscribe expresa o tácitamente a un concreto círculo de personas. Como ya se adelantó en el análisis de los diferentes conceptos de autor, se puede afrontar el estudio de esta clase de delitos tanto desde la perspectiva de los delitos especiales como desde la de los delitos de infracción de deber.

Cierto es que resta todavía por establecer y concretar las particularidades de ambas categorías, amén de decidir si dichas construcciones devienen idénticas, o por el contrario, pueden establecerse algunas diferencias entre ellas, y si resultan satisfactorias o no para el análisis de aquellos delitos que presentan especiales características en el ámbito de la autoría. Sin embargo, sí puede avanzarse ya cuál es posicionamiento que adopta la teoría de la pertenencia del hecho en los delitos especiales y, específicamente, en cuanto a la figura del instrumento doloso no cualificado, pues sobre este aspecto se ha manifestado MIR PUIG expresamente.

En el ámbito de los delitos especiales, una de las constelaciones de casos en los que la delimitación de la autoría (en sentido estricto) deviene especialmente conflictiva es la de la utilización de “*instrumento doloso no cualificado*”. Para estos casos de utilización de instrumento doloso no cualificado suele utilizarse, tradicionalmente, el siguiente ejemplo: La secretaria particular del funcionario público destruye a solicitud de éste papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo. La cuestión a dilucidar en este supuesto es: ¿puede imputarse al funcionario público el delito contenido en el art. 413 CP como autor mediato?

Muchas son las opiniones doctrinales que se muestran, desde la perspectiva del dominio del hecho, contrarias a la aceptación de la autoría del *intraneus* —como autor mediato— que utiliza a un *extraneus*

que actúa con conocimiento y total libertad³⁰³. Precisamente ante estos casos, la pertenencia del hecho se manifiesta absolutamente compatible con la aceptación de la autoría mediata del *intraneus*, lo que le permite admitir, sin mayor dificultad, la figura del instrumento doloso no cualificado³⁰⁴.

Desde la perspectiva de la pertenencia del hecho se afirma que, en estos casos, *sólo* puede imputarse el hecho a la persona de atrás (*intraneus*) como autor mediato. De otro modo, esto es, si no se considerara autor al *intraneus* que se sirve de un *extraneus* para llevar a cabo la conducta jurídico-penalmente típica, se derivaría una absurda

³⁰³ En este sentido y en lo que a la doctrina española se refiere vid. entre otros GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, ob.cit. págs. 108 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. pág. 619. El autor al hilo del análisis de la postura de la pertenencia del hecho de MIR PUIG con respecto a los casos de instrumento doloso no cualificado, se muestra contrario a la calificación como autor mediato del *intraneus*. De todos modos, debe advertirse que dicha postura resulta absolutamente coherente con la concepción que de la autoría mantiene, en las que las posibilidades de ser calificado como autor se reducen a casos en los que el sujeto lleva a cabo la conducta que más directamente se enfrenta a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, esto es, cuando se realiza la acción típica nuclear. Más recientemente BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 437 y 438, expone que el problema que plantea esta solución (aceptación de la autoría mediata del *intraneus*) es, por una parte, que no quedarían suficientemente claros los criterios materiales que permiten afirmar una instrumentalización del ejecutor material, es decir, las razones por las cuales a pesar de que el pretendido instrumento actúa libremente se le califica como tal instrumento. Por otra parte, según esta autora, la calificación del *intraneus* como autor mediato supondría una tendencia hacia una fundamentación negativa de la autoría.

³⁰⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381.

impunidad de la misma³⁰⁵. Ello sucedería puesto que la posibilidad de castigar al *intraneus* como partícipe —en su caso como inductor— del instrumento (*extraneus*) queda vedada en virtud del principio de accesoriedad de la participación³⁰⁶.

En efecto, el principio de accesoriedad de la participación impide el castigo de cualquier partícipe si no existe un hecho antijurídico de autor, esto es, un hecho principal de autor del que hacer depender la conducta del partícipe. Pues bien, en estos supuestos, no puede predicarse esta cualidad de la conducta del *extraneus*, ya que la ausencia en su persona de las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige para poder ser calificado como sujeto activo del mismo lo impide. En definitiva, no aceptando la figura del instrumento doloso no cualificado, la impunidad lo sería tanto de la conducta del *intraneus* —ya que no “domina el hecho”— como de la del *extraneus* —en el que no concurren las características que el tipo exige para poder ser autor—.

Como ya se ha mencionado, la teoría de la pertenencia del hecho acepta la solución de la autoría mediata del *intraneus* para la constelación de casos que ahora nos ocupa. En este punto, debe destacarse que la impunidad tanto de la conducta del *intraneus* como la del *extraneus* en el caso de no aceptar dicha solución, no deviene el único y, ni tan siquiera,

³⁰⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381.

³⁰⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381.

el argumento más importante para decantarse por la aceptación del instrumento doloso no cualificado. En todo caso, cuando se destaca dicha consecuencia únicamente pretende ponerse de manifiesto la necesidad de encontrar una alternativa teórica que permita, siempre desde la coherencia del concepto de autor que se mantiene, castigar estas conductas.

Ahora bien, no es la conveniencia de castigar estas conductas la que condiciona el criterio que se entiende adecuado para delimitar la categoría de la autoría, sino más bien al contrario. La elaboración de un concepto de autor con criterios más o menos flexibles se realiza de manera previa, si bien teniendo en cuenta su adecuación a determinados supuestos en los que su aplicación es, tradicionalmente, más problemática. Una vez que se ha dotado de contenido el criterio que permite delimitar la figura del autor de manera general, esto es, con pretensión de ser aplicado a toda clase de delitos y sus diferentes modalidades de comisión, es entonces cuando se podrá afirmar o no la adecuación o compatibilidad del mismo y el supuesto concreto ante el que se enfrenta.

Toda vez que se ha realizado ese análisis de adecuación entre el criterio que delimita la autoría (pertenencia del hecho) y el caso en concreto (supuestos de utilización de instrumento doloso no cualificado)

y éste resulta ser positivo, es entonces cuando el criterio preponderante en la afirmación de la autoría es el de la “*posibilidad de imputación*” y no el de la “*necesidad de imputación*”. Como a continuación veremos, este es, precisamente, el caso de la teoría de la pertenencia del hecho.

Bajo la óptica de esta teoría *no se* afirma sólo que se *debe* castigar al *intraneus* como autor mediato, sino que además —y lo que es más importante— *se puede*³⁰⁷ castigar así al sujeto especialmente cualificado que utiliza un *extraneus* que ejecuta materialmente el hecho típico de manera libre y consciente. La posibilidad de imputar al *intraneus* la autoría del delito deriva de la concepción que de ésta categoría mantiene la teoría de la pertenencia del hecho que parte, como criterio determinante para la imputación a título de autor, no de un dominio efectivo o realización fáctica del hecho, sino de una *relación de pertenencia*.

De este modo, debe procederse, en primer lugar, a la constatación de la imputación objetiva del resultado, esto es, la verificación de que el hecho constituye la realización del riesgo de la conducta del *intraneus*³⁰⁸.

³⁰⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381.

³⁰⁸ Según MIR PUIG esto puede afirmarse en el ejemplo propuesto del funcionario público que manda destruir unos papeles a su secretaria —que recuérdese sirve para ilustrar y ejemplificar los casos de instrumento doloso no cualificado— puesto que de su actuación puede predicarse que es causa del hecho, es decir, sin él, sin su actuación, no se hubiera producido la actuación del mediador (*extraneus*). Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381.

En segundo lugar y, siempre que se acepte la autoría como parte de una tercera línea de imputación, es forzoso comprobar la concurrencia o no de dolo en la persona del *intraneus* (imputación subjetiva). Tras la confirmación de la posibilidad de imputar tanto objetiva como subjetivamente el hecho al *intraneus* se podrá proseguir con la imputación a título de autor, y si resulta ser positiva, aseverar entonces que ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputarle dicha relación de pertenencia con el hecho³⁰⁹.

Es cierto que en las argumentaciones anteriormente expuestas se alega un criterio de “necesidad”³¹⁰ como uno de los factores que

³⁰⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381, afirmando que en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente el delito, éste no puede quedar sin autor.

³¹⁰ La fundamentación de la autoría del *intraneus* basada en estos argumentos es un extremo que no está exento de críticas por parte de la doctrina. Se asegura que la necesidad de castigar estas conductas y conseguir así una punición más justa no puede ser aceptado como un argumento idóneo en el que basar la imputación a título de autoría en los casos que ahora se tratan. De esta opinión es DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 619 y 620, afirma que el que se produzcan lagunas de punición es algo totalmente aceptable desde la perspectiva del carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal. Además expone que la solución propuesta por MIR PUIG es dogmáticamente insostenible desde un concepto auténticamente restrictivo de la autoría. Dicha afirmación de DÍAZ Y GARCÍA vuelve a ser absolutamente coherente con el concepto —excesivamente en mi opinión— restrictivo que sostiene. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, las razones que argumentan la posibilidad de castigo del *intraneus* en estos casos, no deben verse sólo basadas en criterios de necesidad, sino también en criterios de coherencia en cuanto al concepto de autor que MIR sostiene. No cabe duda que éste se muestra mucho más flexible, flexibilidad que, bajo mi punto de vista tiene más ventajas que inconvenientes. Sobre este aspecto vid. infra Parte I Capítulo III.

favorecen la apreciación de una relación de pertenencia entre el hecho típico y el *intraneus*, todo ello con la finalidad, claro está, de imputar a título de autor dicha conducta y evitar así la impunidad de la misma. Sin embargo, ver el argumento de la necesidad como único o, en todo caso, más importante criterio para la aceptación de la figura del instrumento doloso no cualificado deviene, a mi modo de ver, un estancamiento en la superficialidad de la teoría de la pertenencia del hecho. Entiendo que en el razonamiento que deriva en la afirmación de la autoría del *intraneus* en estos casos, subyacen otros motivos igualmente importantes que permiten sustentar idéntica solución y que no obedecen únicamente a esa pretendida “necesidad” de castigo o, lo que es lo mismo, a “consideraciones de justicia material”.

Resulta evidente que uno de esos criterios no puede ser el dominio material o fáctico del hecho, pues es este precisamente el principal obstáculo que impide a los defensores de esta teoría la aceptación de la autoría del *intraneus* en casos de utilización de instrumento doloso no cualificado. Esto no es, sin embargo, un impedimento para la teoría de la pertenencia del hecho. Para esta teoría, como ya se indicó, ese dominio material no resulta el único criterio que permite afirmar la autoría de un sujeto. Si bien es cierto que la teoría de la pertenencia del hecho no desecha —no puede desechar— en absoluto el criterio del dominio material o fáctico en aquellos delitos en los que probablemente no exista otro

criterio a través del cual determinar la autoría, sí puede restarle importancia o protagonismo en otra clase de delitos.

De este modo, en la delimitación de la autoría de aquellos tipos en los que se exigen legalmente determinadas *condiciones, cualidades o relaciones* en el sujeto activo se le dará la mayor importancia a la concurrencia de esta exigencia, que aparece ligada ineludiblemente a la idea de *responsabilidad* presente, a su vez, en la determinación de la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación³¹¹. Por otro lado, entiendo que la posibilidad de acceso y lesión del bien jurídico-penalmente protegido por parte del sujeto que ostenta las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige, amén del especial deber de salvaguarda para con el bien jurídico que de ello se deriva, puede ser el criterio que relegue en importancia al dominio material o fáctico del hecho y permita, prescindiendo del dominio, la afirmación de la autoría del sujeto del que se pueden predicar dichas cualidades³¹².

³¹¹ Recuérdese en este punto que al hablar de la autoría como “segundo nivel de imputación” se exponía que todos los criterios susceptibles de ser incluidos dentro de este segundo nivel de imputación respondían a una idea o nexo común, cual es la delimitación de esferas de responsabilidad. De ello, a su vez, se deducía que la relación de autoría resultaba necesariamente unida a dicha idea: la responsabilidad.

³¹² En este punto se pretende únicamente esbozar y adelantar una idea que será desarrollada con posterioridad. Sobre los criterios materiales que, junto al dominio material del hecho, pueden delimitar la autoría en el seno de la teoría de la pertenencia del hecho vid. infra Parte I Capítulo III.

Hasta el momento se ha abordado el tema de la participación del *extraneus* en delitos que, teniendo supeditada la posibilidad de ser sujeto activo a la concurrencia de determinadas condiciones, cualidades o relaciones, no cuentan con delitos paralelos en la Parte Especial del Código Penal en los que la autoría no quede así delimitada. Son los llamados habitualmente “delitos especiales propios”. Quizá sea este el aspecto que más interese desde la línea de investigación que se adopta en este trabajo.

Recuérdese que, en su mayoría, los delitos societarios (arts. 290, 293, 294 y 295 CP) reducen la autoría al ***administrador de hecho o de derecho***. Si observamos la totalidad de los preceptos que recogen dichos delitos, se advierte fácilmente como únicamente los arts. 291 y 292 CP prescinden de la condición de administrador de hecho o de derecho en la caracterización del sujeto activo³¹³. Además, muchos de ellos no cuentan con delitos paralelos³¹⁴ en los que el ámbito de la autoría sea accesible a

³¹³ En cuanto a los delitos de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP) y de aprovechamiento o imposición de acuerdos lesivos adoptados por mayorías ilícitamente obtenidas (art. 292 CP) cabe plantearse, sin ánimo de zanjar la cuestión en este lugar, si verdaderamente son “delitos comunes” o, por el contrario, pueden ser calificados de delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos deviene limitado por razón de la conducta.

³¹⁴ Por lo que respecta al delito de falsedad en la información social o falseamiento patrimonial (art. 290 CP) podría sostenerse, si bien con algunas reservas, que cuenta con un delito común paralelo, cual es la falsedad en documento mercantil cometida por particular (art. 392 CP). Sin embargo, entiendo que el delito societario (art. 290 CP) cuenta con otros elementos típicos que están ausentes en el “delito común”. Nótese que el objeto material al que se refiere el delito societario es más concreto (cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o

cualquier sujeto con independencia de unas concretas características. Siendo ello así –con la única excepción de los preceptos ya indicados- en la medida en que pretenda calificarse estos tipos desde la perspectiva de los delitos especiales, deberán ser entendidos como “delitos especiales propios”. Es por ello, que la utilización de instrumento doloso no cualificado en esta clase de delitos (“delitos especiales propios”) adquiere una mayor relevancia en el presente trabajo.

A pesar de ello, no debe olvidarse que la utilización de instrumento doloso no cualificado puede darse también en delitos “especiales impropios”, esto es, en aquellos delitos que, a pesar de limitar la posibilidad de ser autor a la concurrencia en el sujeto activo de condiciones, cualidades o relaciones, cuentan con un delito paralelo en el que autoría no requiere dichas exigencias. Sobre este aspecto se ha manifestado MIR PUIG desde la perspectiva de la pertenencia del hecho. Para este autor la calificación que debe considerarse preferente en estos casos sigue siendo la de autoría mediata del *intraneus* con utilización de

económica de la empresa) que el del art. 392 CP que se refiere a cualquier documento mercantil. Por otra parte, el delito societario requiere la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero, requisito éste ausente en el delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular. Todo ello plantea, cuanto menos, alguna duda acerca de la equiparación de ambos tipos: el delito societario de falsedad en la información social (art. 290 CP) y el delito de falsedad en documento mercantil cometida por particular (art. 392 CP). En lo referente al delito de lesión de derechos sociales de participación (art. 293) entiendo que únicamente puede compararse, en el campo de los “delitos comunes”, con un posible delito de coacciones, interpretación que creo alberga muchas dudas dado lo genérico de este tipo y la concreción que presenta el tipo societario.

instrumento doloso no cualificado (*extraneus*)³¹⁵. Analicemos brevemente las posibilidades de calificación y el por qué de esta conclusión.

El ejemplo a través del cual MIR PUIG aborda esta cuestión es el siguiente: el funcionario que induce a un particular a falsificar un documento público. En este caso debe observarse que están en liza dos tipos penales, por una parte el delito de falsedad del funcionario (art. 390 CP) y por otra el delito de falsedad del particular (art. 392 CP) y con ello, también diferentes posibilidades de calificación. La primera, considerar al funcionario partícipe (inductor) en el delito del particular (art. 392 CP) y la segunda, calificar a aquél como autor mediato (con utilización de instrumento doloso no cualificado) del delito de funcionario del art. 390 CP.

MIR PUIG afirma que la concurrencia de dos posibles tipos delictivos con los que calificar la conducta de los sujetos que participan en el mismo hecho, abre la posibilidad de un concurso de leyes entre esos dos preceptos. La lógica material del concurso de leyes —indica MIR— conduce a tener que elegir la calificación que comprende el total desvalor del hecho. Esta necesaria elección es la que obliga, a su vez, a considerar preferente la calificación del funcionario como autor mediato del delito

³¹⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 401.

contenido en el art. 390 CP³¹⁶. En definitiva, lo que se afirma por parte de MIR PUIG, es que la calificación como autor mediato del *intraneus* es la única solución aceptable en estos supuestos, ya que el total desvalor del hecho únicamente se recoge en la medida en que se imputa el delito más grave, esto es, el delito cometido por el funcionario³¹⁷.

Hasta aquí la breve exposición de la postura que adopta la teoría de la pertenencia del hecho en lo que a los llamados “delitos especiales” se refiere. En ella se ha tenido en cuenta muy particularmente, las conclusiones a las que llega en una de las constelaciones de casos tradicionalmente más discutidos, cuales son los supuestos de utilización de instrumento doloso no cualificado. Tras este análisis, se ha concluido

³¹⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 401. Abundando en este cuestión MIR afirma que en el caso inverso del particular que induce al funcionario a falsificar el documento, esta lógica material del concurso de leyes conduce a considerar prevalente, por más grave, la calificación de partícipe en el delito del funcionario, que sigue suponiendo una pena más grave que la de autor de la falsedad de particular aun después de la introducción de la atenuación prevista por el art. 65. 3 CP. Según este autor, La posible autoría del delito común no incluiría el desvalor que supondría participar en el delito más grave del funcionario, por lo que no podría desplazar esta calificación.

³¹⁷ La pena asignada al delito de falsedad cometida por funcionario público (art. 390 CP) es de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años. En cambio para la falsedad cometida por particular (art. 392 CP) la pena asignada es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Además, debe tenerse en cuenta que la ausencia de una especial cualificación, incluso, puede cobrar importancia, no ya a efectos de pena, más o menos agravada, sino en sede de tipicidad. Este es el caso de la falsedad ideológica cometida por particular que en virtud del art. 392 deviene atípica.

en la compatibilidad de dicha teoría con la afirmación de la autoría del *intraneus* en estos casos, compatibilidad que deriva, entre otros motivos, de la asunción de una relación de pertenencia, y no del dominio material, como criterio esencial para imputar un hecho a título de autor.

Si bien es cierto que en cuanto a la autoría en los llamados “delitos especiales” surgen otras muchas cuestiones, no debe olvidarse que quizá sea la utilización del instrumento doloso no cualificado la más problemática. Es precisamente esta complejidad en la determinación de la autoría la que permite “poner a prueba” cualquier teoría que se precie, y verificar así si dicha construcción dogmática tiene la virtud de poder ser aplicada con vocación de generalidad. Entiendo que a través del análisis de estos casos límite pueden extraerse conclusiones acerca de los ***criterios materiales*** que subyacen a la teoría de la pertenencia del hecho. La concreción de dichos criterios permitirá su aplicación posterior en la determinación de la autoría en las diferentes clases de delitos y sus diversos modos de comisión, ofreciendo así una visión general con la que valorar la conveniencia de adoptar dicha teoría.

3.3.3 La pertenencia del hecho y los delitos de infracción de deber

Siguiendo con la misma dinámica que se ha utilizado desde el inicio de este trabajo, procede ahora analizar la compatibilidad de la teoría de la pertenencia del hecho con la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber. Como ya se ha apuntado en repetidas ocasiones, el hecho de que algunos tipos penales reduzcan el círculo de posibles autores a sujetos en los que se exige la concurrencia de determinadas condiciones, cualidades o relaciones, ha llevado a un sector de la doctrina a catalogar dichos delitos como *delitos de infracción de deber*. Tal y como originariamente se formula por ROXIN³¹⁸, esta categoría dogmática atiende exclusivamente al *deber extrapenal* que ostenta un determinado sujeto como único criterio en el que basar la afirmación de la autoría.

Así las cosas, el elemento decisorio en la autoría se limita exclusivamente a la *infracción* del deber extrapenal que obliga al sujeto. El que así queda obligado será el único que, precisamente por infringir

³¹⁸ Nuevamente recordar aquí que se atenderá a la formulación desarrollada por este autor al ser, probablemente, la más emblemática. Ello se hace con la conciencia de que resta todavía por acometer un profundo análisis de las diversas formulaciones que de los delitos de infracción de deber se han realizado. Será entonces cuando se maticen cada una de las diferencias que separan a las diversas construcciones dogmáticas que así catalogan esta clase de delitos.

dicho deber, puede ser considerado autor³¹⁹ y todo ello con total independencia de la concurrencia o no de dominio sobre el hecho. En cambio, aquellos sujetos en los que no concurra el deber extrapenal no podrán ser considerados en ningún caso autores, calificando su aportación al hecho como una mera participación, es decir, como inducción, complicidad o cooperación necesaria³²⁰, en función de las circunstancias concretas que rodeen su actuación.

Por otra parte, recuérdese que en aquellos delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos no está restringido —“delitos de dominio” desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber y “delitos comunes” desde la perspectiva de los delitos especiales— se utiliza un criterio delimitador de la autoría basado en el dominio del sujeto sobre el hecho. Este dominio se manifiesta, en función de la forma de comisión, como dominio de la acción, dominio de la voluntad o dominio funcional. Sobre ello ya se ha expuesto cual es la opinión del

³¹⁹ En este sentido ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 386 y 387.

³²⁰ Debe destacarse que esta calificación del partícipe como cooperador necesario sería posible conforme al ordenamiento jurídico penal español. En cambio, no sucede lo mismo en el caso alemán, en cuyo ordenamiento jurídico penal no está recogida dicha figura. Es por ello que, en la medida en que se acepte la teoría de los delitos de infracción de deber, la inducción y la complicidad se muestran, conforme al StGB, como las únicas calificaciones posibles para el partícipe (*extraneus*) que colabora en un delito de estas características.

propio ROXIN, que reconoce que en esta clase de delitos ese y no otro debe ser el criterio que permita imputar un hecho a título de autor³²¹.

Pues bien, en mi opinión, una de las principales consecuencias derivadas de la aceptación de la categoría de los delitos de infracción de deber, es la necesaria asunción de *dos conceptos de autor*³²² o *criterios delimitadores de la autoría* absolutamente diferenciados, e incluso, contrapuestos: de una parte el dominio del hecho y de otra la infracción de un deber, sin que entre ellos deba existir la más mínima interrelación. Esta consecuencia manifiesta ya la primera diferencia, a la vez que incompatibilidad, de la teoría de la pertenencia del hecho con los delitos de infracción de deber, pues en la construcción acuñada por MIR PUIG no existe, en modo alguno, dicha distinción. Es más, no es necesaria.

La cuestión estriba ahora en saber cuáles son las razones que hacen *innecesaria* la adopción de dos conceptos de autor diferenciados en la

³²¹ Vid. infra Parte II Capítulo II 1.1.

³²² Esta consecuencia derivada de la radical división entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber no es admitida expresamente por ROXIN. Este autor afirma que el nexo común que subyace a ambas categorías delictivas es entendimiento del autor como “figura central”. Ya he expresado que dicho concepto me parece excesivamente amplio como para ser entendido como único concepto de autor aplicable a cualquier clase de delito. Todo ello porque la vaguedad del concepto “figura central” es tal, que los criterios utilizados para concretar la autoría en los diferentes tipos delictivos no completan, sino que caracterizan absolutamente el concepto de autor que se entiende conveniente para cada clase de delitos. Vid. supra Parte I Capítulo II 3.1

medida en que se acepta la teoría de la pertenencia del hecho. Estimo que el motivo principal radica en que la pertenencia del hecho se manifiesta *capaz* de explicar la autoría tanto en los delitos cuya autoría queda limitada como en aquellos en los que ello no sucede así. De este modo, dicha construcción dogmática supera algunos de los obstáculos insalvables para la teoría del dominio del hecho, cuya aplicación resultaba muy complicada en algunos supuestos concretos, por ejemplo, los casos de utilización de instrumento doloso no cualificado³²³.

Así las cosas, la pertenencia del hecho se manifiesta como un criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor lo suficientemente *flexible* –aunque no por ello falto de límites y concreción– para dar una explicación satisfactoria de la autoría y sus diferentes manifestaciones en cualquier clase de delito. Por ello, una de las principales ventajas que presenta la aceptación de la teoría de la pertenencia del hecho es la adopción de un solo concepto de autor, manteniendo así la *unidad* en los criterios determinantes de la autoría en

³²³ A pesar de que las teorías relacionadas con el dominio del hecho difícilmente pueden aceptar la autoría del *intraneus* en casos de instrumento doloso no cualificado, debe ponerse de manifiesto que no todos sus partidarios abogan por la impunidad de dicha conducta. En esta línea interpretativa encontramos autores como BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 442 y ss. partidaria de que el sujeto especialmente cualificado (*intraneus*) responda, como garante en comisión por omisión. De otra opinión HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 314 y 318, que se une a las argumentaciones de GRACIA MARTÍN y se decanta por la aplicación de la figura del “actuar en lugar de otro” en estos casos de utilización de instrumento doloso no cualificado y evitar así la impunidad de la conducta del *intraneus*.

cualquier clase de delito. El criterio de la *pertenencia* debe verse, por tanto, como un *nexo común* formado por diversos criterios que adoptarán mayor o menor protagonismo, dependiendo de la clase de delitos en los que se pretenda acometer la delimitación de la autoría.

Por el contrario, la teoría de la infracción de deber se presenta como criterio delimitador de la autoría válido exclusivamente para aquellos delitos cuyo círculo de posibles autores se limita a sujetos especialmente cualificados (obligados). Obviamente dicha restricción en la aplicación de este criterio es buscada ex profeso, puesto que los partidarios de esta dicotomía en la clasificación de los tipos entienden que los criterios que *fundamentan* la autoría en los delitos de “dominio” y en los “delitos de infracción de deber”, son forzosamente distintos: dominio del hecho para unos y *mera infracción del deber* para los otros.

Qué duda cabe que a esta afirmación subyace una extensa fundamentación que será objeto de un análisis posterior³²⁴. No obstante ello, creo que puede avanzarse ya en este punto, que la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber y la teoría de la pertenencia del hecho resultan incompatibles o, mejor dicho, *cuestiones no comparables*. Mientras la primera parte de fundamentos totalmente dispares en lo que respecta a la autoría de los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, la teoría de la pertenencia del hecho se

³²⁴ Vid. infra Parte II Capítulo II.

aplica como criterio delimitador de la autoría válido en cualquier clase de delito, pues parte del convencimiento de que todos ellos obedecen a criterios comunes.

En resumen, la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber es una teoría desde la cual analizar tanto el fundamento como las cuestiones de autoría en aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos resta delimitado. Ambas cuestiones, fundamentación y criterios de autoría aparecen —desde la óptica de esta teoría— indefectiblemente unidas, lo que impide aplicar este criterio de autoría (mera infracción de un deber) a otros tipos que no compartan dicha fundamentación. En cambio, la teoría de la pertenencia del hecho se presenta únicamente como criterio delimitador de la autoría, que si bien puede tener en cuenta las particularidades de esta clase de delitos, no pretende explicar su fundamento, sino adecuarse a él —sea cual fuere— para obtener una solución satisfactoria en lo que a la delimitación de la autoría se refiere.

Hasta aquí el análisis general de la teoría de la pertenencia del hecho y su posición con respecto a aquellos delitos que presentan limitaciones en el ámbito de la autoría. En estas líneas, se ha procurado únicamente ofrecer una primera aproximación del significado y alcance de la teoría de la pertenencia del hecho sin concluir definitivamente acerca de las

razones que la hacen preferible frente a otras. El motivo principal de esta primera aproximación es continuar con la metodología que desde el inicio se ha procurado seguir en este trabajo: partir del concepto más genérico, en nuestro caso el concepto de autor y teorías de la autoría, para posteriormente particularizar dicho análisis y aplicar sus resultados en determinados tipos delictivos.

Por ello, el estudio que en estas líneas se ha iniciado será completado en la medida en que se concluya el examen acerca de las diferentes posturas y teorías que analizan el fundamento de aquellos delitos que presentan especiales características en el ámbito de la autoría. Ello no es óbice, sin embargo, para que se esboce, ya en este punto, una toma de postura, necesariamente provisional, y poder ir centrando así la línea argumentativa de este trabajo.

CAPÍTULO III: CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA

1. La necesaria adopción de un concepto restrictivo de autor

Tras el análisis de los diferentes conceptos de autor manejados tradicionalmente por la doctrina, véase concepto unitario, concepto extensivo y concepto restrictivo de autor, se concluyó finalmente en la *conveniencia* de adoptar un *concepto restrictivo de autor*. Las motivaciones que conducen a esta afirmación son de diversa índole. La primera se concreta en la posibilidad que ofrece dicho concepto de distinguir diferentes grados de responsabilidad en la intervención de un hecho delictivo, posibilidad que está ausente en el resto de conceptos de autor estudiados.

Esta distinción en los grados de participación, es decir, la diferenciación entre autoría en sentido estricto y participación, hace preferible el concepto restrictivo en detrimento de los otros conceptos de autor, no sólo porque facilita un tratamiento diferenciado en el ámbito penológico, sino porque consagra, como ya es sabido, el principio de accesoriedad de la participación. También debe destacarse, a favor de la adopción del concepto restrictivo, la estricta adecuación de éste concepto

de autor con el principio de responsabilidad individual³²⁵, razones éstas que, desde una perspectiva general, lo hacen preferible con respecto a los demás.

Por otra parte, abordando el estudio desde las particularidades que presentan los delitos en los que la posibilidad de ser sujeto activo se circunscribe a la concurrencia de cualidades, relaciones o circunstancias, también el concepto restrictivo de autor se presenta como el más idóneo para la determinación de la autoría en esta constelación delictiva. A esta conclusión se llega tras comprobar que dicho concepto se muestra absolutamente respetuoso con todos los elementos típicos exigidos por la ley. En sede de autoría ello implica que forzosamente se observen las especiales características que la ley exige en la figura del autor, y permita únicamente al *intraneus* el acceso a la autoría en esta clase de delitos. Este extremo hace preferible, nuevamente, la elección del concepto restrictivo de autor por erigirse en el más idóneo para la determinación de la autoría en cualesquiera clase de delitos incluyendo, obviamente, aquellos que presentan restricciones en sede de autoría³²⁶.

³²⁵ Acerca de la idoneidad del concepto restrictivo de autor para la determinación de la autoría vid. supra Parte I Capítulo I 6.

³²⁶ Sobre la idoneidad del concepto restrictivo de autor en los delitos especiales y en los delitos de infracción de deber vid. supra Parte I Capítulo I 6.1 y 6.2 respectivamente.

Sentado lo anterior, es decir, el entendimiento de un concepto restrictivo de autor como el más adecuado para la determinación de la autoría, todavía resta por dilucidar qué criterio o criterios delimitarán, en el marco de tal concepto restrictivo, la posibilidad de imputar un hecho a título de autor. Es cierto que no se han analizado todas las posturas doctrinales acerca de las teorías relacionadas con el dominio del hecho. Quizá ese análisis exhaustivo exceda, por lo inabarcable de cuestión, a la intención de estas líneas, en las que se pretende encontrar un criterio de autoría válido para los delitos societarios, lo que entiendo permitirá con posterioridad elaborar un concepto de administrador basado en los criterios de la Parte General.

Tampoco se ha abordado todavía el estudio acerca del fundamento y las singularidades de aquellos delitos limitados en el ámbito de la autoría, así como las teorías que explican ambas cuestiones. Este estudio permitirá establecer cuáles son las diferencias que separan a esta clase de delitos de aquellos otros en los que el acceso a la autoría es factible para cualquier sujeto. Sin embargo, lo que sí se ha realizado ya es una primera aproximación a todos estos temas, aunque desde una perspectiva muy genérica: el concepto de autor y teorías de la autoría. Creo que esta primera aproximación habilita, aunque de manera provisional, a establecer *ex ante* un posicionamiento en cuanto a la idoneidad de la teoría de la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría.

2. La idoneidad del criterio de la pertenencia del hecho

Desde el análisis general ya realizado, entiendo que la teoría de la pertenencia del hecho se manifiesta, *a priori*, como idónea para la determinación de la autoría en aquellos delitos en los que tal categoría se ciñe a sujetos de los que pueda predicarse la cualidad de administrador de hecho o de derecho. Algunas de las razones que justifican esta opinión ya se han adelantado. No obstante ello, en lo sucesivo se intentará homogeneizar estos argumentos partiendo de la generalidad para concluir en la aplicación al caso concreto.

La teoría de la pertenencia del hecho, tal y como la concibe MIR PUIG, se presenta como parte u objeto de un juicio de imputación, advirtiendo así el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor³²⁷. Con esta afirmación se pone de manifiesto que la calificación de un sujeto como autor no es una mera descripción, sino que constituye una **adscripción**³²⁸ de un hecho a un sujeto en la que –bajo mi punto de vista– deben

³²⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 373.

³²⁸ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, ob. cit. pág. 407 donde afirma que la imputación es adscripción a un sujeto, no descripción, argumento que bien puede aplicarse a la relación de autoría si ésta es entendida como parte u objeto de un juicio de imputación.

considerarse todos los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica.

Precisamente por eso, es decir, por la necesidad imperiosa de tener en cuenta todos los elementos que convierten la lesión del bien jurídico en típica para poder afirmar la adscripción de un hecho a su autor, se justifica la ubicación de la comprobación de la *relación de autoría* en *tercer lugar*, esto es, tras confirmar la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente un hecho a un sujeto. Sólo entonces podremos afirmar la existencia de un “riesgo típicamente relevante”, pues lo es precisamente por ser objetiva y subjetivamente imputable a un determinado sujeto: el autor. Este tercer nivel de imputación en el que se afirmará la autoría de un sujeto con respecto a un determinado hecho punible deberá fundamentarse en el criterio de *pertenencia* que no olvidemos se determinó como indefectiblemente unido a la idea de responsabilidad.

En esta misma línea argumentativa y, con la intención de concretar mediante otros criterios la idea de pertenencia, no me parece desdeñable acudir al concepto de *competencia*³²⁹. En efecto, tal concepto nos puede

³²⁹ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho” (trad. CANCIO MELIÀ), en JAKOBS/ CANCIO MELIÀ, *Conferencias sobre temas penales*, Lima 2000, págs. 87 ss., desarrollando de manera muy convincente el concepto de competencia en tanto que criterio que debe corroborarse en todo caso para determinar la posible autoría de un sujeto. Afirma este autor que el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Acerca de la construcción dogmática de JAKOBS vid. más extensamente infra Parte II Capítulo II 2.

orientar a la hora de determinar cuándo puede predicarse la pertenencia de un hecho jurídico-penalmente relevante a un determinado sujeto. El criterio de la competencia sería de gran utilidad, por tanto, para delimitar aquel ámbito en el que el sujeto (posible autor) posee una especial **responsabilidad** con respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, evitando de este modo las limitaciones que presenta adoptar exclusivamente el criterio del dominio.

Definido así el contorno de la teoría de la pertenencia del hecho, ciertamente puede convenirse en que ésta se manifiesta como un concepto o criterio delimitador de la autoría amplio y flexible. Ahora bien, dicha laxitud entiendo que no debe verse como un aspecto negativo, antes al contrario, constituye una de las principales virtudes aportadas por la teoría de la pertenencia del hecho. En primer lugar, ello permite manejar un concepto común de autor, mejor dicho, un criterio delimitador de la autoría en el marco de un concepto restrictivo de autor, válido para cualquier clase de delito tenga éste o no restricciones en sede de autoría.

En segundo lugar, entiendo que este criterio delimitador de la autoría, debido precisamente a su flexibilidad, permite una mejor adecuación a la dinámica delictiva y a las singularidades que presentan los delitos de nuevo cuño, en particular, los delitos societarios. Es bien

sabido, que la gran mayoría de conceptos o categorías elaborados por la Parte General del Derecho Penal, han tenido tradicionalmente un anclaje en tipos delictivos que podríamos denominar clásicos. De este modo, los diferentes aspectos de la teoría del delito se elaboraron sobre la base de dichos delitos y adaptándose a las modalidades y dinámicas delictivas que estos presentan. Sin embargo, el elenco de infracciones jurídico-penalmente relevantes ha aumentado con el devenir de los tiempos, sufriendo este sector del ordenamiento jurídico el denominado fenómeno de la “expansión del Derecho Penal”³³⁰.

Pues bien, no cabe duda acerca de la ubicación de los delitos societarios, que debe incluirse, necesariamente, dentro de ese fenómeno expansivo predicable del Derecho Penal actual. En estos tipos delictivos de nuevo cuño, y especialmente en el ámbito de la autoría, se aprecian especiales dificultades a la hora de aplicar criterios delimitadores de esta categoría excesivamente restrictivos o que presenten escasa flexibilidad. Ello es debido, entre otras muchas razones, a la propia dinámica delictiva de estos delitos, en la que se ven implicadas una multiplicidad de personas físicas y jurídicas; a la existencia en muchas ocasiones de una

³³⁰ Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, en el que se hace mención expresa a las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, lo que motiva la acogida en el seno del ordenamiento jurídico-penal de nuevas formas de delincuencia. En este mismo sentido vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, ob. cit. pág. 20 donde afirma que el fenómeno de la expansión del Derecho Penal es una característica innegable del Código Penal de 1995.

estructura jerarquizada en la que se delegan competencias y, como no, también a la cuestión de qué debe entenderse por administrador de hecho y de derecho³³¹. Todos estos motivos aconsejan la adopción de un criterio delimitador de la autoría flexible y acorde a las nuevas dinámicas delictivas.

Sentado lo anterior, todavía resta por analizar cuáles son los criterios que podrían subyacer a la pertenencia del hecho y permitirían así concretar la responsabilidad del autor por el hecho punible. Es cierto que la construcción dogmática de la teoría de la pertenencia del hecho –tal y como se concibe por MIR PUIG- no alude a la existencia de dichos criterios a los que aquí me referiré, pues en su fundamentación teórica se acude a la *pertenencia del hecho*, al *protagonismo* del autor o su cualidad de *sujeto principal*³³² como elementos determinantes en la imputación de un hecho a su autor. Ahora bien, entiendo que tras el análisis de esta postura pueden deducirse otros elementos, que en función de la clase de delito ante el que nos encontremos, coadyuvarán en la conformación de la relación de pertenencia entre hecho y autor.

³³¹ Acerca de la concreta problemática de la autoría en los delitos societarios vid. infra Parte III Capítulo I.

³³² Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 373 y 374.

Como ya se ha indicado en repetidas ocasiones, la autoría puede entenderse incluida en una tercera línea de imputación en la que se pretende delimitar *esferas de responsabilidad*. Desde la perspectiva adoptada en este trabajo, la autoría se afirma en la medida en que se pueda predicar una relación de pertenencia entre hecho y sujeto. Siendo esto así, no parece haber obstáculo alguno para afirmar que el criterio de la pertenencia debe tener como principal objetivo constatar la responsabilidad del sujeto en el hecho punible.

Es por ello, que la idea de responsabilidad debe estar presente e informar el proceso mediante el cual que se determina la relación de autoría en un determinado delito. Dicho de otro modo, debe comprobarse si el sujeto puede ser tildado de “responsable” en referencia a ese riesgo típicamente relevante, es decir, aquel riesgo objetiva y subjetivamente típico. La responsabilidad sobre el riesgo típicamente relevante podrá acordarse teniendo en cuenta si la evitación de éste se encuentra inmersa en el ámbito de competencia del sujeto.

Tal y como indica MIR PUIG, la relación de pertenencia –con todo lo que ello implica- corresponde al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control y, por último, esta pertenencia se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del

delito³³³. Entendida así la pertenencia del hecho, es decir, afirmando la existencia de tal relación en estos supuestos, no cabe la menor duda de que MIR no rechaza, mejor dicho, no puede rechazar, el dominio – control material en sus palabras- como criterio a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor.

En efecto, cuando puede afirmarse con toda rotundidad la existencia de dicho **dominio** no se alberga duda alguna de que puede predicarse la pertenencia del hecho del sujeto que ostenta dicho dominio o control. No puede negarse la pertenencia del hecho a un sujeto cuándo éste lo domina, pues de este modo se convierte en el protagonista o sujeto principal del hecho punible, características éstas que de modo innegable pueden predicarse de aquél bajo cuyo control se encuentra el devenir del suceso. El hecho aparece, en estos casos, como suyo, como obra del sujeto que lo domina. Es por este motivo, precisamente, por el cual el dominio del riesgo debe erigirse en **uno de los criterios** a tener en cuenta para evidenciar la relación de pertenencia entre el hecho y el autor pero, como ya se indicó, no el único.

Por otra parte y, en mi opinión, el dominio al que se ha hecho referencia debe verse como un criterio a tener en cuenta para afirmar la pertenencia del hecho al autor no sólo por otorgar protagonismo al que lo

³³³ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 374.

ostenta, sino también por la situación en la que coloca al sujeto activo frente al bien jurídico protegido. El control o dominio sobre el hecho *posibilita* al sujeto que lo ejerce un fácil acceso al bien jurídico protegido, esto es, lo posiciona en una situación privilegiada en cuanto a la posibilidad de *lesionar el bien jurídico* en juego, lesión que debe entenderse, claro está, desde la perspectiva de la relevancia jurídico-penal.

Cuando se hace referencia a la “lesión del bien jurídico” obviamente se tiene en cuenta lo que desde una perspectiva jurídico-penal puede entenderse como tal. No se está pensando en la posibilidad “material” o, si se quiere, “física” de lesión. Si así fuera, en muchos supuestos en los que un sujeto jamás podría ser calificado como autor, deberíamos afirmar, pese a todo, que “lesiona el bien jurídico-penalmente protegido”. Veamos los siguientes ejemplos: a) un caso de asesinato en el que se utiliza a un sujeto como instrumento para llevar a cabo la conducta: verter veneno en el café para que otro, que desconoce que la bebida está adulterada, lo sirva y sea un tercero el que lo beba. Es obvio que, materialmente, el que lesiona el bien jurídico protegido no es el que vierte el veneno, sino que este acto de lesión material o física puede atribuírsele incluso a la propia víctima, esto es, el que bebe el café. Él y no otro consigue lesionar (destruir) la vida humana independiente y, pese a ello, nadie defendería que realmente es este sujeto el que debe ser calificado como autor del delito de asesinato, b) otro ejemplo en el que queda patente esta ausencia de relevancia jurídico-penal con respecto a la lesión material de bien jurídico protegido puede verse en casos de vertidos contaminantes. Imaginemos que una gran industria química vierte regularmente con la apertura de compuertas automatizadas residuos tóxicos al cauce de un río. En este ejemplo nadie dudaría de que el

sujeto (que variará dependiendo del turno u horario laboral) que baja la palanca para que dicha compuerta se abra, es el que lesiona materialmente el bien jurídico protegido, en este caso concreto, el que “materialmente y físicamente” pone en peligro el medio ambiente. Sin embargo, también existirá esa misma unanimidad para eximir a dicho sujeto de responsabilidad penal, pues en modo alguno puede predicarse de este sujeto un dominio que, en este supuesto, debe entenderse como dominio del riesgo típico.

De este modo se pondría de relieve la íntima relación que debe existir entre la autoría y la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido. Dicha relación vendría a confirmar que sólo puede ser atribuida la cualidad de autor a un sujeto en la medida en que éste pueda lesionar el bien jurídico protegido, tras comprobar previamente la posibilidad de imputarle objetiva y subjetivamente el hecho. Si bien el dominio o control del hecho puede ser uno de los criterios que otorguen esta posibilidad de lesión del bien jurídico protegido y permita, por tanto, calificar al sujeto que lo ejerce como autor, quizá este criterio no baste para algunos tipos delictivos en los que el acceso al bien jurídico protegido se supedita a la concurrencia de determinadas características en sede de autoría.

En mi opinión, esto es lo que sucede cuando nos hallamos ante delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos se circunscribe a aquellas personas que reúnen determinadas condiciones, cualidades o relaciones. A falta de analizar con más detenimiento el fundamento de

esta clase de delitos, pueden adelantarse ya en este punto las principales interpretaciones que pueden suscitarse acerca del motivo por el cual se produce una restricción en sede de autoría en determinados tipos delictivos.

Por una parte cabe entender que el legislador ha querido (expresa o tácitamente) dar relevancia jurídico-penal a la lesión del bien jurídico protegido sólo en la medida en que los sujetos que cumplen las características exigidas por el tipo puedan ser calificados como autores. Dicho de otro modo, el legislador opta, en esta constelación delictiva, por dar relevancia jurídico-penal a la lesión del bien jurídico protegido únicamente cuando dicha lesión es llevada a cabo por determinados sujetos, con independencia de que otros —carentes de dichas cualidades, relaciones o circunstancias— puedan también “materialmente” lesionar el mismo bien jurídico.

Acerca de esta limitación en cuanto al acceso al bien jurídico, cabe asimismo otra interpretación. Podría entenderse que el motivo por el cual únicamente aquellos sujetos especialmente cualificados pueden llegar a ser autores es porque sólo ellos y no otros tienen la posibilidad de acceder al bien jurídico protegido y, por tanto, son los únicos que pueden lesionarlo. En definitiva, desde este punto de vista se estaría afirmando que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos únicamente está al alcance de determinados sujetos, precisamente aquellos que reúnen las

cualidades que el tipo exige (*intranei*), siendo este el motivo por el cual otro sujeto no cualificado (*extraneus*), no podría, aunque quisiera, lesionar dicho bien jurídico.

En cualquier caso, y atendiendo a una u otra interpretación en cuanto al fundamento de la restricción en el acceso al bien jurídico protegido se refiere, la conclusión a la que debe llegarse es la misma: únicamente el *intraneus* puede erigirse en sujeto activo de un delito de tales características, bien sea porque únicamente él –por reunir tales características- puede lesionar el bien jurídico o, porque sólo su lesión y no la de otros sujetos se entienda jurídico-penalmente relevante³³⁴. Siendo esto así, vemos claramente cómo la posibilidad de lesión del bien jurídico en esta clase de delitos no se vincularía al criterio del dominio, sino a la especial cualificación del sujeto activo.

La cuestión estriba ahora en saber si, bajo la perspectiva de la teoría de la pertenencia del hecho, dicha especial cualificación es condición suficiente en la determinación de la relación de autoría, pudiéndose obviar, en la clase de delitos que ahora nos ocupan, cualquier otro criterio en ese proceso de imputación del hecho su autor³³⁵. Pues bien,

³³⁴ Adviértase que esta afirmación puede ser correcta en la medida en que se parte de un concepto restrictivo de autor, bajo la óptica del cual únicamente el *intraneus* puede erigirse en autor (en sentido estricto) de un delito de tales características, relegando al *extraneus*, en todo caso, a la categoría de partícipe.

³³⁵ Esta sería una postura muy similar a la adoptada por la teoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) acuñada por ROXIN, en el que la mera infracción

considerando el análisis realizado de la teoría de la pertenencia del hecho, entiendo que la *respuesta* a esta primera pregunta debe ser *negativa*. No cabe duda, que la especial cualificación que se requiere en el sujeto por parte determinados tipos penales, es observada por la teoría de la pertenencia del hecho, ahora bien, entiendo que ello no significa que únicamente sea éste el criterio tenido en cuenta por dicha teoría en la afirmación de la autoría.

En efecto, la especial cualificación del sujeto es un elemento que *forzosamente* debe valorarse por cualquier teoría que pretenda enmarcarse en el seno de un concepto restrictivo de autor; esto es lo que sucede precisamente con la teoría de la pertenencia del hecho, bajo la perspectiva de la cual únicamente el *intraneus* puede llegar a ser calificado autor en esta clase de delitos. En esta constelación delictiva en la que la autoría presenta particulares restricciones es obvio que la concurrencia de esta especial cualificación en el sujeto *puede, y debe*, ser un indicio para suscitar el análisis que permita finalmente afirmar la autoría. Ante la comisión de un determinado hecho punible en el que el

del deber por parte del especialmente cualificado sería suficiente para afirmar la autoría. Bajo la óptica de esta construcción dogmática lo que deviene absolutamente indispensable, y además suficiente, es la especial cualificación del sujeto derivada de ese especial deber. En la medida en que un tipo penal pueda entenderse —siempre desde la perspectiva propuesta por ROXIN— como un delito de infracción de deber la cuestión de la determinación de la autoría en esta clase de delitos se desvincularía totalmente del dominio del hecho, que queda relegado a criterio fundamentador de la autoría en otra clase de delitos: los delitos de dominio. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 389.

acceso al bien jurídico protegido está restringido a determinados sujetos, la concreción de la relación de autoría debe construirse de manera indiciaria sobre dichos sujetos, siempre y cuando el hecho se les pueda imputar también objetiva y subjetivamente³³⁶.

Esta circunstancia, cual es la posesión de condiciones, cualidades o relaciones, podrá ir acompañada en muchos supuestos de un dominio o “control del hecho” por parte del *intraneus*, extremo que facilitará, sin duda, la afirmación de la autoría de dicho sujeto tras la comprobación previa de la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente el hecho. Es evidente, tal y como ya se apuntó, que puede calificarse como autor a un sujeto cuando controla o domina el hecho de manera indiscutible, este extremo no es cuestionado desde la perspectiva aquí ofrecida. En estos casos en los que la circunstancia del dominio así se manifiesta no cabe duda de que el hecho *pertenece* al sujeto que lo ejerce.

³³⁶ En este sentido se manifiesta, como ya se ha indicado en repetidas ocasiones, MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381, afirmando, para los casos de utilización de instrumento doloso no cualificado, que la comprobación de la imputación objetiva del resultado, esto es, la realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del sujeto de atrás (*intraneus*), constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor. Si a esta circunstancia se le añade la posibilidad de imputar también subjetivamente el hecho a dicho sujeto no puede negarse la autoría del *intraneus*, pues no sólo presenta la cualificación necesaria para ser autor, sino que además se le puede imputar el mismo desde una perspectiva objetiva y subjetiva.

Ahora bien, en otros casos –límite si se quiere- como pueden ser los supuestos de utilización de instrumento doloso no cualificado, la teoría de la pertenencia del hecho en tanto que criterio delimitador de la autoría, se muestra mucho más *flexible* a la hora de conformar dicha categoría. El criterio de la pertenencia –tal y como aquí se ha construido- permite afirmar la autoría del *intraneus* que adopta la postura del hombre de atrás aún admitiendo que dicho sujeto no domina o controla el hecho. En estos supuestos, el criterio del dominio al que se hacía referencia anteriormente puede, por decirlo de este modo, “relajarse” e incluso materialmente desaparecer y, no obstante ello, poder seguir afirmando la autoría del *intraneus*.

Esto será posible sólo en la medida en que concurra tanto la especial cualificación del sujeto como la posibilidad de imputarle objetiva y subjetivamente el hecho. En efecto, la *visión global* de la relación de autoría aportada por el criterio de la pertenencia, presenta a esta categoría como fruto de una adscripción del hecho a un autor inserta en un tercer nivel de imputación. Recordemos que en este tercer nivel de imputación la idea rectora es la delimitación de esferas de responsabilidad, responsabilidad ésta que se manifiesta de modo especialmente notable en cuanto al *intraneus* con respecto al bien jurídico protegido en aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos está legalmente delimitado. En estos casos, a los sujetos especialmente cualificados les

compete un especial deber de salvaguarda con respecto a determinados bienes jurídicos.

Pues bien, esta idea acabada de apuntar junto a la constatación de que un hecho puede ser imputado objetiva y subjetivamente a un sujeto que cumple con las condiciones, cualidades o relaciones exigidas legalmente (*intraneus*) quizá permita la constatación de que dicho sujeto se encuentra en una posición con respecto al bien jurídico de tal *proximidad* que le permite lesionarlo y todo ello con independencia de que materialmente domine el hecho. En mi opinión, el criterio del dominio en casos como los que nos ocupan, puede ser rebajado en importancia habida cuenta de que la posibilidad de lesión del bien jurídico es constatada de otro modo.

Así las cosas, podrá afirmarse que un hecho pertenece al *intraneus* no sólo cuando pueda predicarse de él un dominio o control sobre el hecho, sino también en casos en los que la constatación de la imputación objetiva y subjetiva del hecho lo sitúen en condiciones de lesionar el bien jurídico protegido. Ello será posible sin atender al criterio del dominio dada la proximidad y responsabilidad con respecto al bien jurídico que ostenta el *intraneus* y que en modo alguno posee el *extraneus* a pesar de que domine efectivamente el hecho. Sin embargo, esta posibilidad de lesión del bien jurídico por parte del *intraneus* no debe entenderse desde

una perspectiva meramente formal en la que especial cualificación equivalga sin más a autoría, antes al contrario.

En casos *excepcionales* en los que concurra la participación en el mismo hecho de un *extraneus* y un *intraneus* que carece de dominio o control, como sucede en la utilización de instrumento doloso no cualificado, para poder afirmar la autoría del sujeto especialmente cualificado debe comprobarse que la previa imputación objetiva y subjetiva le sitúa en condiciones de lesionar verdaderamente el bien jurídico en juego, amén de comprobar la existencia de una responsabilidad sobre él superior a cualquier otro interviniente en el hecho³³⁷. Es decir, deviene indispensable comprobar si con el conjunto de sus actuaciones infringe ese especial deber de salvaguarda en el que consiste su responsabilidad con respecto al bien jurídico, responsabilidad que se deriva, a su vez, de su especial cualificación.

Hasta aquí la sucinta exposición de los motivos por los cuales entiendo que la teoría de la pertenencia del hecho constituye un criterio válido en la delimitación de la autoría. En el estudio de esta teoría se ha

³³⁷ Entiendo que en la misma línea interpretativa puede considerarse la afirmación de MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 381, en relación a la situación privilegiada del funcionario con respecto a la secretaria, en su ejemplo de utilización de instrumento doloso no cualificado. MIR PUIG asevera que la relación de pertenencia del delito "concorre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele (el delito, no sólo su realización fáctica) como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo".

intentado poner de manifiesto, con la mayor exactitud, los razonamientos aportados por MIR PUIG tanto para la elaboración, como para la posterior aplicación de dicha construcción dogmática. Ahora bien, esta exposición pretendía, de igual forma, la búsqueda de los motivos que subyacen a la afirmación de que “un hecho pertenece a un sujeto”, para facilitar así la posterior aplicación del criterio de la pertenencia. Obviamente muchos de los argumentos y de las ideas apuntadas más arriba deben ser desarrolladas, extremo que se llevará a cabo en la medida en que se vaya profundizando a la vez que concretando el objeto del análisis de este trabajo.

De este modo, veremos, tras el estudio más pormenorizado de los delitos con restricciones en sede de autoría, cómo interactúa la construcción dogmática que nos ha ocupado hasta el momento y si resulta definitivamente adecuada en esta constelación delictiva. En un paso más hacia la concreción, se analizará cómo a través de este criterio delimitador de la autoría puede darse solución a algunos de los problemas que presenta la autoría del administrador –de derecho y, sobre todo de hecho- en determinados tipos penales.

PARTE II

LOS DELITOS CON RESTRICCIONES EN SEDE DE AUTORÍA

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Justificación del estudio de esta clase de delitos

Hasta el momento se ha abordado el análisis de la autoría en general, en el que se ha hecho referencia a los distintos conceptos de autor mantenidos por la doctrina. También se ha acometido el estudio de las diferentes teorías que en cada uno de ellos y, especialmente en lo referente al concepto restrictivo, tratan de aportar criterios que delimiten la figura del autor y la diferencien, de este modo, de la del partícipe. Sin embargo, dada pretensión que guía este trabajo, se ha intentado aplicar dicho estudio sobre aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría, concreción que se ha hecho, de modo absolutamente genérico, desde la perspectiva de los delitos especiales y de los delitos de infracción de deber. Todo ello puesto que aquellos delitos cuyo posible sujeto activo se concreta en la figura del administrador de hecho presentan, como es obvio, dichas restricciones en sede de autoría.

Pues bien, antes de caracterizar y dotar de contenido la figura del administrador de hecho y de derecho debe, forzosamente, procederse al análisis tanto del concepto como del fundamento de la clase de delitos a los que pueden pertenecer aquellos tipos que cuentan entre sus sujetos activos con un administrador. Evidentemente en esta clase de delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos resta delimitado a la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones, existen diferentes variantes en función de qué sujeto activo ostenta esta especial cualificación. Por ello y, en la medida de lo posible, se intentará abordar el estudio desde una perspectiva general que aporte criterios válidos para todos estos supuestos, aunque haciendo especial hincapié en aquellos tipos cuyos sujetos activos se circunscriben a la figura del administrador.

2. Los delitos con restricciones en sede de autoría

Tal y como se ha visto, a lo largo del estudio de los diferentes conceptos de autor ya se ha hecho referencia a las perspectivas desde las cuales puede abordarse el análisis de aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. De este modo se aludía a la categoría de los delitos especiales y a la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber. Ambas posiciones se muestran idóneas, en principio, para recoger conceptualmente la constelación delictiva que nos ocupa. Sin embargo, resta todavía por dilucidar cuáles son las diferencias

entre ellas, así como el concepto y fundamento que cada una ofrece de esta clase de delitos.

Es por esta razón por la cual se procede al análisis por separado del concepto de delito especial y del concepto de delito de infracción de deber para clarificar, ya desde el inicio, los términos teóricos utilizados en cada uno de ellos. Esta labor, junto al posterior estudio pormenorizado de cada una de las distintas teorías permitirá concluir acerca de la conveniencia de adoptar uno u otro criterio e, incluso, el decantarnos por una concreta terminología en cuanto a los delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría.

En este lugar se pretende *únicamente* situar la discusión dogmática sobre los delitos especiales y los delitos de infracción de deber. Forzosamente, por tanto, las argumentaciones y las conclusiones aquí extraídas deberán confirmarse con posterioridad. Sin embargo, me parece de recibo concretar ya desde el inicio algunas cuestiones —que si bien son sumamente generales— pueden ayudarnos a la hora de ubicar las distintas teorías de las que hasta ahora se ha estado hablando. Vistas ya, al hilo de la explicación de los diferentes conceptos de autor, las premisas básicas de las que parten ambas construcciones dogmáticas, se afronta el intento de aclarar qué significa hablar de delito especial o bien de delito de infracción de deber.

2.1 Concepto de delito especial

Tradicionalmente aquellos delitos que presentan restricciones en sede de autoría se han delimitado dogmáticamente a través del concepto de *delito especial*. Debe destacarse que, lejos de existir un solo concepto o teoría acerca de qué debe entenderse por tales delitos, abundan en la doctrina diferentes posturas tanto en relación a la delimitación conceptual como acerca del fundamento que subyace a esta constelación delictiva. Incluso, pueden apreciarse divergencias doctrinales en cuanto a la nomenclatura que debe darse a estos delitos, extremo que complica, sin duda, el análisis y concreción conceptual de dichos tipos delictivos.

Como afirma GÓMEZ MARTÍN, desde los orígenes de la teoría del delito hasta la actualidad, se han venido sosteniendo por la doctrina – especialmente la alemana- dos clases de concepto de delito especial: un *concepto simple* y un *concepto complejo*³³⁸. Los conceptos simples de delito especial se caracterizan, básicamente, por definirlos como aquella clase de tipo penal en los que se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales requeridas por la ley (*intranei*). Por el contrario, los conceptos complejos de delito especial incorporan, además

³³⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 15.

de la descripción del delito especial expresada por las definiciones simples, su propia fundamentación³³⁹.

La delimitación conceptual de los delitos especiales por medio de un *modelo simple de definición*, tal y como ya se ha adelantado, se basa en entenderlos como una *restricción del círculo de posibles* autores por medio de una serie de *elementos exigidos por el tipo*, obviando las referencias al fundamento sobre el que descansa esta restricción legal del círculo de autores³⁴⁰. De este modo, un concepto simple de delito especial no se adentra en las razones por las cuales el legislador ha decidido imponer restricciones en sede de autoría en determinados tipos. Exclusivamente se limita, dicho concepto simple, a describir objetivamente las condiciones instituidas por el legislador, dejando, para un momento posterior, el análisis de las razones por las cuales se limita el acceso a la autoría.

Sin embargo, en esta definición que evidencia de manera objetiva una delimitación del círculo de posibles sujetos activos por parte del

³³⁹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 15. Vid. además las referencias bibliográficas sobre los autores que defienden uno y otro concepto de delito especial, págs. 15 - 28.

³⁴⁰ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 20. A favor de un concepto simple de delito especial en España vid. por todos LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Madrid 1996, pág. 304; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 225; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 30 ss.

legislador, no puede obviarse la circunstancia de que esta *restricción no siempre se produce por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo* y de forzosa concurrencia en el sujeto activo de dicho delito. En efecto, si bien es cierto que normalmente en esta constelación delictiva se concreta la autoría por ejemplo en el “funcionario”, “juez” o “administrador de hecho o de derecho”, también lo es que, en algunas ocasiones, la delimitación del círculo de autores de delito puede derivarse de otro modo bien distinto³⁴¹.

Esto sucedería en aquellos supuestos en los que el “quien” a través del cual el legislador referencia la figura del sujeto activo del delito no se concreta por la expresa alusión a determinadas condiciones, cualidades o relaciones del posible autor. Por el contrario, la posibilidad –de igual manera limitada- de ser sujeto activo vendría impuesta por la propia descripción de la acción típica del tipo delictivo en cuestión³⁴². En esta segunda modalidad, a pesar de que el sujeto esté descrito a través del genérico “quien” o “el que”, también existen limitaciones en sede de autoría, puesto que sólo algunos sujetos se encuentran en la situación descrita por el tipo. Este extremo permitirá incluirlos, incluso con un concepto simple de definición, en el ámbito de los “delitos especiales”.

³⁴¹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 25 y 26.

³⁴² En este sentido vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, Berlín 1972, pág. 28.

No entraré en las razones que llevan al legislador a instituir dichas limitaciones en sede de autoría de manera explícita o través de la descripción de la acción, pues entiendo que, una u otra opción puede ser, incluso, meramente circunstancial. No obstante ello quisiera ilustrar brevemente esta modalidad de restricción en sede de autoría a través de la descripción típica con dos ejemplos. El delito de *alzamiento de bienes* (art. 257 CP) y el delito de *apropiación indebida* (art. 252 CP). En ambos delitos el legislador describe a la figura del autor con el genérico “el que” o “los que” respectivamente. Sin embargo, dada la descripción típica de ambos tipos sólo pueden ser entendidos autores de los mismos determinados sujetos, lo que permitiría calificarlos como delitos especiales.

En el caso del delito de alzamiento de bienes *únicamente el deudor* puede “alzarse” con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, lo que impide que un tercero no deudor pueda ser entendido como *sujeto activo* de este delito. Ello es así, habida cuenta de la necesaria existencia de una previa relación jurídica entre deudor y acreedor como presupuesto imprescindible del delito, lo que implica que únicamente aquellas personas que posean la cualidad jurídica de deudor podrán cometer la conducta de alzamiento. Es por ello que la opinión dominante tanto doctrinal³⁴³ como jurisprudencial³⁴⁴ conviene en afirmar que estamos ante un delito especial propio.

De igual manera sucede en el caso del *delito de apropiación indebida* (art. 252 CP). En este precepto no cualquier sujeto puede llevar a cabo la

³⁴³ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2ªed., Valencia 2005, pág. 59.

³⁴⁴ Vid. entre otras las SSTs 14-01-2003 (RJ Ar. 2003\542); 30-04-2003(RJ Ar. 2003\5202); 19-06-2004 (RJ Ar. 2004\4647); 28-01-2005 (RJ Ar. 2005\1743).

conducta típica en los términos descritos. Por el contrario, sólo podrá ser sujeto activo del delito *la persona que sin haber recibido en propiedad una cosa mueble tenga la obligación*, en virtud de un determinado título jurídico (“depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregar o devolver”), *de devolverla*. Teniendo en cuenta la restricción en sede de autoría que esto representa, también el delito de apropiación indebida podría calificarse de delito especial³⁴⁵.

La laxitud que presenta un concepto simple de delito especial es evidente, pues se limita a recoger la restricción que en sede de autoría realiza el legislador. Esta amplitud en la definición de delito especial permite, a su vez, contemplar las diferencias que, dentro del concepto de delito especial, pueden presentar algunos tipos en concreto. Sin embargo, la contrapartida a esta ventajosa unidad conceptual se manifiesta en la total ausencia de criterios que permitan dilucidar las causas o motivos por los cuales se producen dichas restricciones en esta constelación delictiva. Este extremo ha llevado a algunos autores a tildar dicho concepto simple de mero preconcepto con el que únicamente se permitiría una primera aproximación a los delitos especiales, pero insuficiente por sí mismo para alcanzar una delimitación definitiva de tal concepto³⁴⁶.

³⁴⁵ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4ªed., Barcelona 2002, pág. 336. Vid asimismo SSTs 14-05-1998 (RJ Ar. 1998\4424); 14-07-2003 (RJ Ar. 2003\6189); 28-10-2004 (RJ Ar. 2004\7517).

³⁴⁶ En este sentido vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, ob. cit. pág. 26.

Precisamente por este motivo, se propone por parte de la doctrina un *concepto complejo de delito especial* con el que se pretende aportar un mayor grado de concreción conceptual. Todo ello puesto que las definiciones complejas de delito especial no se limitan a describir la restricción en sede de autoría que provocan ciertos elementos en el tipo en los delitos especiales, sino que, por el contrario, añaden al propio concepto o definición la razón por la que esta delimitación del círculo de posibles autores se produce³⁴⁷.

Una de las principales consecuencias que se derivan de la asunción de tal concepto complejo de delito especial es la aceptación de que todos ellos obedecen a un mismo fundamento. Es decir, que a través de una definición compleja únicamente pueden aunarse aquellos delitos que compartan idéntico fundamento. De lo contrario, esto es, en la medida en que existan delitos especiales que obedezcan a fundamentos dispares, forzosamente deberá atenderse a una pluralidad de conceptos. Por este motivo, la asunción de una definición compleja podría desembocar, como contrapartida, en la construcción de tantos conceptos de delito especial como fundamentos que expliquen su configuración³⁴⁸.

³⁴⁷ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 27. A favor de un concepto complejo de delito especial vid. por todos LANGER, *Das Sonderverbrechen*, ob. cit. pág. 456; DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat. Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, Berlín 1994, pág. 4.

³⁴⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 28. Excede ampliamente a la intención de estas líneas analizar exhaustivamente todas las

Analizados sucintamente los diferentes conceptos a través de los cuales se ha dado cabida tradicionalmente a aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría, pasaremos a estudiar cuál es el concepto de delito de infracción de deber. En esta primera aproximación a dichos delitos se pretende, únicamente, ubicar conceptualmente esta modalidad delictiva, así como esclarecer, en la medida de lo posible algunas dudas que, bajo mi punto de vista, obedecen a cuestiones terminológicas.

2.2 Concepto de delito de infracción de deber

Como se ha dicho en repetidas ocasiones, los delitos de infracción de deber parten, en principio, de idéntica premisa que cualquier concepto de delito especial: la posibilidad de ser sujeto activo de dichos delitos

variantes que acerca del delito especial se han mantenido por la doctrina. Simplemente apuntar aquí que el *concepto de delito especial* también puede variar en función de su *dependencia/independencia con respecto a la autoría y la consumación*. Me adhiero totalmente a la postura mantenida por GÓMEZ MARTÍN que considera absolutamente imprescindible, sea cual fuere el concepto de delito especial defendido, vincular dicho concepto de delito especial a la autoría, precisamente porque si algo caracteriza a todos los delitos especiales es que no pueden ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, por lo que sería prácticamente imposible el estudio o catalogación de dichos delitos sin una referencia a la autoría. Además, debe recordarse que no todos los conceptos de autor se manifiestan compatibles con la constelación delictiva que nos ocupa, extremo que impide mantener el concepto de delito especial totalmente al margen de los conceptos de autor sostenidos tradicionalmente por la doctrina.

queda circunscrito a un determinado círculo de personas. Ahora bien, como se verá más detalladamente en lo sucesivo, los delitos de infracción de deber aportan, además, las razones por las cuales se produce dicha delimitación en el círculo de posibles sujetos activos³⁴⁹. Para los partidarios de esta teoría, el *intraneus* se configura como ***aquel sujeto que ostenta un especial deber***, siendo este el criterio que le proporciona exclusivamente a él la posibilidad de ser autor de tales delitos. Por este motivo, los delitos de infracción de deber se caracterizan por basar la autoría del *intraneus* en ***la infracción del deber especial*** por el que el sujeto viene obligado, infracción que ***constituye el fundamento*** de la autoría en esta constelación delictiva.

En suma, aquellos que se adhieren a la teoría de los delitos de infracción de deber, sostienen que el legislador limita el círculo de autores basándose en la existencia de un especial deber que sólo obliga a determinados sujetos y que les confiere, amén de una mayor cercanía con respecto al bien jurídico protegido, una especial relación con el contenido de injusto del hecho.

³⁴⁹ Debe tenerse en cuenta que, dentro de la teoría de los delitos de infracción de deber, existen, como no podría ser de otro modo, diferentes concepciones doctrinales que disienten en relación al ámbito que debe abarcar dicha construcción, así como de otras cuestiones acerca de la caracterización que debe darse al deber como elemento que fundamenta la autoría. En este punto haré referencia únicamente a aquellas cuestiones absolutamente básicas y que constituyen un factor común para todas las teorías y posturas doctrinales que abogan por la teoría de los delitos de infracción de deber.

Definidas de este modo las premisas básicas de los delitos de infracción de deber podría sostenerse, sin muchas dificultades, que constituyen un, si se quiere “peculiar”, concepto complejo de delito especial. Entiendo que la calificación como “concepto complejo” es posible, dado que la definición de delito de infracción de deber no se contenta con la exposición meramente objetiva de la existencia de una restricción en sede de autoría, sino que además ofrece el fundamento por el cual ésta se produce: únicamente el *intraneus* puede ser calificado como sujeto activo de estos delitos puesto que ostenta un especial deber, la infracción del cual fundamenta la calificación de dicho sujeto como autor del delito en cuestión.

Si se entiende la teoría de los delitos de infracción de deber como concepto complejo de delito especial, también debe asumirse que, bajo la denominación de delitos de infracción de deber, podrán englobarse únicamente aquellos tipos en los que el elemento que fundamenta las restricciones en sede autoría obedezca a la existencia de un deber que forzosamente debe infringir en *intraneus* para poder ser calificado como autor. En definitiva, sólo serán susceptibles de inclusión en este ámbito de delitos aquellos tipos cuya restricción en sede de autoría compartan idéntico fundamento.

Por el contrario, quedarán fuera de él aquellos delitos que, aún en el supuesto de no poder ser cometidos por cualquier sujeto, dicha

delimitación del círculo de autores no obedezca a la existencia de un especial deber. Esta es, como se ha visto, una de las consecuencias derivadas de la asunción de un concepto complejo de delito especial: la inclusión en la propia definición del fundamento de la restricción en sede de autoría obliga a incluir, bajo dicho concepto, tipos delictivos idénticos en cuanto a las razones que provocan la delimitación de sus posibles autores.

Por bien que *a priori* la teoría de los delitos de infracción de deber pueda tildarse de concepto complejo de delito especial, bajo mi punto de vista, dicha teoría va más allá de una simple definición de delitos con restricciones en sede de autoría. Esto se manifiesta, en primer lugar en la variación de la nomenclatura utilizada. Los delitos que pueden agruparse por compartir idéntico fundamento en la restricción de su círculo de posibles autores ya no son denominados “delitos especiales” sino “delitos de infracción de deber”. Este calificativo presupone, como ya se ha visto, algo más que la mera evidencia de que sólo un *intraneus* pueda ser considerado autor, albergando, por el contrario, un auténtico criterio delimitador de la autoría.

En segundo lugar, puede comprobarse que la teoría de los delitos de infracción de deber excede a la mera definición conceptual de determinados delitos examinando el ámbito propio de su aplicación. Éste debe estar conformado, lógicamente, por todos aquellos delitos de los

cuales pueda predicarse el mismo fundamento de la autoría, pero, tal y como se verá en lo sucesivo³⁵⁰, no es totalmente coincidente con el propio de los delitos especiales. Tras el análisis de las diferentes opiniones doctrinales acerca de esta clase de delitos se verá como, ni todos los delitos especiales son delitos de infracción de deber, ni todos los delitos de infracción de deber son delitos especiales.

Llegados a este punto en el que se han expuesto sucintamente las características que delimitan el concepto de delito de infracción de deber, es forzoso poner de manifiesto que en la medida en que hablamos de delito de infracción de deber para “clasificar” un determinado tipo delictivo estamos, implícita o explícitamente, aceptando el fundamento de estos delitos. Por tanto, al utilizar la nomenclatura de “delito de infracción de deber” no sólo se hace referencia a que determinado delito cuenta con restricciones en sede de autoría, en la que probablemente el deber cobre un papel protagonista, sino que estamos asumiendo, salvo explicación o aclaración en contra, que el fundamento de la autoría en estos delitos es la mera infracción del deber extrapenal.

A esto debe sumarse que la adscripción a dicha teoría conlleva, a su vez, la asunción de que el resto de delitos que no son susceptibles de inclusión en esta categoría deben ser entendidos, en cualquier caso, como “delitos de dominio”, pues esta constelación delictiva es la contrapartida

³⁵⁰ Vid. *infra* Parte II Capítulo II.

a la que ahora nos ocupa. Con esta explicación simplemente quisiera advertir, que la utilización de la expresión “delito de infracción de deber” conlleva una serie de consecuencias en el ámbito de la autoría y la participación indefectiblemente unidas a dicho concepto, extremo que debe ser tenido en cuenta a la hora de calificar un delito como “delito de infracción de deber”.

Este es el motivo por el que todavía a las alturas de esta investigación no me he pronunciado acerca de la nomenclatura que deba utilizarse para hacer referencia a aquellos delitos con restricciones en sede de autoría y, muy particularmente, para definir los tipos en los que el sujeto activo se reduce al administrador de hecho o de derecho. Entiendo que sólo tras el análisis de las diferentes teorías que explican uno y otro punto de vista procede posicionarse. De este modo, la calificación como delito especial o delito de infracción de deber podrá ser utilizada con propiedad y con total asunción de las consecuencias de ellas derivadas.

3. Conclusiones

Sin perjuicio de que a lo largo de la presente investigación se matice la postura aquí mantenida³⁵¹, a la vista de todo lo anterior, pueden adelantarse, en relación al concepto de delito especial y de delito de infracción de deber, las siguientes conclusiones:

Con la denominación “*delitos especiales*” se hace referencia a una determinada clase de tipo penal. En efecto, de entre las posibles clasificaciones que pueden realizarse de los diferentes tipos penales – según las modalidades de acción (delitos de acción/ omisión; delitos de mera actividad/ resultado etc.), según la relación con el bien jurídico (delitos de lesión/ peligro)- una de ellas es en *atención al sujeto activo*. Según este criterio de clasificación de los tipos penales, cuando la ley no limita el ámbito de posibles sujetos estaremos ante *delitos comunes*, es decir delitos que pueden ser cometidos por “cualquiera”.

Por el contrario, cuando expresa o tácitamente dicho círculo de posibles autores se somete a la concurrencia de determinadas

³⁵¹ Debe tenerse en cuenta que en este punto únicamente se ha observado la teoría de los delitos de infracción de deber desde la perspectiva, a mi juicio, más emblemática cual es la sostenida por ROXIN, cuyas premisas fundamentales pueden extrapolarse al resto de construcciones que defienden el deber como único criterio de determinación de la autoría en algunos delitos. Obviamente la disparidad de construcciones dogmáticas en torno a la infracción del deber que serán analizadas posteriormente pueden modificar ligeramente las conclusiones expuestas en este punto.

condiciones, cualidades o relaciones estaremos ante un *delito especial*. Éstos, a su vez, pueden dividirse entre delitos especiales *proprios* o *impropios*. Los primeros se caracterizan por no existir un delito común paralelo, mientras que los segundos sí guardan, empero, correspondencia con un delito común del que puede ser autor el sujeto no cualificado.

En cambio, con la denominación de “*delito de infracción de deber*” en realidad se alude, no ya a un criterio de clasificación de los diferentes tipos penales en atención al sujeto activo, sino que, dada su peculiar configuración se convierten en un verdadero *criterio delimitador de la autoría*. Cuando se indica que un determinado delito es un delito de infracción de deber, se está asumiendo que el criterio a utilizar para concretar la figura del autor es la infracción del deber especial que obliga al sujeto.

Así las cosas, lo que distingue a los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio –denominación ésta que se refiere a la alternativa clasificatoria en este ámbito de concreción– no es una mera cuestión clasificatoria en atención al sujeto activo, como sucedía en el binomio delito especial/delito común, sino que la diferencia reside en que ambos constituyen criterios de determinación de la autoría absolutamente dispares: infracción del deber para los delitos de infracción de deber y dominio del hecho para los delitos de dominio.

En definitiva, la clasificación de un tipo penal como delito especial o común, o como delito de infracción de deber o delito de dominio, se situaría en planos diferenciados³⁵². La primera alternativa haría referencia a una clasificación en atención al sujeto activo. En cambio, la opción de calificar un tipo penal como delito de infracción de deber o de dominio evidenciaría la necesidad de adoptar un específico criterio de determinación de la autoría para los delitos así catalogados. De este modo, delitos especiales y delitos de infracción de deber podrían tener un nexo común si se aceptara que en algunos delitos especiales el criterio de determinación de la autoría debe ser la infracción de un deber³⁵³.

³⁵² En sentido similar GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona 1999, pág. 42, afirmando que la equiparación de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) a los delitos especiales (*Sonderdelikte*) se debe a una confusión de planos. Mientras la dicotomía “delitos comunes/ delitos especiales” se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía “delitos de dominio/ delitos de infracción de deber” sí recoge una diferenciación material. Bajo mi punto de vista, esta afirmación, refuerza la opinión aquí mantenida, pues esta diferenciación material a la que hace referencia GARCÍA CAVERO, entiendo se manifiesta en el hecho de que dicha dicotomía “delitos de dominio/ delitos de infracción de deber” se refiere al criterio que en el seno de un determinado concepto de autor, debe guiar la delimitación de la autoría y la participación en cada uno de ellos. Se adhiere expresamente a esta línea doctrinal NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la Empresa*, Valencia 2000, págs. 115 ss.

³⁵³ De esta opinión vid. por todos HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Munich 1977, págs. 32 ss., exponiendo que para aquellos delitos en los que la autoría se limita en virtud de “elementos de deber especial” (*Sonderpflichtmerkmale*) los problemas de autoría y participación deben resolverse con arreglo a la teoría de los *Pflichtdelikte*. Vid. HERZBERG, “Die Problematik der “besonderen persönlichen Merkmale” im Strafrecht”, ZStW 1976, págs. 88 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit. págs. 154 ss. También en este sentido vid. la postura de JAKOBS expuesta infra Parte II Capítulo II 2.3.2.

Por el contrario, si en algunos delitos especiales se considerara preferente otro criterio de delimitación de la autoría distinto a la infracción del deber, ambas clasificaciones no convergerían. En estos casos nos hallaríamos ante delitos especiales cuya calificación como delitos de infracción del deber no sería factible³⁵⁴. Ahora bien, también podría darse el caso de delitos de infracción del deber que no puedan ser calificados de delitos especiales, esto es, delitos en los que el criterio delimitador de la autoría deba ser la infracción del deber, pero que no puedan ser precisados como delitos con restricciones en sede de autoría desde la perspectiva de los delitos especiales³⁵⁵.

Las posibles combinaciones expuestas, presuponen la aceptación de la infracción del deber como criterio válido para la determinación de la autoría. Ahora bien, esta presunción, lejos de ser pacífica, ha sido puesta

³⁵⁴ Como se verá infra Parte II Capítulo II 1.4 este sería el caso, atendiendo a la construcción dogmática de los *Pflichtdelikte* elaborada por ROXIN, del delito de alzamiento de bienes. Bajo la perspectiva de los delitos especiales no resulta difícil catalogarlo como delito especial, en cambio, habida cuenta de la inexistencia - siempre según ROXIN- de un deber especial extrapenal que obligue al sujeto, debiera ser calificado como delito de dominio. De este modo, un delito que puede ser tildado sin muchas dificultades como delito especial no sería, por el contrario, un delito de infracción del deber.

³⁵⁵ Este sería el caso, también desde la perspectiva de la construcción dogmática de ROXIN, del delito de injurias. Vid. infra Parte II Capítulo II 1.4.

en tela de juicio por un sector importante de la doctrina³⁵⁶. Por este motivo, se requiere un análisis más profundo acerca de las diferentes posturas adoptadas con respecto al deber especial que obliga al *intraneus* en determinados tipos penales, así como del papel preponderante o no que debe jugar en lo referente a la determinación de la autoría en los mencionados delitos.

En lo sucesivo me ocuparé del análisis de las distintas opiniones doctrinales que abogan por el deber como criterio principal en la determinación de la autoría, estudio que permitirá un posicionamiento sobre la importancia que deba otorgarse al deber especial que obliga a algunos sujetos, así como un esclarecimiento de las cuestiones terminológicas que afectan a este ámbito.

³⁵⁶ Debe tenerse en cuenta la existencia de posturas doctrinales que intentan aunar el criterio del dominio y del deber en algunos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos resta delimitado expresa o tácitamente por el legislador. Para este sector doctrinal, la tajante delimitación de delitos de dominio y delitos de infracción de deber no sería válida asumiendo que en el seno de los delitos con restricciones en sede de autoría pueden tener cabida otros criterios delimitadores de la autoría —o la combinación de más de uno—. Entre otros vid. SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 934 pág. 372, donde habla tanto de delitos especiales como de delitos de infracción de deber.

CAPÍTULO II: LA INFRACCIÓN DE UN DEBER COMO FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA

Valga recordar aquí de nuevo que desde el inicio de este trabajo se ha intentado fijar un concepto de autor y, en el seno de éste, un criterio delimitador de la autoría válido para aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos se reduce, en virtud de una determinación legal expresa o tácita, a personas en las que concurren determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Dicho concepto establecido ya en la primera parte de esta investigación (concepto restrictivo de autor), se pretende sea aplicable, en la medida de lo posible, con vocación de generalidad, esto es, con validez también para aquellos delitos sin restricciones en sede de autoría.

En cuanto a los delitos que efectivamente presentan dichas restricciones en el ámbito de la autoría, ya se adelantó que su estudio puede realizarse desde la perspectiva de los delitos especiales o bien desde la óptica de los delitos de infracción de un deber en la que el deber infringido por el sujeto especialmente obligado (*intraneus*) es el único criterio a tener en cuenta. De este modo, la infracción del deber se convierte en condición necesaria —y suficiente en las construcciones dogmáticas más estrictas— para afirmar la autoría de dicho sujeto, lo que permite confinar el criterio del dominio a la insignificancia.

Diferenciar únicamente dos posturas entre las construcciones dogmáticas que estudian los delitos que nos ocupan es, verdaderamente, reduccionista. Qué duda cabe que –como ocurre en la inmensa mayoría de opiniones doctrinales acerca de categorías dogmáticas- existen posturas intermedias. También en el ámbito que estudiamos en este momento existen dichas elaboraciones “mixtas” que intentan aunar ambas posturas combinando los criterios del dominio y del deber en la determinación de la autoría en delitos cuyo ámbito de autoría resulta restringido.

Los delitos societarios es obvio que presentan, en su gran mayoría, restricciones en sede de autoría. Recuérdese que en su práctica totalidad –al menos en los más significativos- la posibilidad de ser sujeto activo se reduce a aquellos sujetos de los que pueda predicarse la cualidad o condición de administrador de hecho o de derecho. Ante esta particularidad en estos tipos delictivos, algunas son las opiniones que afirman de ellos la cualidad de delitos de infracción de deber³⁵⁷, aludiendo expresamente a la construcción dogmática elaborada por ROXIN.

Bajo mi punto de vista, la necesaria clasificación de los delitos societarios en cuanto a las condiciones exigidas por éstos en el ámbito de la autoría, ha reavivado la discusión doctrinal acerca de esta construcción

³⁵⁷ Acerca de los autores que así se manifiestan vid. *infra* Parte III Capítulo I.

dogmática. En estos intentos de clasificación, se ha retomado de nuevo la siempre problemática cuestión del “deber” al que viene obligado un sujeto dotado de estas características. Sin embargo, en mi opinión, la alusión a dicho deber, así como su aplicación en estos delitos – principalmente en el delito de administración fraudulenta- deviene, en muchos casos, incoherente, habida cuenta del concepto, íntimamente ligado al criterio del dominio, que con posterioridad se mantiene del administrador de hecho³⁵⁸.

Dado que la categoría de los delitos de infracción de deber es una de las más citadas en el estudio de aquellos delitos cuyo sujeto activo se circunscribe al administrador de hecho o de derecho, entiendo que deviene inexcusable el estudio del alcance y significación de dicha construcción dogmática. Únicamente tras este análisis se estará en condiciones de afirmar si es idónea o no para el tratamiento de estos tipos delictivos, habida cuenta de las consecuencias derivadas de su aplicación a los mismos. Por esta razón, se abordará en lo sucesivo el examen de los delitos de infracción de un deber, analizando las posturas doctrinales más emblemáticas y en las que la idea del deber jurídico especial se presenta como un criterio con entidad propia y autónomo de otros criterios para la determinación de la autoría en los delitos con restricciones en sede de autoría.

³⁵⁸ Sobre el concepto de administrador de hecho vid. Parte III Capítulo III.

1. La construcción dogmática de ROXIN: *Die Pflichtdelikte*

1.1 El autor como figura central en los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y en los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*)

La formulación de la teoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) fue elaborada y desarrollada por primera vez por ROXIN, en su conocida monografía *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho), monografía que, sin duda, constituye un referente ineludible en cualquier estudio sobre autoría que se precie. En ese trabajo ROXIN, con la intención de formular un principio orientador para determinar un concepto de autor válido, parte de la idea básica de que el autor, es la **figura central** del acontecer en forma de acción³⁵⁹. Con esta

³⁵⁹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 44. En idéntico sentido se manifiesta en *el mismo*, “Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht”, en *JZ*, 1966 pág. 293. Afirma que la caracterización del autor como “figura central” del suceso es un concepto de autor común en toda Europa BOTTKE, “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, LH Roxin, Barcelona 1995 (trad. CORCOY BIDASOLO), pág. 312. También en este sentido aludiendo a la figura central OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, ob. cit. 21/7 pág. 290, donde afirma que el sujeto que ostenta esta posición tiene una responsabilidad primaria en la lesión del bien jurídico mientras que el partícipe adopta una posición secundaria en cuanto a dicha lesión o puesta en peligro. Vid. también sobre el concepto de figura central en la concepción

afirmación aporta un criterio formal que –según este autor- no pretende describir el contenido de la autoría, sino servir simplemente como *punto de partida metodológico*³⁶⁰.

Tal caracterización del autor como figura central, coincide –en opinión de ROXIN- con la valoración y delimitación que realiza el propio legislador, pues éste concibe al ejecutor (autor) como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo, relegando a un segundo plano a los partícipes que quedan agrupados en torno al autor³⁶¹. Ello puede deducirse –según ROXIN- simplemente con la lectura de los preceptos que recogen tanto las figuras de autoría como de participación. De este modo, el legislador describe al autor por medio del concepto “ejecutar” (§ 47 StGB), al inductor mediante el “determinar al hecho” (§ 48 StGB) y a la complicidad mediante el “auxiliar” (§49 StGB). Por eso –abunda ROXIN- si cabe hablar de una esencia de la participación, es que ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor³⁶².

de ROXIN, WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten*, Gießen 2004, págs. 93 ss.

³⁶⁰ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 45.

³⁶¹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 45.

³⁶² Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 45.

Este punto de partida, cual es la posición central que adopta la figura del autor y la concepción de la participación como “accesoria o secundaria” respecto al protagonismo del autor, permite a ROXIN argumentar el *rechazo de distintas teorías* que tradicionalmente se han elaborado sobre el *concepto de autor*. Así las cosas, este autor desestimaré de pleno tanto el concepto unitario de autor³⁶³ como el concepto extensivo³⁶⁴, decantándose claramente por un concepto restrictivo de autor. No obstante ello, surgen algunas dudas acerca del efectivo mantenimiento de un concepto restrictivo de autor en la formulación dogmática de los *Pflichtdelikte* (delitos de infracción de deber).

En efecto, algún autor³⁶⁵ apunta que, dada la caracterización realizada por ROXIN del autor en los delitos que pueden catalogarse como de infracción de deber, existen ciertas dudas acerca de que el

³⁶³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 48. En cuanto a los argumentos esgrimidos por ROXIN en este rechazo al concepto unitario de autor vid. lo expuesto supra Parte I Capítulo I 1.

³⁶⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 47 - 49. Vid. asimismo las críticas de ROXIN al concepto extensivo de autor ya expuestas supra Parte I Capítulo I 3.

³⁶⁵ Vid. por todos BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. pág. 78. La autora afirma que parece adoptarse un concepto unitario de autor por parte de ROXIN en los delitos de infracción de deber, aunque sólo sea en el marco de los posibles sujetos activos, esto es, los sujetos especialmente obligados. Otros autores afirman que la construcción de ROXIN lleva a la aceptación de un concepto extensivo de autor. Vid. por todos, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 113.

concepto defendido también en esta formulación sea un concepto restrictivo, asemejándose más el concepto utilizado en los *Pflichtdelikte* al concepto unitario. Esta afirmación encuentra su fundamento en la premisa básica de que parte la formulación de los delitos de infracción de deber. En ella —como se verá en lo sucesivo— sólo pueden ser considerados autores de esta constelación delictiva aquellos sujetos que ostentando un especial deber extrapenal, lo infrinjan, deviniendo irrelevante la distinción entre autoría y participación entre los sujetos especialmente obligados.

Por el contrario, todo sujeto no obligado por el deber extrapenal en modo alguno puede llegar a ser considerado autor de un delito de estas características. Esta imposibilidad de erigirse en autor del sujeto no especialmente obligado (*extraneus*) se afirma incluso en supuestos en los que su aportación al hecho pueda ser considerada cuantitativa y cualitativamente relevante, todo ello por el mero hecho de carecer éste de la cualidad específica exigida típicamente para ser autor. Pues bien, a pesar de que esta caracterización de la figura del autor en los delitos de infracción de deber pueda asemejarse al concepto unitario de autor, bajo mi punto de vista, esta aparente similitud debe ser matizada.

Si bien ROXIN delimita el círculo de posibles autores, en esta clase de delitos, a aquellos sujetos en los que recae un especial deber extrapenal de obligado cumplimiento, y dentro de este círculo carece de

importancia la aportación del sujeto al hecho, no es menos cierto que este autor no renuncia en absoluto a la categoría de la participación en los delitos de infracción de deber. Precisamente, bajo la óptica de esta formulación, será considerado partícipe todo sujeto que, habiendo intervenido en el hecho, no reúna la cualidad específica, esto es, un especial deber extrapenal. Todo ello obliga a diferenciar forzosamente entre autores y partícipes, siendo los primeros los especialmente obligados (*intranei*) y los segundos aquellos que carecen de dicha obligación (*extranei*).

Así las cosas, existiendo la posibilidad de distinción entre autoría y participación en los delitos de infracción de deber entiendo que no puede hablarse de un concepto unitario de autor, propiamente dicho, en esta clase de delitos. Recuérdese en este punto, la principal consecuencia de la aceptación de un sistema no diferenciado como es el concepto unitario, cual es la imposibilidad absoluta de diferenciación entre autoría y participación. Siendo ello así, no podría hablarse de la adopción de un concepto unitario en la formulación de los *Pflichtdelikte*, pues a esta diferenciación entre las categoría de autoría y participación no se renuncia, tal y como hemos visto, en absoluto.

El concepto de “figura central”, ciertamente no aporta mucha información por sí mismo³⁶⁶, extremo que reconoce abiertamente el propio ROXIN al expresar que debe dotarse de contenido con arreglo a diferentes criterios tomando en consideración las particularidades de cada uno de los tipos³⁶⁷. Efectivamente este es el proceso seguido en la concreción del concepto de “figura central”. De este modo, ROXIN diferencia dos grandes clases de delitos. En primer lugar, aquellos en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible³⁶⁸. En éstos será autor —ocupando por tanto el lugar central en el devenir de la acción— quien *domine el hecho* descrito en el tipo. Son los denominados *Herrschaftsdelikte* (delitos de dominio)³⁶⁹.

³⁶⁶ Con respecto a la escasez de contenido jurídico del concepto de “figura central” vid. las críticas expuestas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, ob. cit. págs. 589 y 590, afirmando que ROXIN extrae consecuencias muy concretas directamente de la idea de la figura central con el único contenido prejurídico.

³⁶⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 45; EL MISMO, *LK*, § 25, ob. cit. pág. 25, marginal 36; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/10 ss. pág. 9 ss.; 25/274 pág. 108.

³⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1998, pág. 22. En cuanto a la obra de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES debe advertirse al lector que se citará tanto la versión alemana como la española (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona 2002) puesto que ésta última añade aspectos no tratados en la versión alemana, así como matiza alguna de las posturas mantenidas en su primera versión.

³⁶⁹ En cuanto a la configuración de estos delitos y la descripción del criterio del dominio del hecho vid. lo ya expuesto supra Parte I Capítulo I 3.1.

Sin embargo, ROXIN afirma que el criterio del dominio no es un “principio universal” para determinar la figura central del suceso³⁷⁰. En efecto, en aquellos delitos en los que el propio legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos diferentes al mero “quien” – expresión que según ROXIN significa el que domina el hecho- el mencionado criterio del dominio no resultaría operativo. Estos delitos son los denominados *Pflichtdelikte* (delitos de infracción de deber). En ellos, el criterio decisivo en la determinación de la autoría –tal y como se ha apuntado en repetidas ocasiones- es la *lesión de un deber específico extrapenal*, resultando irrelevante la concurrencia o no de dominio en el sujeto especialmente obligado³⁷¹.

Como puede observarse, el concepto de figura central es dotado de contenido a través de *criterios* absolutamente *dispar*es y a la vez *autónomos* en función de la constelación delictiva que se trate³⁷². Así, en los delitos de dominio el único criterio que debe ser aplicado es el del dominio, mientras que en los de infracción de deber será, con total

³⁷⁰ Vid. ROXIN, *LK*, § 25, ob. cit. pág. 25, marginal 36; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. pág. 23.

³⁷¹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 387 ss; EL MISMO, *LK*, § 25, ob. cit. pág. 26, marginal 37; EL MISMO, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, (trad. MUÑOZ CONDE), Barcelona 1972, pág. 49.

³⁷² En este sentido vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

exclusividad también, el de la infracción del deber extrapenal. ROXIN justifica esta clasificación bifronte de delitos en una diferenciación que establece la propia ley. Afirma este autor que es el propio legislador el que opta, en determinados tipos penales, por una descripción del sujeto activo diferente a la del mero quien y que a esta evidencia debe, necesariamente, dársele relevancia.

La decisión de configurar un tipo como delito de dominio o de infracción de deber responde, según ROXIN, a criterios valorativos o teleológicos del propio legislador. En su opinión, el que éste proceda de un modo u otro dependerá de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico³⁷³. Si el merecimiento de pena del delito está influido esencialmente por dicha lesión, entonces contemplará, sin consideración al curso de la acción (dominio), al sujeto especialmente obligado en el centro del acontecer. En cambio, si ello no es así, preferirá la estructura del dominio y, por tanto, hará hincapié en el dominio del comportamiento externo³⁷⁴.

³⁷³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 418.

³⁷⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 418. Incluso afirma este autor que dada la asignación de la ley al ejecutor de elementos especiales distintos al dominio, el concepto de la figura central necesariamente debe dotarse de contenido mediante otros criterios (infracción de deber) y, por tanto, debe entrañar errores y falseamientos conceptuales que se trate de hacer encajar por la fuerza a estos delitos en el concepto de dominio del hecho. De esto modo, ROXIN parece aseverar rotundamente la imposibilidad de compaginar ambos criterios.

En suma, la opinión de ROXIN puede resumirse del siguiente modo: Los conceptos de dominio del hecho y de infracción de deber existen como realidades previas ya conformadas. Por otra parte, el legislador toma en consideración la influencia de la posición de deber en la lesión de los bienes jurídicos. En caso de que tal influencia se considere esencial, se opta por formular el tipo como un delito de infracción de deber. Por tanto, la existencia o no de un delito de estas características se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la Parte Especial³⁷⁵.

Pues bien, la clasificación realizada por el propio legislador de algunos tipos como delitos de infracción de deber y deducida sin dificultad de la propia formulación del tipo, puede ilustrarse, a juicio de ROXIN, con algunos ejemplos. Así, pertenecen indudablemente al ámbito de los delitos de infracción de deber, los delitos de funcionarios propios e impropios, los delitos de profesionales, el abuso de confianza o administración desleal (§ 266 StGB)³⁷⁶, los incumplimientos de determinadas obligaciones familiares o análogas (§ 170, 170 a-d, 171,

³⁷⁵ De este modo resume la posición de ROXIN, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona 2002, pág. 34 (Versión traducida de su obra ya citada *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín, 1998). Vid. también ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/286 pág. 106.

³⁷⁶ Vid. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/271 pág. 107.

172), los incumplimientos de tareas de asistencia y guarda (por ejemplo, § 174, 175 a, núm. 2, 181, párrafo 1, núm. 2, párrafo 2, 2ª. alternativa, párrafo 2 y 223 b StGB), y el § 142 StGB (alejamiento indebido del lugar del accidente)³⁷⁷.

En estos delitos acabados de citar, la “figura central del acontecer en forma de acción” únicamente puede estar representada por el sujeto especialmente obligado por un deber extrapenal (*intraneus*), que podrá ser calificado como autor de dichos tipos penales toda vez que infrinja el deber por el que viene obligado. En cambio, para el resto de delitos en los que la autoría no resta limitada a sujetos especialmente obligados, el criterio para determinar quien es “figura central del acontecer en forma de acción” se limitará al dominio de hecho. Esta afirmación pone terminantemente de manifiesto la absoluta **divergencia** entre los criterios determinantes de la autoría en ambas clases de delitos.

³⁷⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 419. Sin embargo, reconoce este autor que mientras que en estos casos la virtualidad fundamentada de la autoría del elemento del deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo, a veces es necesario un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría no evidente desde el tenor literal. Esto es lo que ocurriría por ejemplo en el delito de alzamiento de bienes previsto en el § 288 StGB (“aquel que se alzare con elementos patrimoniales ante un embargo que le sea inminente”). Como ya se adelantó más arriba, precisamente el ejemplo del delito de **alzamiento de bienes** viene a demostrar la existencia de delitos con restricciones en sede de autoría impuestas tácitamente por el legislador, es decir, que el **círculo de posibles sujetos activos** no queda delimitado expresamente, sino que su circunscripción viene dada por la propia **conducta**. Sobre este tema se hará referencia infra Parte II Capítulo II 1.4.

A mi juicio, si bien el concepto de figura central parece dotar de unidad sistemática a la autoría, aunando así tanto delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) como delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), tal aparente unidad debe ser puesta en tela de juicio. Considero que una de las principales críticas que puede dirigirse contra la caracterización de la autoría como “figura central del suceso en forma de acción”, en la medida en que dicho concepto es delimitado a través de dos criterios tan dispares como son el dominio del hecho y la infracción de deber, es la de conllevar inexorablemente a la apreciación de dos conceptos de autor, o mejor, dos criterios delimitadores de la autoría (teorías de la autoría), *totalmente diferentes*.

De esta posible crítica es consciente el propio ROXIN que, sin embargo, insiste en el mantenimiento, a través del nexo común del autor como figura central, de un único concepto de autor en ambas constelaciones delictivas³⁷⁸, preservando así, la tan ansiada unidad sistemática. Entiende este autor que al separar dominio y deber no se inserta en la ley una distinción doctrinaria, sino que, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural situada en los tipos concretos, de la que derivan consecuencias divergentes subsumidas bajo un

³⁷⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 431.

supraconcepto común³⁷⁹. Ahonda ROXIN en esta cuestión afirmando, además, que la *infracción del deber* sólo aporta un criterio de la autoría, no el *fundamento* de la *punición* que también en los delitos de infracción de deber consiste en una *lesión del bien jurídico*³⁸⁰.

Si bien con estas afirmaciones ROXIN pretende insistir en la validez del criterio de la “figura central” como concepto o nexo común de la autoría en cualquier clase de delito, en mi opinión, no puede afirmarse, repito, que ROXIN mantenga un único concepto de autor concretado en la idea del autor como “figura central”. La vaguedad de dicho concepto por la ausencia de elementos que lo configuren es tal, que los criterios utilizados para concretar la autoría en los diferentes tipos delictivos no completan, sino que *caracterizan absolutamente* el concepto de autor que se entiende conveniente para cada clase de delito.

Estos criterios, cuales son, a juicio de ROXIN, el dominio del hecho y la infracción de deber, devienen realmente los elementos indispensables en la caracterización de la autoría, pues de ellos dependerá el poder conocer quién es dicha figura principal. Dicho de otro modo; que el autor deba ser el “personaje central” o el “protagonista” del hecho delictivo debe ser contemplado como una premisa o punto de partida

³⁷⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 431.

³⁸⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed., ob. cit. pág. 703.

necesitado forzosamente de concreción³⁸¹. Sin embargo, este punto de partida no puede ser entendido como nexo común en la determinación de la autoría, pues lo que realmente caracteriza dicha categoría son los criterios que dotan de contenido el concepto de “figura central”. Siendo estos criterios absolutamente divergentes también lo son, por tanto, los conceptos de autor mantenidos en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber.

Sentado lo anterior, aún queda por dilucidar qué conceptos de autor subyacen a cada una de las constelaciones delictivas en las que ROXIN divide los diferentes tipos contenidos en la Parte Especial. Entiendo que para los denominados delitos de dominio, dado que el criterio delimitador de la autoría es precisamente el dominio del hecho –en su extensa construcción ya expuesta- puede afirmarse la adopción de un concepto de autor restrictivo. En esta clase de delitos, por tanto, la diferenciación entre la autoría y la participación cobrará especial importancia, pues es precisamente esta posibilidad de distinción entre ambas figuras, una de las principales características que define a dicho concepto restrictivo. De este modo, la delimitación de la autoría en sentido estricto se realizará

³⁸¹ De esta opinión GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX, afirma que los conceptos de autor como sujeto que domina el hecho delictivo, por una parte, o como sujeto que infringe el deber jurídico especial que recae sobre él, por otra, dependiendo de si se trata de un delito de dominio o de infracción de deber, no son reconducibles a un supraconcepto de autor como “personaje central” del hecho delictivo ya que conduce a una *petición de principio* (resaltado añadido).

con arreglo al criterio de quién ostenta el dominio, relegando al resto de intervinientes carentes de dicha cualidad a la calificación de partícipes.

Por otra parte, para aquellos tipos configurados como delitos de infracción de deber, habida cuenta de la escasa importancia de la forma externa de intervención –basta cualquier “causar” de la índole que sea– cabe advertir, tal y como el propio ROXIN reconoce, una concordancia con el concepto extensivo de autor³⁸². No obstante ello, debe tenerse en cuenta que, el concepto extensivo de autor, tal y como ya se ha indicado –al menos en la versión extensivo-subjetiva– la diferenciación entre autoría y participación viene dada por el diferente *animus* de los sujetos intervinientes. Así las cosas, la intervención realizada con *animus auctoris* o *animus socii* caracteriza al autor y al partícipe respectivamente³⁸³.

Cabe recordar aquí, que dichos criterios caracterizadores de la autoría y la participación ya se apuntaron como inidóneos también en lo referente a la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber. El motivo alegado principalmente se basaba en una inobservancia por parte de la versión extensivo-subjetiva del principal criterio que fundamenta la autoría en esta clase de delitos, cual es, la infracción del especial deber extrapenal que ostenta el *intraneus*; sujeto que, por otra

³⁸² Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 414.

³⁸³ Vid. lo expuesto supra Parte I Capítulo I 3.

parte, es el único que puede ser calificado como autor en esta constelación delictiva con total independencia del *animus* que guíe su intervención en el hecho punible³⁸⁴.

Por todo ello entiendo que, a pesar de la peculiar caracterización de la autoría en los delitos de infracción de deber llevada a cabo por ROXIN, no puede afirmarse en ellos la adopción de un concepto extensivo de autor. Por el contrario, en mi opinión, ambas concepciones de la autoría —esto es, la elaborada para los delitos de dominio y para los delitos de infracción de deber— pueden ser enmarcadas dentro de una misma concepción restrictiva de la autoría. Ahora bien, dicha posibilidad de incluir ambos criterios en el seno de un mismo concepto de autor, no obsta para seguir afirmando la evidente divergencia de los criterios utilizados en cada una de las diferentes categorías dogmáticas en las que ROXIN divide los tipos de la Parte Especial, extremo que impide afirmar la utilización de un solo concepto de autor o, mejor dicho, una única teoría sobre la autoría.

Lo anterior puede fundamentarse, entiendo, con arreglo a dos argumentos. En primer lugar, el concepto de “figura central” presenta tal carencia de contenido que se manifiesta incapaz de constituir una especie de supraconcepto aglutinador de criterios tan diferentes como son el

³⁸⁴ Vid. lo expuesto supra Parte I Capítulo I 4.2.

dominio y la infracción del deber. Tanto más si se tiene en cuenta que ROXIN rechaza de pleno la posibilidad de entenderlos como complementarios o de posible aplicación conjunta. En segundo lugar porque, bajo mi punto de vista, los conceptos de autor estudiados hasta el momento, en realidad son lo suficientemente amplios –incluido el concepto restrictivo de autor– para, en el marco de cada uno de ellos, elaborar criterios que, de facto, conlleven a la apreciación de conceptos de autor diferentes. Este es el caso, entiendo, de ROXIN³⁸⁵.

Así las cosas, podría afirmarse que dicho autor mantiene, efectivamente, conceptos o criterios delimitadores de la autoría absolutamente dispares, aunque ambos puedan incluirse en el marco de un concepto restrictivo de autor. Qué duda cabe que en los delitos de dominio, dada la caracterización que de este criterio mantiene ROXIN, dicho concepto de autor deviene más restringido, o “restrictivo” si se quiere. Por el contrario, se manifiesta mucho más laxo y amplio el mantenido en los delitos de infracción de deber, tanto que probablemente bordee los límites de un verdadero concepto restrictivo de autor.

³⁸⁵ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 414. El autor afirma que la afinidad entre el criterio fundamentador de la autoría en los delitos de infracción de deber y el concepto extensivo de autor no alcanza mucho más allá de lo aparente. Abunda ROXIN en esta cuestión cuando sostiene que no están muy alejados el autor de los delitos de dominio y el de los de infracción de deber, pues tanto en uno como en otro caso son elementos personales, naturalmente de distinta índole, los que forman el eje de la delimitación. Acerca de la similitud con respecto a un concepto extensivo de autor vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat*, ob. cit. págs. 20 - 22.

En suma, puede decirse que los criterios utilizados en la delimitación de la figura del autor tanto en los delitos de dominio (dominio del hecho) como en los delitos de infracción de deber (infracción de un deber extrapenal) pueden concebirse, no sin dificultad, insertos en el marco de una concepción restrictiva de la autoría. Ahora bien, a pesar de ello, las palpables diferencias existentes entre dichos criterios “obligan” a ROXIN –aunque de manera tácita- a adoptar dos conceptos de autor (criterios delimitadores de la autoría) absolutamente divergentes que no pueden encontrar un nexo común en el supraconcepto de “figura central”.

En este trabajo, dada la perspectiva que se ha adoptado desde el inicio, se rechaza la adopción de diferentes teorías delimitadoras de la autoría –a pesar de que puedan entenderse incluidas en el amplio margen de un mismo concepto de autor- dependiendo de la constelación delictiva que se analice. Por el contrario, se persigue la ardua finalidad de encontrar un criterio válido para cualquier clase de delito; criterio que obviamente debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a las características propias de los diferentes tipos delictivos, especialmente en aquellos cuyo sujeto activo resta expresa o tácitamente delimitado. Ahora bien, cabe destacar que dicha flexibilidad no puede llegar hasta tal extremo que vacíe absolutamente de contenido el concepto bajo el cual se

encuentran los diferentes criterios materiales determinantes de la autoría, como entiendo sucede en el caso de la tan aludida “figura central”.

1.2 El deber como criterio decisivo en la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*)

En los delitos de infracción de deber, tal y como son concebidos originariamente por ROXIN, el criterio delimitador de la autoría consiste, como se ha dicho en repetidas ocasiones, en un especial deber por el que viene obligado el sujeto (*intraneus*), cuya infracción es necesaria para la realización del tipo³⁸⁶. Ahora bien, dicho deber, no se extiende, tal y

³⁸⁶ A favor de la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber en Alemania vid. entre otros BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín 1985, págs. 230 - 238, aunque distinguiendo entre delitos de infracción de deber “puros” y “mixtos”, en los que debe tenerse en cuenta también el criterio del dominio; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme* ob. cit. págs. 32 ss. Este autor entiende que en el seno de los delitos especiales algunos de ellos deben atenerse a la teoría de los *Pflichtdelikte*. JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Madrid-Barcelona 1995, págs. 791 ss. además de en otros trabajos en los que se manifiesta en idéntico sentido y que serán analizados posteriormente; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, págs. 146 ss., sin embargo, debe destacarse que, si bien este autor se muestra muy próximo a dicha construcción dogmática en esta obra, la evolución en trabajos posteriores lo distancian progresivamente de la teoría de los delitos de infracción de deber; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Berlín 1992, *passim*; WAGNER, *Amtsverbrechen*, Berlín 1975, págs. 74 ss. este autor afirma que dicha teoría puede constituir un punto de partida correcto. Asimismo, en España también puede destacarse algún autor claramente a favor de los delitos de infracción de deber vid. por todos CORTÉS ROSA, “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, *ZStW* (90) 1978, págs. 425 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed.

como indica ROXIN, a todos los implicados en el delito sino que recae únicamente sobre determinados sujetos posicionándolos, por ello, en una situación de especial relevancia con respecto a los demás intervinientes no obligados.

De este modo, la diferenciación entre *intraneus* y *extraneus* vendrá determinada por el hecho de quedar obligado el primero por dicho deber y carecer el segundo de la mencionada obligación. Por otra parte, en opinión de ROXIN, este deber que recae sobre el *intraneus*, se caracteriza por estar antepuesto en el plano lógico a la norma y, por lo general, se origina en otras ramas del ordenamiento jurídico. Esto significa, por tanto, que el deber que actúa como criterio delimitador de

Madrid 1994, pág. 361; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. *passim*; ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.), *Parte General*, ob. cit. págs. 724 y 725. En cuanto a los autores que presuponen la existencia de esta clase de delitos y la toman como base para estudios de tipos delictivos en concreto vid. entre otros BACIGALUPO SAGGESE, “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, RDPC (nº extraordinario 1º) 2000, págs. 362 y 363; con algunas matizaciones también RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador y los nuevos delitos societarios*, Madrid 1997, págs. 113, 147 y 148; WESSELS/ BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 13/522 pág. 185 haciendo expresa referencia al delito de *Untreue* (§ 266 StGB); HÄCKER, en *Wirtschafts-Strafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraft-und-Ordnungswidrigkeitenrechts* (MÜLLER-GUGENBER/ BIENECK dir.), 3ª ed. Münster- Köln 2000, 19/3a pág. 333; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000, págs. 11 y 18 ss.

la autoría en esta constelación delictiva es un deber, en todo caso, *extrapenal*³⁸⁷, afirmación ésta, por cierto, no exenta de críticas.

Las más significativas las recoge GÓMEZ MARTÍN, con el que se comparte su postura en este aspecto. Entiende este autor que la primera objeción que puede realizarse a la naturaleza extrapenal del deber especial es que presentaría al tipo penal como una ley dependiente e incluso accesoria, del Derecho extrapenal, esto es, del ordenamiento jurídico civil o jurídico mercantil. Por otra parte –indica GÓMEZ MARTÍN– debe asimismo tenerse en cuenta que, si bien la existencia de dicho deber extrapenal puede estar presente en algunos delitos –lo que implicaría una relación de dependencia entre el ordenamiento jurídico penal y el extrapenal en lo referente a estos tipos– en otros muchos, cuyo círculo de posibles sujetos activos resta también delimitado, brillaría por su ausencia³⁸⁸.

³⁸⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 387. Sin embargo debe ponerse de manifiesto que en ya la “Parte final de 1994” contenida en *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed. ob. cit. págs. 588 ss, en concreto pág. 704, reconoce ROXIN albergar dudas acerca de que los deberes especiales fundadores de la punibilidad, tal y como estimó originariamente, sean todos de índole extrapenal. Acerca de la naturaleza extrapenal del deber vid. las críticas de DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat*, ob. cit. págs. 28 - 30.

³⁸⁸ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX, resume así las críticas esgrimidas en relación a la naturaleza extrapenal del deber expuestas con anterioridad por autores como SCHÜNEMANN Y DEICHMANN.

Otra posible crítica que cabe dirigir a la infracción de un deber extrapenal como criterio delimitador de la autoría en los *Pflichtdelikte* es que negaría la característica que distingue a los delitos con restricciones en sede de autoría –“delitos especiales” desde la perspectiva de GÓMEZ MARTÍN- del resto de delitos. Un importante sector doctrinal, mantiene que éstos últimos se caracterizan por su *especial contenido de injusto*. Si como indica ROXIN, la esencia de los *Pflichtdelikte* reside en la infracción por parte del autor de un deber que está fuera del ámbito jurídico penal, no podría decirse que el contenido de injusto de los delitos con restricciones en sede de autoría es especial con respecto al de aquellos delitos que no presentan dichas limitaciones³⁸⁹.

Antes al contrario, desde el punto de vista del injusto penal, las conductas del *extraneus* y del *intraneus* serían idénticas. En efecto, de ser así, ambos sujetos infringirían un deber penal común subyacente a cualquier clase de delito y, sólo desde un punto de vista extrapenal tendrían distinto contenido de injusto, al infringir la conducta del sujeto cualificado un deber de naturaleza extrapenal que no infringe, en cambio, el sujeto no cualificado³⁹⁰. De este modo, la caracterización del especial

³⁸⁹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

³⁹⁰ Vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

injusto atribuible a esta clase de delitos quedaría en manos del ordenamiento jurídico civil o mercantil en su caso.

Estas objeciones aquí expuestas fundamentan, sobradamente, una postura contraria a la caracterización extrapenal del deber, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico penal devendría una mera ley accesoria al resto de ordenamientos en los que tiene su origen el deber que obliga al sujeto. Continuemos, pese a ello, con el análisis de la construcción dogmática que nos ocupa en el que tendremos ocasión de posicionarnos acerca de la naturaleza que debe atribuirse a dicho deber que cualifica al sujeto.

Mantiene ROXIN, que la infracción de este deber extrapenal por parte del sujeto que lo ostenta da lugar a la calificación como autor del delito de infracción de deber, con total independencia de que el mismo domine o no el hecho³⁹¹. Así se manifiesta cuando afirma que un

³⁹¹ En contra de la sustitución total de los criterios del dominio del hecho por los de titularidad del deber tanto en España como en Alemania vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 298, donde afirma que Roxin va demasiado lejos contrariando incluso el principio de legalidad; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, ob. cit. pág. 227 y *passim*; SCHÜNEMANN, "Die Bedeutung der "Besonderen persönliche Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer und Vertreterhaftung" (1. Teil), en *Jura* 1980, págs. 574 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit. pág. 155, atribuye una relevancia diferente al criterio de la infracción del deber dependiendo de la clase de delito ante la que nos encontremos. Así afirma que "en los delitos especiales propios es suficiente que el sujeto activo infrinja su deber específico para que sea considerado autor, aunque no domine la realización del hecho. Por el contrario, en los delitos especiales improprios el autor tiene que infringir su deber específico y además dominar la realización del hecho. Si no la domina, aunque infrinja su deber, sólo puede ser partícipe"; GRACIA

funcionario –para cometer un delito de funcionario, se entiende- no necesita tener dominio del hecho, puesto que en esta clase de delitos la ley ha asignado al ejecutor elementos especiales, resultando el concepto de la figura central dotado de contenido mediante otros criterios³⁹². Pues bien, esta delimitación del autor no sólo puede predicarse en estos tipos delictivos³⁹³, sino también de otros que, dado el objeto de este trabajo, resultan especialmente próximos.

En efecto, ROXIN hace referencia al delito de administración desleal o infidelidad patrimonial (*Untreue*) contenido en el § 266 StGB, delito que podríamos entender como paralelo al delito de administración fraudulenta del art. 295 CP y, en parte, con el tipo de administración desleal contenido en el art. 252 CP, habida cuenta de la inclusión del

MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 335 y 349 ss.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, ob. cit. págs. 230 ss., diferencia entre delitos de infracción de deber “puros” y delitos de infracción de deber “mixtos”; PIZARRO BELEZA, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* LH Roxin, Barcelona 1995 (trad. FELIP I SABORIT), pág. 338, afirmando que esta total sustitución no resulta adecuada a las necesidades de interpretación y aplicación de las normas legales que describen delitos especiales propios.

³⁹² Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 370.

³⁹³ Especialmente gráficos resultan los ejemplos propuestos por ROXIN de los delitos de torturas cometidas por autoridad o funcionario público, previstos en el § 343 StGB y el delito de lesiones de autoridad o funcionario público del § 340 StGB. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 385 y 386. Vid. asimismo la excelente exposición y postura crítica acerca de estos ejemplos de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

“activo patrimonial” como objeto material sobre el que puede recaer la acción típica³⁹⁴. A juicio de ROXIN, únicamente puede ser autor de este delito (*Untreue*) aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno. Por el contrario, insiste, quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe³⁹⁵.

Trasladada dicha afirmación al caso concreto, resultaría, en palabras de ROXIN, del siguiente modo: el caso de un administrador único que, por ejemplo, desde América le pide a un *extraneus* (sujeto no obligado especialmente) que haga desaparecer el dinero. Siguiendo su teoría de los delitos de infracción de deber, debería responder como autor mediato el *intraneus*, esto es el administrador, puesto que es este sujeto y no otro el que vulnera la obligación de administrar lealmente un patrimonio ajeno. Por el contrario, resultaría meramente calificado de partícipe aquel sujeto no obligado (*extraneus*) que ejecuta materialmente la conducta típica, a pesar de que en sus manos resida el dominio, incluso “naturalístico”, del

³⁹⁴ Acerca de la posible diferenciación de dos tipos delictivos en el art. 252 CP, esto es, el delito de apropiación indebida *strictu sensu* y el delito de administración desleal, por razón de objeto material ya me pronuncié en otro lugar, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA, “Aproximación al delito de administración fraudulenta”, ob. cit. págs. 112 a 114; QUERALT JIMÉNEZ, “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en CDJ *Derecho Penal económico* (II) 2003, págs. 61 y 62.

³⁹⁵ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 387; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/271 pág. 107.

hecho. Estamos, como es obvio, ante un supuesto de utilización de instrumento doloso no cualificado.

Sobre la aceptación de esta figura ya me he pronunciado positivamente con anterioridad³⁹⁶. En efecto, la solución a este supuesto concreto, en los estrictos términos en los que se ha planteado³⁹⁷, puede ser compartida con ROXIN tomando como base la pertenencia del hecho como criterio delimitador de la autoría. El paralelismo con el ejemplo tantas veces citado del funcionario que hace destruir a su secretaria los papeles cuya custodia tiene encomendada es más que evidente. Por este motivo, los argumentos a favor de la autoría del *intraneus* (funcionario), allí esgrimidos, pueden reproducirse aquí de nuevo.

En la variante expuesta en el ejemplo del administrador puede, nuevamente, decirse que sólo de este sujeto puede predicarse la

³⁹⁶ Vid. supra Parte I Capítulo II 3.2.2 y Capítulo III.

³⁹⁷ Sobre este ejemplo cabría plantearse si efectivamente se trata, con arreglo al Derecho español de un delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), así como la cuestión de la posible calificación como administrador de hecho de la persona a la que en este ejemplo se denomina *extraneus*, convirtiéndolo, por tanto, en sujeto especialmente cualificado (administrador de hecho), esto es, en *intraneus*. Si así fuera entiendo que la solución adoptada debiera ser otra, extremo que se analizará al hablar de la coautoría en los delitos de infracción de deber vid. infra Parte II Capítulo II 1.3. Obviamente también cabría la duda acerca de si dicha acción del *extraneus* puede ser calificada como un delito de apropiación indebida (art. 252 CP) del que pudiera éste, por estar obligado a devolver lo que en un inicio se le entregó, ser sujeto especialmente cualificado y, por tanto autor. En la argumentación expuesta supra se obvian dichas posibilidades atendiendo únicamente a la valoración jurídico penal expuesta por ROXIN.

pertenencia del hecho y por ende, la calificación de autor, en este caso como autor mediato. Todo ello puesto que es el único sujeto que reuniría en su persona las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo de la Parte Especial exige para ser considerado autor del mismo. La concurrencia en el sujeto de dichas circunstancias le otorga una especial cercanía con el bien jurídico, es decir, este sujeto goza , aun careciendo del dominio o control sobre el hecho, de una especial capacidad lesiva con respecto a dicho bien jurídico, cercanía que evidencia una especial responsabilidad de salvaguarda sobre el mismo.

Visto así, el *extraneus* que ejecutivamente lleva a cabo el hecho no está en condiciones de disputarle al *intraneus* la cualidad de autor, esto es, la pertenencia del hecho, pues la ausencia en su persona de las circunstancias exigidas típicamente le alejan de la posibilidad de lesionar el bien jurídico en juego, amén de la incapacidad para cometer un hecho penalmente típico, precisamente por dicha ausencia de especial cualificación. Todo ello impediría afirmar que el hecho le pertenece (al *extraneus*) como suyo. Ya se ha visto como en estos casos excepcionales, a la par que verdaderamente límites, el criterio del dominio puede “rebajar” o “perder” su vital importancia en favor de la especial cualificación que reúne el sujeto.

Ahora bien, debe destacarse que el examen de la relación de autoría, en los términos aquí defendidos, únicamente será posible en la medida en que se haya determinado la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente el hecho punible al sujeto especialmente cualificado. Como ya se ha expuesto, en este trabajo se opta por configurar la autoría como un juicio de adscripción, de imputación a un determinado sujeto situada en tercer lugar, esto es, como tercer nivel de imputación. Por esta razón, deberá comprobarse previamente que la conducta del administrador constituye la realización del riesgo, lo que otorgará la base objetiva para imputar a éste el delito como autor.

Con posterioridad se procederá a examinar la posibilidad de imputar subjetivamente el hecho al administrador. En este caso concreto, dicha imputación subjetiva se dará en la medida en que concurra dolo en el *intraneus*, pues se trata de un delito no punible en comisión imprudente³⁹⁸. Únicamente de este modo podrá afirmarse que se imputa un riesgo típicamente relevante, que lo es, precisamente por ser objetiva y subjetivamente típico. Pues bien, con base todos los argumentos anteriormente expuestos, podría afirmarse finalmente la pertenencia del

³⁹⁸ Con arreglo al Derecho Penal español, cualquiera de las posibles calificaciones jurídicas que pueden atribuirse al ejemplo del administrador carece de tipos delictivos paralelos en comisión imprudente. Habida cuenta de la tipificación legal de la imprudencia como *numerus clausus*, para calificar tanto como delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) como de apropiación indebida (art. 252 CP) debe concurrir dolo en el tipo subjetivo, implicando la apreciación de una conducta imprudente la atipicidad del hecho.

hecho al administrador y, con eso, la posibilidad de calificarlo como autor mediato del delito en cuestión.

Si bien puede compartirse con ROXIN —siempre teniendo en cuenta las matizaciones realizadas—, la solución a la que llega en el ejemplo anteriormente expuesto, no sucede lo mismo, en mi opinión, respecto a las consecuencias derivadas de la concepción de la coautoría en los delitos de infracción de deber, cuestión ésta que se abordará seguidamente. Pese a todo, es oportuno poner de manifiesto que el punto de partida de ROXIN en la construcción dogmática que nos ocupa, me parece altamente compatible.

En primer lugar, por que la teoría de los delitos de infracción de deber asume una de las premisas básicas de una concepción restrictiva de la autoría: únicamente el *intraneus* puede ser sujeto activo de aquellos delitos que presentan limitaciones en cuanto al círculo de posibles sujetos activos. Este punto de partida subyace de manera clara en la teoría de los *Pflichtdelikte*, lo que implicaría, en ese punto, su aceptación.

En segundo lugar, resulta obligado admitir, que en muchos de los tipos delimitados en sede de autoría, como pueden ser el de administración fraudulenta, o los delitos cometidos por funcionario público, el *intraneus*, esto es, el administrador o el funcionario público, se encuentran sometidos a un deber jurídico especial, deberes que,

aunque puedan ser de muy diversa índole, deben ser forzosamente tenidos en cuenta a la hora de determinar la imputación de la acción típica en que consiste la relación de autoría³⁹⁹. Qué duda cabe, que la característica de estar especialmente obligado, dota al sujeto de una especial cercanía con el bien jurídico o, cuanto menos, lo destaca de cualquier otro interviniente que no ostente dicho deber u obligación.

Ahora bien, lo que probablemente *no* sea *compartible* es el que el único fundamento por el cual un sujeto especialmente obligado sea calificado, en todo caso, como autor, sea la infracción de un deber, así como algunas de las consecuencias en las que deriva esta premisa. Una de ellas es la equiparación de las conductas activas y omisivas. Según ROXIN, basta, para ser calificado como autor de un delito de infracción de deber, cualquier “causar” –sea este de la naturaleza que fuere- si con ello se infringe el deber por el que viene especialmente obligado⁴⁰⁰. Contra esta afirmación cabe esgrimir alguna objeción.

³⁹⁹ En este sentido vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

⁴⁰⁰ Uno de los argumentos en los que se basa la afirmación de que en los delitos de infracción de deber no importa el *quantum* de las concretas aportaciones al hecho, sino únicamente la infracción del deber jurídico especial, es según ROXIN, el hecho de que en algunos delitos que presentan restricciones en sede de autoría el legislador equipara todos los comportamientos del *intraneus* como comportamientos de autoría, aunque desde la perspectiva del dominio del hecho debieran ser entendidos como mera participación. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 391 y 392. Ejemplos del Derecho Penal español que ilustren esta afirmación podrían ser, entre otros el art. 467. 2 CP (deslealtad profesional): “El abogado o procurador que, *por acción u omisión*, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e

Si tomamos en consideración la descripción típica de algunos tipos que pueden ser calificados como delitos de infracción de deber —siempre a juicio de ROXIN— vemos como los preceptos que los recogen no exigen simplemente una mera infracción de deber, sino que incluyen la exigencia de una determinada actuación, de un resultado e incluso, en ocasiones, exigen especiales elementos subjetivos⁴⁰¹. Precisamente por estas exigencias legales, lo que se le debe poder imputar a título de autor al *intraneus* debe ser el hecho típico en los términos en que se recoge por el precepto en cuestión. De este modo, deberán observarse, no sólo los elementos del tipo objetivo sino, obviamente, también los exigidos en el

inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años” (resaltado añadido). En este tipo delictivo puede observarse como se equipara tanto la acción positiva como la omisiva. También puede constituir otro ejemplo el art. 176 (tipo omisivo de tortura): “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que faltando a los deberes de su cargo, *permitiere* que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos” (resaltado añadido). Si bien esta falta de importancia al *quantum* de la intervención del *intraneus* puede ser comprobada en estos y otros ejemplos, debe ponerse de manifiesto que ello no sucede, ni mucho menos, en todos los delitos con restricción en sede de autoría, sino que el legislador cuando ha querido equiparar conductas de autoría y participación y acciones positivas y omisivas lo ha hecho expresamente, lo que rebatiría el argumento utilizado por ROXIN. Sobre este tema vid. ampliamente las argumentaciones expuestas por GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

⁴⁰¹ En este sentido vid. PIZARRO BELEZA, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber” ob. cit. pág. 343, afirmando que la descripción legislativa usual —que no se limita a recoger una mera infracción de un deber— podría hacer suponer que la búsqueda de un autor llevaría, necesariamente, a indagar quién reúne estos elementos como son cualidad y actuación, dolo e intenciones especiales, en su persona.

tipo subjetivo cumpliendo, de esta suerte, las exigencias derivadas del principio de legalidad.

Así las cosas, con la necesaria atención que requiere la descripción legal de los diferentes tipos delictivos, el autor de los mismos podrá serlo si, además de infringir el deber por el que viene obligado, con ello puede afirmarse que lleva a cabo una conducta penalmente típica, esto es, objetiva y subjetivamente típica, pues este es el único modo de poder imputar a un sujeto un resultado típicamente relevante. Traslademos esta argumentación a un caso concreto: en el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) el legislador exige, además de la condición de administrador de hecho o de derecho en el sujeto activo, una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o una asunción de obligaciones a cargo de ésta que cause un perjuicio a determinados sujetos. Todo ello en beneficio propio o de un tercero y abusando de las funciones propias del cargo.

Pues bien, en nuestro ejemplo, el administrador al que pueda imputársele este delito obviamente deberá incumplir los deberes de lealtad en la administración de un patrimonio ajeno al que viene obligado en virtud del ordenamiento jurídico mercantil, pero dicha infracción debe materializarse en una conducta que cumpla los requisitos objetivos y subjetivos que el tipo contenido en el art. 295 CP exige. De tal modo que *no bastará cualquier “causar”* que infrinja el deber de lealtad, sino que

la infracción de dicho deber, *forzosamente*, deberá materializarse en una conducta que se acomode a las exigencias que el precepto en cuestión exige⁴⁰² y ser, a su vez, imputable al sujeto especialmente obligado tanto objetiva como subjetivamente.

ROXIN insiste en que la infracción de deber sólo aporta un criterio de la autoría, no el fundamento de la punición, que también en estos delitos, como en el resto, consiste en la lesión de un bien jurídico⁴⁰³. Sin embargo, bajo mi punto de vista, la valoración extrema que otorga ROXIN a la infracción de un deber contradice esta afirmación. Ya hemos visto que basta cualquier “causar” siempre y cuando implique la infracción de dicho deber para poder calificar como autor al sujeto especialmente obligado. Autor, por supuesto, de un delito de infracción de deber. Por tanto, si con cualquier “causar” a través de la infracción de un deber puede ser calificado el sujeto especialmente obligado como autor, es porque con ello lesiona el bien jurídico protegido, pues de otro modo no podría ser autor de delito alguno⁴⁰⁴.

⁴⁰² En este sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. págs. 140 y 141, donde afirma que el autor de un delito de infracción del deber debe efectivamente llevar a cabo ciertas “descripciones” recogidas en el tipo, pero esto —aclara— no significa que el criterio a seguir en estos casos sea el dominio del hecho; por el contrario esto sólo significa que la infracción del deber ha de apoyarse lógicamente en alguna forma de descripción delictiva específica para cumplir con el principio de legalidad.

⁴⁰³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed. ob. cit. pág. 701 nota 411.

⁴⁰⁴ En este sentido GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 33 y 334. Este autor pone de manifiesto que si lo decisivo realmente en los delitos de

En mi opinión ello deriva, contradiciendo las palabras de ROXIN, en la equiparación entre la infracción del deber y la lesión del bien jurídico protegido. Entiendo que ello es así puesto que únicamente puede darse una lesión de un bien jurídico penalmente relevante en la medida en que se lleva a cabo una acción típica en toda su extensión, es entonces cuando estaremos ante un “riesgo típicamente relevante”. Si, por el contrario, la mera infracción de un deber, exteriorizada en cualquier causar (sea este activo u omisivo) sin tener en cuenta si con ello se da cumplimiento a los elementos exigidos en sede de tipicidad –tanto objetiva como subjetiva-, se equipara a la comisión del delito en cuestión, se está asumiendo que la infracción de dicho deber lesiona, de por sí, el bien jurídico protegido.

Veamos a continuación otras de las muchas consecuencias derivadas de la concepción de la autoría en los delitos de infracción de deber. Esta vez en el ámbito de la coautoría, la autoría mediata y la participación, análisis que dará pié a seguir concretando el posicionamiento mantenido en este trabajo acerca de la infracción de un deber.

infracción de deber fuera la infracción del deber extrapenal, no habría más remedio que deducir que lo injusto de estos delitos se agota en el desvalor de la acción, esto es en la infracción de un deber. En cambio, si se requiere también en estos delitos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, entonces se vendría a reconocer que dichos delitos consisten en algo más: la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción.

1.3 Coautoría, autoría mediata y participación en los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*)

En las líneas que suceden se abordarán algunas de las cuestiones que suscita la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber en el ámbito de la coautoría, la autoría mediata y la participación. Algunas de estas consecuencias pueden vislumbrarse con la exposición ya realizada, sin embargo, entiendo que otras tantas merecen un estudio diferenciado dada la singularidad de las mismas. Con este breve análisis se pretende desglosar, a la par que incidir, en el planteamiento elaborado por ROXIN. Todo ello permitirá, a su vez, exponer la postura que desde este trabajo se adopta en relación con aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos resta legalmente delimitado y el papel que en ellos debe otorgarse al tan citado deber especial.

1.3.1 Coautoría

En el ámbito de la coautoría la construcción de los *Pflichtdelikte* presenta determinadas consecuencias, cuanto menos, discutibles. Tomando en consideración la infracción del deber como único criterio delimitador de la autoría en esta clase de delitos, la coautoría puede resumirse, según ROXIN, del siguiente modo: Sólo cabe hablar de

carácter común en el sentido de la coautoría cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber. Por tanto, esta figura obtiene, en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por *quebrantamiento conjunto de un deber común*⁴⁰⁵.

Así las cosas, la posibilidad de calificar como coautores a varios sujetos es *imposible* allí donde la obligación se limita, por su naturaleza, a un único individuo. Ejemplifica ROXIN esta afirmación con el delito de impago de alimentos (§ 170 b StGB), en el que sería preferible considerar como autores accesorios a dos personas que, aun estando obligadas a satisfacer alimentos al mismo niño se sustraen a dicha obligación. Según ROXIN, dicha calificación es preferible puesto que cada una quebranta una obligación personal e individual. De igual modo, la cooperación de un funcionario en el hecho delictivo de otro funcionario podrá ser calificada de complicidad (participación) si la vulneración del específico deber en que se basa el delito en cuestión únicamente alcanza este último⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 391.

⁴⁰⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 391.

En cambio, *siempre* se dará *coautoría* allí donde determinado ámbito de asuntos esté confiado a varias personas a la vez. En estos casos, deberá estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopere en la realización del delito en cuestión. La caracterización de la coautoría en estos términos es posible dado que –a juicio de ROXIN– en un delito de este género es determinante un concepto de autor distinto y que es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, productor del resultado, lo que fundamenta la autoría (coautoría) sin tener en cuenta el dominio del hecho⁴⁰⁷.

Estos argumentos muestran, una vez más, la absoluta sustitución del criterio del dominio por el de infracción del deber. Abordemos esta cuestión con otro ejemplo también propuesto por ROXIN: Un miembro del Consejo de Administración (“K”), hace posible el delito al gerente desleal (“H”) mediante su aprobación y extendiendo un recibo⁴⁰⁸. Partiendo de que “K” no tenía el dominio del hecho y de que sólo pretendía apoyar al gerente “H” la cuestión es saber si hay que considerar a “K”, no obstante como coautor junto a “H”. Pues bien, coherentemente con su postura ROXIN considera que ambos sujetos deben ser calificados como coautores del delito en cuestión.

⁴⁰⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 390 y 391.

⁴⁰⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 390. Se trata, tal y como indica el propio ROXIN, de un caso de abuso de confianza en los términos del § 81 a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG).

A pesar de no existir una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho –indica ROXIN- ambos son coautores, pues aunque “K” únicamente se limita a auxiliar a “H” también infringe el “deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos”. Ésta sería la circunstancia que le situaría en el centro de la realización del delito como figura central del mismo, lo que hace innecesario la comprobación de la existencia de dominio⁴⁰⁹. Abunda ROXIN en ello afirmando que si se quisiera requerir para la (co)autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del hecho, los partícipes se dividirían en dos grupos absolutamente diferentes: en señores del hecho con deber y en obligados sin dominio, lo cual eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber⁴¹⁰.

Bajo mi punto de vista, la caracterización de la coautoría ofrecida por la teoría de los delitos de infracción de deber *no es compatible*. Todo ello por varias razones. El principal motivo que fundamenta esta oposición es la postura contraria a la sustitución absoluta del criterio del dominio por el de infracción de deber en aquellos delitos en los que el círculo de posibles sujetos activos está delimitado por la concurrencia de determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Entiendo que la mera infracción de dicho deber, por sí misma, no puede equipararse a la comisión de un delito de estas características.

⁴⁰⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 389.

⁴¹⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 389.

Ya se ha indicado que esta clase de delitos recogen, en su descripción típica, algo más que la mera alusión a la infracción de un deber. De este modo, se conforman por la descripción de una determinada actuación, la producción de un resultado e incluso la exigencia de ciertos elementos subjetivos añadidos al dolo genérico exigido en los delitos dolosos⁴¹¹. Pues bien, sólo en la medida en que dichos requisitos se “exterioricen”, esto es, se cumplan bien a en autoría directa bien a través de la utilización de un instrumento o en unidad con otros intervinientes (coautoría), podrá asegurarse la existencia de una lesión jurídico penalmente relevante del bien jurídico protegido en el delito en cuestión.

En definitiva, la posibilidad de imputar un resultado jurídico-penalmente desaprobado a título de autor, sólo puede darse en la medida en que el hecho pueda imputarse objetiva y subjetivamente a dicho sujeto. Para ello se requiere, obviamente, que su actuación reúna los requisitos que en el ámbito objetivo y subjetivo exige el tipo penal que pretende ser imputado. Por este motivo, la infracción del deber que obliga al sujeto deberá ser tomada en cuenta, pero para calificar al sujeto que lo infringe como autor, dicha infracción debe, forzosamente,

⁴¹¹ Como habrá podido observarse a lo largo del trabajo, no se aborda la cuestión de la imprudencia. Ello es debido principalmente a que los delitos en los que el sujeto activo se circunscribe a la figura del administrador de hecho o de derecho no se recogen tipos paralelos de posible comisión imprudente.

exteriorizarse en los términos descritos por el legislador en cada tipo delictivo.

Sentado lo anterior, sólo cabe concluir que para que dos sujetos cualificados (*intranei*) puedan ser calificados como coautores, no bastaría el mero quebrantamiento conjunto de un deber común. Por el contrario, se exigirá, en todo caso, que la actuación de cada uno de ellos pueda ser subsumida en el tipo penal en cuestión, no bastando “cualquier causar” o “cualquier aportación” al hecho de estos sujetos especialmente cualificados. Esta afirmación, si bien resulta contraria a la concepción de los delitos de infracción de deber, se adecua perfectamente con los criterios aportados por la teoría de la pertenencia del hecho, teoría que ya se dio como válida en cuanto a criterio delimitador de la autoría.

En efecto, tal y como ya se dijo, la teoría de la pertenencia del hecho no desecha la validez del criterio del dominio, pues éste sería un indicador de que el hecho puede ser atribuido al sujeto como suyo. Todo ello puesto que a través de dicho dominio el sujeto en cuestión tiene la potestad de lesionar el bien jurídico protegido en juego. En la medida en que nos hallamos ante un delito cuyo círculo de posibles sujetos activos resta delimitado expresa o tácitamente a un conjunto determinado de personas, dicha posibilidad de lesión no reside únicamente en la facultad de dominar el hecho, sino también en la concurrencia de las condiciones,

cualidades o relaciones exigidas por el tipo penal en la persona del sujeto activo de dicho delito.

Pues bien, cuando nos encontramos ante dos *intranei* que participan en un mismo hecho, ambos ostentan ***la misma potencialidad de lesión*** del bien jurídico, pues los dos poseen las condiciones, cualidades o relaciones que exige el tipo penal. Es decir, ambos parten de idéntica cercanía con respecto al bien jurídico sobre el cual tienen un especial deber de salvaguarda. Siendo esto así, deberá acudirse a otro criterio que permita delimitar quien, de entre los que tienen esa posibilidad de lesión, se sitúa en una posición más cercana o privilegiada con respecto al bien jurídico protegido.

Entiendo, que el criterio que puede deshacer esta aparente igualdad entre ambos sujetos especialmente cualificados debe ser el dominio del hecho en sus distintas manifestaciones. Así las cosas, no todos los *intranei* deberán ser calificados forzosamente como (co)autores de un delito de estas características, sino que, por el contrario, deberá examinarse con arreglo a los criterios aportados por el dominio⁴¹² si alguno, o todos ellos, ostentan una relación de pertenencia con el hecho

⁴¹² En este sentido vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX. Esta es la postura sostenida por los representantes de las formulaciones "mixtas" de los delitos de infracción de deber en las que se combinan tanto el criterio del deber como el del dominio como criterios delimitadores de la autoría.

que nos permita calificarlos como (co)autores del mismo⁴¹³. En suma, bajo el punto de vista aquí expuesto, tendría sentido, es más, sería *necesario, distinguir* entre *autores* y *partícipes* a pesar de que todos ellos puedan ser entendidos como *intranei* dada la especial cualificación que ostentan.

Vistas las principales consecuencias derivadas de la concepción de los delitos de infracción de deber en el ámbito de la coautoría, pasemos a analizar brevemente algunas de las objeciones que cabe realizar a la postura mantenida por ROXIN en lo referente a la autoría mediata.

1.3.2 Autoría mediata

Algunas de las cuestiones referentes a la autoría mediata en los *Pflichtdelikte* ya se han ido analizando a lo largo de la exposición de esta

⁴¹³ Excede aquí el análisis exhaustivo de los criterios que delimitan la categoría de la coautoría. Simplemente apuntar como criterio unánime en la doctrina española la necesidad de un *acuerdo mutuo* para poder imputar recíprocamente las distintas contribuciones. Este acuerdo podrá ser previo o simultáneo a la ejecución así como expreso o tácito. Por otra parte, también será necesaria la aportación de una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. Sobre este último aspecto, sin embargo, existen diferentes opiniones doctrinales acerca del momento en el que debe aportarse dicha contribución para ser relevante en la calificación del sujeto como coautor del hecho. Sobre los criterios que delimitan la figura del coautor vid. entre otros PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada 1998 *passim*; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, ob. cit. págs. 126 ss .

construcción dogmática. Pese a ello, en las líneas que suceden se expondrá sucintamente algunas de las críticas dirigidas a las soluciones propuestas por ROXIN en este ámbito. Como es sabido, también en lo referente a la categoría de la autoría mediata, mantiene ROXIN la infracción del deber especial extrapenal como único criterio delimitador de la autoría, sin atender –al menos de manera expresa– al dominio del hecho. Así pues, en los delitos de infracción de deber, basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber *deje la ejecución de la acción* a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría⁴¹⁴.

Esta propuesta de delimitación de la autoría mediata constituye, sin duda, una solución muy sencilla para algunos de los supuestos prácticos más complejos, como pueden ser los casos de instrumento doloso no cualificado. Ya me he posicionado favorablemente en cuanto a la aceptación de dicha figura, esto es, en la *solución* que propone, cual es calificar al *intraneus* como autor cuando deja la ejecución de la acción en manos de un *extraneus* que actúa libremente. Ahora bien, pese a aceptar dicha solución, he rechazado, sin embargo, la fundamentación en la que se basa ROXIN para dar validez a la figura del instrumento doloso no cualificado.

⁴¹⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 394.

Es más, podría sostenerse, incluso, que la solución de calificar como autor mediato al *intraneus* en los casos de autoría mediata, es *incoherente* con la caracterización que ROXIN elabora de la autoría en los delitos de infracción de deber. Habida cuenta de que la autoría en los *Pflichtdelikte* viene determinada única y exclusivamente por la infracción del deber que obliga al sujeto, no se entiende por qué dicho sujeto es calificado como autor mediato y no como autor directo. En efecto, ROXIN considera que el *intraneus* es autor mediato porque la acción en que se concreta la infracción del deber se lleva a cabo a través de otro sujeto al que le falta la cualificación necesaria para ser autor (*extraneus*).

De este modo, ROXIN parece hacer concesiones al criterio del dominio en los *Pflichtdelikte*, pues valora el hecho de que la infracción del deber se lleve a cabo a través de otro sujeto que realiza de propia mano y domina de facto el hecho. Para ser consecuentes con la caracterización de la autoría en estos delitos, el *intraneus* debiera ser calificado, no ya como autor mediato, sino como **autor directo**, pues lo único relevante —siempre a juicio de ROXIN— es la infracción del deber, con independencia de la exteriorización que adopte dicha infracción. Por todo ello, debiera resultar irrelevante, bajo la óptica de los *Pflichtdelikte*, si el comportamiento fue realizado de propia mano o a través de otro para determinar la clase de autoría de que se trata. En cualquier caso y,

atendiendo exclusivamente al deber, el *intraneus* sería siempre autor directo puesto que es exclusivamente él quien lo infringe⁴¹⁵.

Siendo ello así, esto es, aceptada la absoluta irrelevancia del modo en que se exterioriza la infracción de deber, me parece hartó difícil poder establecer diferencias cuantitativas y cualitativas entre casos de autoría mediata y participación, salvo que se incurra en idéntica incoherencia de conceder valor al criterio del dominio en los *Pflichtdelikte*. Como a continuación se verá, la participación, siguiendo la línea interpretativa de ROXIN, deberá consistir en colaboración sin infracción de deber. Pues bien ¿no es esto precisamente lo que sucedería en un caso de autoría mediata? ¿qué diferencias existen en ambos supuestos si de todos modos el *intraneus*, para ser coherentes, debe ser calificado como autor directo?

Si aceptamos que también en los casos de autoría mediata el *intraneus* va a ser calificado como autor directo no existiría diferencia alguna con los casos de participación, pues en ambos supuestos el *extraneus* sería partícipe por colaborar en el hecho sin infracción del deber⁴¹⁶. Esta calificación del *extraneus* como partícipe sería posible en

⁴¹⁵ En este sentido vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 113; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, ob. cit. pág. 372; PIZARRO BELEZA, "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber" ob. cit. pág. 344.

⁴¹⁶ Es reveladora para esta cuestión la afirmación de ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 394, que expresamente dice "... la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber.... sólo en que en el primer

los casos de autoría mediata puesto que el *intraneus* pasaría a ser autor directo. Siendo ello así, se contaría con un hecho principal de autor del que hacer depender la colaboración del partícipe, en este último caso del supuesto “instrumento”⁴¹⁷. Pues bien, bajo mi punto de vista, la consecuencia lógica de dicha interpretación es que los supuestos de autoría mediata y participación serían equivalentes.

1.3.3 Participación

Para los supuestos de participación afirma ROXIN que *partícipe* es aquel sujeto que *coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal* que fundamenta la autoría⁴¹⁸. Partiendo de esta caracterización, el estudio de esta categoría se realiza a través de los supuestos de participación en hechos principales no dolosos. Expone

caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo intraneus y extraneus”. Siendo esta la definición de autoría mediata insisto en lo difícil que resulta diferenciar estos casos con respecto a supuestos de participación. Vid. también en cuanto a la cuestión del instrumento doloso no cualificado ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/275 a 25/280 págs. 108 - 111.

⁴¹⁷ En estos casos la relevancia jurídico penal de la contribución del supuesto instrumento dependerá, claro está, de las circunstancias que rodeen a su actuación. De este modo, en casos de error o inimputabilidad en el instrumento resulta obvio que dicho sujeto no podrá responder como partícipe. No obstante ello, en casos de instrumento doloso no cualificado sería factible hacer responder al *extraneus* como partícipe del hecho principal del *intraneus*, que resultaría calificado como autor directo por el mero hecho de infringir el deber extrapenal por el que viene obligado.

⁴¹⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 397.

ROXIN que, si bien sobre la base del concepto del dominio del hecho ha de rechazarse la figura de la participación en hechos principales no finales, el panorama cambia cuando se contempla a los delitos de infracción de deber como grupo independiente. En esta constelación delictiva, dado que el concepto rector de la figura central del suceso de la acción ha de dotarse de contenido mediante otros criterios, no representa problema alguno la admisión de la participación en estos casos⁴¹⁹.

Caracterizando al partícipe ya no mediante la “cooperación sin dominio del hecho” sino en base a la “intervención sin infracción de deber especial”, su estructura —a juicio de ROXIN— no se modifica porque el obligado obre sin dolo. En cualquier caso, se daría una producción de un resultado fuera de la obligación, revelándose la cuestión del dolo como absolutamente irrelevante⁴²⁰. Ejemplifica ROXIN esta afirmación con el siguiente supuesto: un *extraneus* determina a un médico a quebrantar el secreto profesional (§ 300 StGB) haciéndole creer que se trata de una petición de información del Colegio profesional. Tratándose este ejemplo de un delito de infracción de deber, el *extraneus* debe responder como partícipe del mismo pues determina el resultado sin

⁴¹⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 401.

⁴²⁰ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 401.

vulnerar el deber especial que únicamente puede ser infringido por el médico (*intraneus*)⁴²¹.

Excede a la intención de estas líneas analizar de forma exhaustiva estos supuestos de hecho. Simplemente quisiera poner de manifiesto la peculiar concepción del principio de accesoriedad que subyace a la calificación del *extraneus* como “partícipe de un hecho principal no doloso” en el supuesto anteriormente expuesto. Como ya se expuso en este trabajo, la adopción de un concepto restrictivo de autor implica la adopción del principio de accesoriedad de la participación. Ello significa que el castigo del partícipe –sea cual fuere su calificación específica– depende de la existencia de un hecho principal imputado a título de autor a un determinado sujeto⁴²².

Este hecho principal de autor debe, como mínimo⁴²³, ser típico para que el castigo del partícipe sea factible. Pues bien, entendiendo que un hecho típico lo es por ser objetiva y subjetivamente típico, debiera exigirse, para castigar la conducta del partícipe, la tipicidad del hecho principal en toda su extensión. Sin embargo, esto no es lo que sucede en

⁴²¹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. págs. 402 y 403.

⁴²² Vid. supra Parte I Capítulo I 1.

⁴²³ Tal y como se indicó en otro lugar vid. supra Parte I Capítulo I 1, el elemento común a todas las teorías de la accesoriedad (teoría de la accesoriedad mínima, teoría de la accesoriedad limitada y teoría de la accesoriedad máxima) requieren la tipicidad del hecho para poder castigar la aportación del partícipe.

el ejemplo propuesto por ROXIN. Lejos de exigirse la concurrencia de un hecho principal de autor —en este caso la revelación del secreto profesional del *intraneus*— objetiva y subjetivamente típico, se conforma ROXIN, para entender punible la conducta del *extraneus*, con la existencia de un hecho objetivamente típico.

Así lo evidencia cuando afirma que el principio de accesoriedad *no requiere*, en tanto que está caracterizado por la “esencia” de la participación, *más que una acción objetivamente típica*, como la que existe en el caso de la revelación de secreto médico⁴²⁴. Bajo mi punto de vista, esta caracterización del principio de accesoriedad *no es aceptable*. La principal razón deriva en que, si así fuere aceptado dicho principio, se estaría obviando las más elementales exigencias del principio de legalidad⁴²⁵.

⁴²⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 406.

⁴²⁵ En este sentido vid. entre otros LANGER, *Das Sonderverbrechen*, ob. cit. págs. 250 ss; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, ob. cit. pág. 165; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. 12/40 págs. 307 y 308, afirma rotundamente que los delitos de infracción de deber suponen una clara infracción del principio *nullum crimen sine lege*. En idéntico sentido en España, vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. págs. 263 y 269; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 112 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, ob. cit. págs. 314 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 418 ss; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid 2003, pág. 227. Niega en cambio dicha afirmación WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, ob. cit. pág. 153. Vid. la argumentación del propio ROXIN a esta crítica basada en la infracción del principio de legalidad en ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 25/281 a 25/287 págs. 111 - 113.

En efecto, cuando un precepto penal recoge una determinada conducta, lo hace a través de una descripción de lo que debe entenderse por delito, esto es, por una conducta jurídico-penalmente relevante. Por tanto, parece evidente, que el sujeto que deba responder como autor debe hacerlo por cumplir con los requisitos típicos establecidos para tal delito. Únicamente si existe una conducta objetiva y subjetivamente típica existirá la posibilidad de imputar a un sujeto un riesgo típicamente relevante. Siendo esto así, no resulta factible calificar a un sujeto como autor de un delito, si su actuación no cumple con las exigencias que, en el ámbito de la tipicidad objetiva y subjetiva, requiere el delito que se le pretende imputar. Aceptado lo anterior, sólo cabe concluir en la imposibilidad de castigar al partícipe cuando el “hecho principal de autor” no cumple algunas de las exigencias típicas requeridas para tildar su conducta como jurídico-penalmente relevante.

Vistas algunas de las peculiaridades que presenta el principio de accesoriedad de la participación en los delitos de infracción de deber, pasemos al análisis del ámbito de esta constelación delictiva para ofrecer, de este modo, una visión general de la construcción elaborada por ROXIN.

1.4 Ámbito de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*)

Como ya se ha expuesto, la configuración de un tipo como delito de dominio o delito de infracción de deber, obedece –siempre según ROXIN– a una decisión valorativa del legislador. El que proceda de un modo u otro dependerá de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico⁴²⁶. Si ésta es lo suficientemente relevante, caracterizará a la figura central del suceso a través de la infracción del deber, de lo contrario, dicha figura deberá atender en su configuración a los criterios del dominio.⁴²⁷

Como el propio ROXIN indica, en algunos casos la virtualidad fundamentadota de la autoría del elemento del deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo. Sin embargo, en otros se requiere un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la

⁴²⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 420.

⁴²⁷ Parece aceptarse en la jurisprudencia española algún supuesto de delito de infracción de deber como el contenido en el art. 364. 2º. 1 CP (delito alimentario), en el que se afirma la indiferencia de llevarlo a cabo por el sujeto especialmente obligado en comisión activa u omisiva. En este sentido vid. por todas, STS 14-09-2002 (TOL 222596). También se admite la calificación como delito de infracción de deber en el delito de prevaricación de funcionario en la STS 18-11-2000 (TOL 8562) afirmando expresamente que las reglas de la accesoriedad son distintas, en esta constelación delictiva, a las aplicadas en los delitos de dominio; la STS 12-02-1997 (TOL 408338) utiliza también la nomenclatura de delito de infracción de deber para el delito de cohecho.

autoría, que no resulta tan evidente desde el tenor literal⁴²⁸. Un ejemplo que ilustra estos supuestos es el delito de alzamiento de bienes (§ 288 StGB) “aquel que se alzare con elementos patrimoniales ante un embargo que le sea inminente”. En este caso, ROXIN insiste en que la figura central del suceso debe ser exclusivamente el deudor, ello se explica por la existencia de un deber previo a la norma penal que sólo se le impone a este sujeto (deudor) y que le insta a mantener abierto su patrimonio a las acciones del acreedor⁴²⁹.

Aceptado lo anterior dicho delito de alzamiento de bienes debiera caracterizarse como un delito de infracción de deber y le serían aplicables, por tanto, las características que en sede de autoría presenta dicha construcción dogmática. No obstante ello, en otro lugar⁴³⁰ ROXIN parece mantener una opinión distinta, en la que pone de relieve la razón por la cual dicho delito sólo puede ser cometido como autor por el deudor y no por una tercera persona. Ello sería debido a que el bien jurídico protegido se encontraría, especialmente en estos casos, en condiciones de ser puesto en peligro o lesionado por un círculo de sujetos

⁴²⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 419.

⁴²⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 420. ROXIN aclara que en el Proyecto de 1962 en el § 269 se equipara completamente deudor y tercero, fundamentando dicha equiparación en la injusticia de la regulación vigente puesto que los hechos que se cometen en pro del deudor merecen pena desde el mismo punto de vista jurídico. ROXIN entiende que a partir de esta reflexión sería perfectamente consecuente prescindir del elemento del deber.

⁴³⁰ Vid. ROXIN, *LK*, § 28, ob. cit., pág 24 marginal 56.

pertenecientes a un determinado ámbito social. Precisamente esta proximidad del sujeto con respecto al bien jurídico, implicaría que la ejecución fuera más sencilla y, a la par, más peligrosa para el bien jurídico protegido⁴³¹.

Con esta afirmación niega ROXIN la posibilidad de que el fundamento de la autoría en este delito se deba a que sobre el deudor recaiga un deber jurídico especial que convierta la conducta del *intraneus* en una conducta con un contenido de injusto superior al de cualquier otro interviniente. Esto conlleva indefectiblemente a negar su caracterización como delito de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) y calificarlo, por el contrario, como un delito de dominio (*Herrschaftsdelikte*). Si bien la argumentación de la proximidad del sujeto al bien jurídico protegido, es altamente compatible, no alcanzo a ver cuál sería la diferencia entre estos delitos y aquellos que pueden englobarse dentro de los *Pflichtdelikte*⁴³².

⁴³¹ Vid. ROXIN, *LK*, § 28, ob. cit., pág 24 marginal 56.

⁴³² Sobre este aspecto vid. las apreciaciones de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX, opinando que tendría sentido afirmar que en los delitos de infracción de un deber especial, lo que fundamentaría el injusto no es la mera infracción del deber, sino la especial vulnerabilidad del bien jurídico por parte del sujeto cualificado. Este razonamiento sería igualmente aplicable al delito de alzamiento de bienes en el que la especial posición que ocupa el deudor con el bien jurídico implicaría el surgimiento de un deber especial que obligaría al sujeto a no distraer el patrimonio en perjuicio de los acreedores. Siendo esto así, afirma GÓMEZ MARTÍN, unos y otros delitos se confundirían.

Menos controvertido es, según ROXIN, el caso de las *injurias* que las estima indudablemente incluidas en el ámbito de los delitos de infracción de deber. Esta naturaleza de las injurias está fundamentada en la pretensión de respeto personalísima que toda persona tiene frente a cualquier otra. Dicha pretensión sólo puede ser vulnerada por el propio obligado en cada caso, lo que las convierte claramente en un delito de infracción de deber⁴³³. De igual manera sucede con los denominados por ROXIN “*delitos de propia mano inauténticos*” o “*delitos de infracción de deber personalísimos*” entre los que incluye los §§ 153, 154 y 156 (falso testimonio, perjurio)⁴³⁴. Este grupo de delitos se caracteriza, en opinión de ROXIN, porque el deber que fundamenta la autoría es de tal índole que sólo puede resultar vulnerado efectuándose la acción típica de manera directamente personal⁴³⁵.

Finalmente constituyen también delitos de infracción de deber *todos los delitos omisivos*. Según ROXIN, no todo sujeto que omite va a ser calificado como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo⁴³⁶. Los deberes

⁴³³ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 425.

⁴³⁴ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 429.

⁴³⁵ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 428.

⁴³⁶ Vid. ROXIN, “Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht”, ob. cit. pág. 296; el mismo, *Política criminal*, ob. cit. pág. 44; EL MISMO, *Autoría y dominio del hecho*,

fundamentados de la autoría en los delitos omisivos comparten la misma esencia de los surgidos en los delitos de comisión correspondientes. En ambos casos, se trata de deberes de protección y conservación de naturaleza extrapenal que despliegan su efecto tanto en los hechos comisivos como en el ámbito de la omisión.

De este modo —ejemplifica ROXIN— el deber de velar por un patrimonio ajeno, por ejemplo en el delito de administración desleal (§ 266 StGB), puede infringirse mediante hacer del mismo modo que omitiendo⁴³⁷. Precisamente por esta razón, cuando un delito está configurado como delito de infracción de deber, poco importará si se lleva a cabo mediante acción u omisión, pues no existe diferencia estructural alguna entre hacer y omitir, debiendo subsumirse ambas formas de conducta en un tipo unitario⁴³⁸. Ahora bien, sucede algo distinto cuando el delito que es llevado a cabo mediante una omisión está configurado, en su modalidad comisiva, como un delito de dominio.

7ª ed., ob. cit. pág. 498; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, ob. cit. 31/140 a 31/150 págs. 671 - 675. De la misma opinión SCHMIDT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit. marginal 934 pág. 373. Sobre el ámbito de aplicación de los *Pflichtdelikte* vid. recientemente WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, ob. cit. págs. 100 ss.

⁴³⁷ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 499.

⁴³⁸ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 500. Esta postura resulta absolutamente coherente con la concepción de la autoría mantenida en los delitos comisivos de infracción de deber, en los que bastaba cualquier causar mediante la infracción del deber extrapenal que obligaba al sujeto para poderlo calificar como autor del delito en cuestión.

En todos estos casos, la modalidad omisiva de dichos delitos se transforma en delitos de infracción de deber. Así las cosas, todos aquellos delitos calificados como delitos de dominio y sometidos, por ende, al concepto general de autor, contarían con una *estructura doble*. A saber: delitos de dominio si se llevan a cabo a través de un hacer y delitos de infracción de deber si, por el contrario, se trata de un omitir. Esta afirmación implica, por tanto, que en función de la modalidad de la conducta estarán sujetos a *criterios delimitadores de la autoría* y la *participación* absolutamente distintos: dominio del hecho en el caso de modalidad comisiva e infracción del deber especial en caso de omisión⁴³⁹.

Hasta aquí la exposición de la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber elaborada por ROXIN. A continuación se analizará otra de las posturas más emblemáticas en lo referente a la infracción de un deber como fundamento de la autoría, cual es la concepción de JAKOBS. Dicha exposición no puede abordarse sin olvidar el excelente y clarificador desarrollo que de su teoría realiza SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES al que se harán puntuales y obligadas referencias en las cuestiones más relevantes.

⁴³⁹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., ob. cit. pág. 499.

2. La construcción dogmática de JAKOBS

2.1 Introducción

Como es sabido, JAKOBS es uno de los autores que, en el ámbito de la doctrina alemana, más abiertamente ha acogido la construcción dogmática elaborada por ROXIN en relación a los delitos de infracción de deber. La aceptación de tal constelación delictiva se realiza, no obstante, con algunas matizaciones, a las que se hará alusión a lo largo de la explicación de su teoría sobre estos delitos. Valga resaltar en este punto, sin embargo, que la construcción dogmática de JAKOBS se inserta en un sistema complejo, puesto que su concepción de los delitos de infracción de deber va más allá de la mera clasificación de delitos o criterios delimitadores de la autoría.

En efecto, este autor es el creador de un sistema de alta complejidad⁴⁴⁰ en el que tienen cabida los delitos que ahora nos ocupan. Dada la amplitud de dicho sistema, no será posible abordar en esta investigación cada uno de sus aspectos, reduciendo el estudio

⁴⁴⁰ Como introducción al sistema funcional de JAKOBS vid. entre otras obras JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid 1997 (trad. CANCIO MELIÁ/ FEIJÓO SÁNCHEZ) *passim*. Especialmente sobre la vigencia de la norma a través de la sanción penal que, bajo mi punto de vista constituye un aspecto esencial en el sistema jakobsiano, vid. págs. 25 ss.

simplemente a la concepción de los delitos de infracción de deber que sostiene JAKOBS, al que debe reconocérsele que supone una evolución, en este ámbito, más que notable⁴⁴¹.

Tal y como hiciera ROXIN en su ya clásica distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, JAKOBS asume también una dicotomía en la clasificación de los delitos. Así diferencia este autor entre delitos de **“responsabilidad por competencia organizacional”** (o delitos en virtud de la propia organización) (*Delikten kraft Organisationszuständigkeit*) y delitos de **“responsabilidad por competencia institucional”** (o delitos en virtud de una relación institucional) (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)⁴⁴². Si bien con

⁴⁴¹ Debe tenerse en cuenta que dicha evolución, si bien la inicia JAKOBS, en gran medida también contribuye a ella uno de sus discípulos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. *passim*; EL MISMO, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. *passim*. Este autor profundiza de manera exhaustiva en la construcción dogmática iniciada por su maestro alemán y llega, bajo mi punto de vista, a conclusiones más radicales incluso que las defendidas por JAKOBS. También asumen claramente la construcción de los delitos de infracción de deber desarrollada por JAKOBS, VOGEL, *Norm und Pflicht*, ob. cit. *passim*; GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, ob. cit. pág. 44 ss y *passim*, analizando los criterios de imputación al administrador de hecho desde la perspectiva de los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, en los cuales, adopta una postura prácticamente idéntica a la defendida por JAKOBS. Vid. también la postura en lo referente al delito de prevaricación judicial de RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia 2000, págs. 136 y ss, 370, 437 ss. muy cercana a la sostenida por JAKOBS.

⁴⁴² Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 7/70, 21/115; 29/57; EL MISMO, “El ocaso del dominio del hecho” ob. cit. pág. 119. A favor de esta distinción diferenciando entre instituciones negativas y positivas vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. págs. 67 ss. En sentido similar VOGEL, *Norm und Pflicht*, ob. cit. págs. 282, 358 ss y 366 ss.

alguna matización, los primeros se corresponderían, básicamente, con los denominados por ROXIN “delitos de dominio” y los segundos con los “delitos de infracción de deber”⁴⁴³.

Para JAKOBS, en los delitos de “dominio” el fundamento de la imputación se basa en una responsabilidad en virtud de la *propia organización*. Se trata de delitos en los que el deber de la norma correspondiente regula por completo la relación del autor con el objeto de protección⁴⁴⁴. Un ejemplo claro de esta clase de delitos es, para JAKOBS, el delito de homicidio (§ 212 StGB). En este tipo penal *el dominio del hecho caracteriza a la autoría* porque, con su comportamiento de dominio del hecho, un partícipe configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito. De este modo, el sujeto debe responder puesto que es responsable de que su propia organización no sea dañosa para el resto de esferas de organización⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Así lo afirma rotundamente SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. págs. 29 y 30.

⁴⁴⁴ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 25/45.

⁴⁴⁵ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/115. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal y como se verá más tarde, la intervención en dicho delito de un sujeto especialmente obligado puede variar la calificación de este tipo y convertirlo, precisamente por la intervención de este sujeto, en un delito de “responsabilidad por competencia institucional” vid. infra Parte II Capítulo II 2.3.1.

Los denominados por JAKOBS delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*”, manifiestan una separación de esferas de organización entre los individuos (“*neminem laedere*”) que deben velar y evitar que de su propia esfera de organización surjan peligros para los demás. Puesto que se trata de no empeorar la situación de los demás círculos, a este respecto se podría hablar de una **relación negativa** de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán⁴⁴⁶.

Dicho de otro modo, en estos delitos, quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa (prohibición de no matar, por ejemplo). Es decir, que debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno⁴⁴⁷. Por este motivo, en esta clase de delitos las expectativas, a diferencia de lo que sucede en los delitos por competencia institucional, se defraudan mediante la injerencia (dañosa) en una esfera de organización ajena⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Vid. JAKOBS, “Teoría y praxis de la injerencia” (trad. CANCIO MELIÀ), en JAKOBS/ CANCIO MELIÀ, *Conferencias sobre temas penales*, Lima 2000, pág. 49.

⁴⁴⁷ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/16. Añade a esta cuestión SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 38, que la imputación en estos delitos surge como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organizar/ responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice”.

⁴⁴⁸ Así resume la postura de JAKOBS para los delitos por competencia organizacional ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob.cit. pág. 227. En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, ob. cit. pág. 43.

Si bien afirma JAKOBS que el criterio del dominio debe caracterizar la autoría en los delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*”, deben tenerse en cuenta las *particularidades* que este autor aporta al criterio del dominio. Para este autor el dominio del hecho es una *cuestión cuantitativa*; dicho de otro modo, valora el *quantum* de aportación al hecho que ha realizado el sujeto y que deviene insuficiente para afirmar la responsabilidad de éste en un determinado hecho delictivo. Para JAKOBS, el dominio del hecho puede ser disuelto en un *concepto normativo*, precisamente en el de *competencia*⁴⁴⁹. La respuesta a la pregunta ¿quién responde? debe determinarse —a juicio de JAKOBS— en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias⁴⁵⁰. Por este motivo afirma que “*el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social*”⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 118.

⁴⁵⁰ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 93.

⁴⁵¹ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 92. En sentido similar en *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. 21/35 cuando afirma “La autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio per se, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera de modo nominalista, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad”.

El criterio de la competencia utilizado por JAKOBS despliega su eficacia en las diferentes modalidades de comisión delictiva. En el ámbito de la *autoría única y directa*, JAKOBS entiende que ni tan sólo es necesario el criterio del dominio, pues es obvio que el que realiza todos los actos él sólo y de manera directa, es autor del delito. Ahora bien el criterio de la competencia le permite afirmar que no debe imputarse forzosamente el delito a aquella persona que actúa en último lugar, por bien que realice el acto ejecutivo y decisivo, sino que es necesario que, a través de un elemento normativo pueda atribuírsele la causación a su *ámbito de responsabilidad*⁴⁵².

Así lo ejemplifica JAKOBS con el siguiente interrogante ¿a quién se le ocurre elogiar a quien pone un disco de música en el aparato reproductor (¡último!) por la calidad de la composición? El Derecho escrito o la estructura jurídica no escrita de la sociedad —continúa JAKOBS— no siempre atribuyen el dominio de un riesgo en todo caso al último, especialmente no lo hacen cuando éste sólo por casualidad estaría en condiciones de evitar la producción de un daño, sino que se lo atribuyen al siguiente sujeto *competente*⁴⁵³. Esta concepción permite calificar como verdadero autor a un sujeto que actúa (de manera activa u omisiva) con anterioridad si se le puede atribuir a él la competencia sobre el riesgo creado.

⁴⁵² Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 92.

⁴⁵³ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 91.

En el ámbito de la *coautoría* argumenta JAKOBS que los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos pues, en este ámbito todos ellos quedan *vinculados* en virtud de un reparto de trabajo⁴⁵⁴ que lejos de aislarlos (a cada uno de ellos) los une provocando que el dominio del hecho únicamente lo posea el colectivo. Además y, siendo coherente con su postura, entiendo que deberá demostrarse también que todos los intervinientes poseen una *competencia* sobre el hecho *compartida*. Por último en lo referente a la *autoría mediata* asevera JAKOBS que, no se trata de un dominio del instrumento lo que conduce a afirmar esta clase de autoría, sino la *competencia por lo hecho por el instrumento*. Es competente por la conducta del instrumento quien presta una contribución que vaya más allá de lo socialmente adecuado, de lo neutral, llevando a cabo una aportación específica a que el instrumento ejecute una determinada conducta lesiva⁴⁵⁵.

En definitiva puede afirmarse que la idea de la competencia es un criterio que, a juicio de JAKOBS, debe acompañar en todo caso al del dominio para poder afirmar la autoría de un sujeto en los denominados

⁴⁵⁴ Vid. JAKOBS, "El ocaso del dominio del hecho", ob. cit. págs. 98 ss.

⁴⁵⁵ Vid. JAKOBS, "El ocaso del dominio del hecho", ob. cit. pág. 109. Pormenorizadamente sobre la cuestión de la autoría mediata vid. EL MISMO, "La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva" (trad. CANCIO MELIÁ), en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima 2000, págs. 249 ss.

delitos de “responsabilidad por competencia organizacional”. Ello se deriva de la idea aportada por JAKOBS de que el dominio del hecho en realidad se reduce a una cuestión que delimita la aportación cuantitativa del sujeto en el hecho que, huérfana de “competencia”, carece de relevancia jurídico-penal. Ahora bien, no debe obviarse que el criterio de la competencia no es exclusivo de esta clase de delitos, antes al contrario. Como veremos, también en los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” está presente la idea de competencia que, en estos delitos, deberá estar acompañada, para afirmar la autoría del sujeto especialmente obligado, de la infracción del deber. De este modo, ambas clases delictivas encontrarían una fundamentación común basada precisamente en este criterio: la competencia⁴⁵⁶.

Bajo mi punto de vista el criterio de la competencia acuñado por JAKOBS, podría ser equiparable al de “figura central” de ROXIN. Entiendo que JAKOBS intenta aunar bajo un nexo común los delitos de dominio (delitos de “responsabilidad por competencia organizacional”) y los delitos de infracción de deber (delitos de “responsabilidad por competencia institucional”) aportando así un supraconcepto normativo al que poder reconducir el concepto de autor en ambas clases de delitos. Sin estar de acuerdo con JAKOBS en lo esencial de su construcción dogmática, sí debo reconocer que el criterio de la competencia me parece, como ya apunté al hilo del estudio de la pertenencia del hecho y

⁴⁵⁶ En este sentido vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 120.

en la toma de postura, nada desdeñable y, desde luego, con un contenido material superior al acuñado por ROXIN en la “figura central”, extremo que hace preferible aquél a éste.

Como ya se ha adelantado, el corolario de los delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*” son, para JAKOBS, los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” que básicamente coincidirían con los delitos de infracción de deber en la concepción roxiniana. En las líneas que siguen se analizará, por ser una construcción dogmática especialmente interesante en esta investigación, dichos delitos de forma autónoma.

2.2 Los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)

2.2.1 Planteamiento general

Los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”, se caracterizan, según JAKOBS, de modo muy distinto a los que sucintamente ya se han analizado. En esta clase de delitos, el *fundamento* de la imputación reside en una responsabilidad en virtud de una relación institucional. El posible sujeto activo de los delitos que así

pueden catalogarse, se caracteriza por hallarse inmerso en una concreta institución lo que le otorga un *especial status*. Por ello, la responsabilidad de este sujeto especialmente “cualificado” cabe fundamentarla mediante la *lesión del deber* que su pertenencia a dicha institución le otorga⁴⁵⁷. Este deber, se caracteriza, a su vez, por afectar únicamente al titular de un determinado *status* –al igual que sucedía en la construcción dogmática de ROXIN-extremo que conlleva importantes consecuencias en el ámbito de la autoría y participación en esta constelación delictiva.

En definitiva, a diferencia de lo que sucedía en los “*delitos por competencia organizacional*”, con independencia del hecho, existe una relación entre el autor y el bien, que no está definida únicamente de modo negativo como un mero “no lesionar”, sino *positivamente* por medio de un *status* del autor en relación con el bien⁴⁵⁸. En estos delitos, las *expectativas* se defraudan, no con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber otorgado por la pertenencia a una concreta institución, esto es, se *infringe* un “*deber institucional*”⁴⁵⁹. Todo ello puesto que el sujeto está obligado a velar por la institución en

⁴⁵⁷ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/2; EL MISMO, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 89. Se adhiere a esta opinión para el delito de prevaricación judicial RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit. págs. 136 ss.

⁴⁵⁸ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 7/70.

⁴⁵⁹ Siguiendo la concepción de la infracción de un deber institucional vid. RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit. págs. 146 ss.

la que se encuentra inmerso, y no sólo debe evitar los peligros que surjan de su propia esfera de organización, sino, en general, de cualquier otra⁴⁶⁰.

A este respecto, el ejemplo principal –según JAKOBS, lo ofrecen los padres en la relación con sus hijos: está claro que los padres no quedan definidos de modo suficiente por el hecho de ser personas que no deben lesionar a sus hijos, sino sólo cuando se añade la ulterior expectativa de que deben formar con ellos *un mundo común* beneficioso para éstos⁴⁶¹.

Como ya se ha apuntado, los delitos que a juicio de JAKOBS pueden ser tildados como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”, encuentran una correspondencia, prácticamente total, con respecto a los *Pflichtdelikte* acuñados en su día por ROXIN. No obstante ello, debe reconocerse que JAKOBS, en el desarrollo de su teoría, se esfuerza en precisar las particularidades de los deberes que nacen, en palabras de ROXIN, de “realidades previas ya conformadas”⁴⁶². De este modo, JAKOBS aporta una fundamentación –ausente por otra parte en la construcción dogmática de los *Pflichtdelikte*– tanto del deber, como del papel protagonista que éste adopta en determinados delitos.

⁴⁶⁰ Vid. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. págs. 227 y 228.

⁴⁶¹ Vid. JAKOBS, “Teoría y praxis de la injerencia” ob. cit. pág. 50.

⁴⁶² Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 40.

Esta aportación es el concepto de *institución*. La institución se caracteriza, a juicio de JAKOBS, por establecer una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad al hecho⁴⁶³. Las instituciones a las que se refiere este autor son las relaciones paterno-filiales y sus sustitutos, la confianza especial, así como las relaciones estatales de poder, la función “policial” de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de justicia (deberes genuinamente estatales)⁴⁶⁴. Afirmar JAKOBS que, de entre las diversas funciones de las instituciones citadas, una de ellas –pues no todas están penalmente aseguradas– consiste en la *garantía de expectativas*, que se encuentran referidas al mantenimiento y protección de bienes jurídicos⁴⁶⁵.

El concepto de institución aportado por JAKOBS, no está exento de críticas. Se cuestiona su validez por no ser un concepto ontológicamente

⁴⁶³ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 29/58, definiendo lo que se entiende por institución vid. pág. 994 nota 114, donde afirma que “se entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales, la forma de relación permanente y *jurídicamente reconocida*, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta” (resaltado añadido). Vid. también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 41.

⁴⁶⁴ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 29/58; EL MISMO *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1996 (trad. CANCIO MELIÀ/ SUÁREZ GONZÁLEZ), págs. 71 ss.

⁴⁶⁵ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 29/58.

determinado y que, por tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional⁴⁶⁶. En definitiva, se critica la inseguridad jurídica que puede implicar no saber con certeza cuándo estamos ante una institución, pues no se aportan criterios materiales que permitan establecer ciertamente cuáles deben ser dichas instituciones. Esta ausencia de criterios que permitan delimitar la existencia de las mismas, impediría conocer, a su vez, si la imputación a un sujeto como autor de un determinado delito debe realizarse a través de uno u otro criterio.

Si bien puede ser compartible esta objeción dirigida al concepto de institución acuñado por JAKOBS, entiendo que dichas críticas tienen como base, no ya el propio concepto de institución sino las consecuencias que JAKOBS atribuye a la adscripción de un sujeto a dicha institución. En efecto, bajo mi punto de vista, el concepto, como tal, de “institución” no es en absoluto desdeñable. Resulta obvio, en la realidad social, la existencia de diversas instituciones, organizaciones o como quiera denominarse conceptualmente, en las que determinados sujetos ostentan un especial *status*. Por ejemplo ser padre/madre, Juez,

⁴⁶⁶ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, en SILVA SÁNCHEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima 2001, pág. 160, afirma que la supresión de JAKOBS del “matrimonio” como institución –a pesar que en los inicios de su construcción dogmática lo entendía como una institución en el seno de la cual los sujetos debían responder con acuerdo a los criterios de los delitos de responsabilidad por competencia institucional- constituye un ejemplo de la falta de solidez de dicho concepto.

funcionario de prisiones, funcionario de policía judicial, administrador de una empresa... etc. También es evidente, que de la pertenencia a dicha “institución” se derivan especiales responsabilidades que no incumben, por ejemplo, a un sujeto ajeno a las mismas.

Ahora bien, siendo perfectamente aceptable la existencia de “instituciones” que atribuyen especiales competencias y responsabilidades a un sujeto, lo que quizá no es compatible, es que, por el mero hecho de pertenecer a dicha “institución”, el sujeto deba responder, únicamente por el mero hecho de ostentar un *status*, en todo caso como autor, de los riesgos producidos en ese ámbito. Así las cosas, la objeción que parece dirigirse contra el concepto de institución no debe realizarse, en mi opinión, al concepto como tal, sino a las pretendidas consecuencias que JAKOBS atribuye al hecho de que un sujeto se halle inmerso en una de ellas.

En el seno de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” la infracción del deber por el que viene obligado el sujeto, en virtud de la adscripción a una determinada institución es, a juicio de JAKOBS, no sólo el criterio que delimita la autoría en esta constelación delictiva. Para este autor, dado que las expectativas se defraudan precisamente a través de la *infracción o lesión del deber*, en dicha infracción *reside el juicio de imputación* y, al menos en parte, el

injusto⁴⁶⁷. Esta variante es otra de las diferencias, al menos formal, con respecto a los *Pflichtdelikte* de ROXIN, pues este autor manifestaba de manera expresa que la infracción del deber explicaba tan sólo la autoría⁴⁶⁸.

Veamos a continuación cuáles son las consecuencias a las que aboca, en el ámbito de la autoría y la participación, la adopción de la infracción del deber como juicio de imputación para los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”.

2.2.2 Consecuencias en la autoría y la participación

Las consecuencias a las que conduce la teoría de los delitos de infracción de deber, esto es, los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” en la construcción jakobsiana, en el ámbito

⁴⁶⁷ En sentido similar vid. RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, ob.cit. pág. 156, afirmando que la infracción por el juez de su deber de garantizar la realización del Derecho en la administración de justicia es el fundamento del delito de prevaricación judicial.

⁴⁶⁸ En este sentido vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 43; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 227 nota 125, afirma, a diferencia de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, que el injusto en estos delitos viene definido *exclusivamente* con la lesión de la institución a la que sirve el deber. Es por este motivo por lo que el autor rehúsa seguir afirmando que la aportación de JAKOBS constituya un desarrollo de la teoría de la infracción de un deber creada por ROXIN. Sobre la caracterización del deber como criterio delimitador de la autoría en ROXIN vid. supra Parte II Capítulo II 1.2.

de la autoría y la participación, no distan mucho, en lo esencial, de las ya analizadas en el estudio de la teoría elaborada por ROXIN⁴⁶⁹. En efecto, dada la caracterización de estos delitos, en los que el criterio del dominio del hecho carece de relevancia alguna, *todo obligado especial* que quebrante el deber será, *necesariamente, autor* del tipo que así resta configurado⁴⁷⁰. Dicha afirmación, que también podía atribuirse a la teoría de los *Pflichtdelikte* acuñada por ROXIN, es en el caso de JAKOBS, más rotunda si cabe. Veámoslo.

Las consecuencias concretas en el ámbito de la autoría y la participación, se presentan, a mi juicio, mucho *más coherentes* en la construcción dogmática que ahora nos ocupa, pues se acepta sin reparos los resultados lógicos a los que inevitablemente conduce tal concepción de la autoría. En principio, tal como sucediera en la teoría de los *Pflichtdelikte* acuñada por ROXIN, la *coautoría* reduciría drásticamente su ámbito de aplicación, pues sólo debiera ser posible en la medida en que varios sujetos especialmente cualificados, infringieran el deber

⁴⁶⁹ Vid. supra Parte II Capítulo II 1.3.

⁴⁷⁰ Así lo reconoce expresamente JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/116 cuando afirma que “en estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre *directa*, es decir, sin mediación accesorio, o sea, por su parte siempre en *concepto de autor*, y además *sin tener en cuenta en absoluto un hacer*”(resaltado añadido); EL MISMO, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 89, afirma que “En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada –en la medida en que pueda evitar la realización del tipo- siempre responde como autor”. Vid. también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 183 ss; WITTECK: *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, ob. cit. págs. 99 ss.

común por el que vienen obligados. En cambio, JAKOBS afirma que, en esta clase de delitos, la coautoría debe ser *excluida* para dar paso a una *autoría accesoria*. Todo ello puesto que el deber que obliga a cada uno de los sujetos es personalísimo e independiente, de tal forma que la lesión que se produce por parte de cada uno de ellos es completa y también independiente⁴⁷¹.

Abunda en esta cuestión SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES afirmando que la coautoría en los delitos de infracción de deber no lo es por infracción de un deber común, sino *en todo caso por ejecutar conjuntamente el hecho* en el sentido de un dominio del hecho funcional en reparto de trabajo. Para ilustrar esta afirmación propone el ejemplo de dos esposos que organizan conjuntamente la muerte de su hijo común. A su juicio no estamos ante un delito de infracción de deber en coautoría, sino ante dos delitos de infracción de deber independientes, y ante una responsabilidad en coautoría pero por un delito de dominio del hecho. Cada uno de los padres –prosigue– por sí, quebranta el deber positivo que le incumbía respecto del hijo⁴⁷².

En supuestos de *autoría mediata*, como ya se apuntó, la teoría de los delitos de infracción de deber, aportaba una solución sumamente

⁴⁷¹ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/22.

⁴⁷² Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 201 y ss., especialmente pág. 205.

sencilla para solucionar supuestos especialmente complicados, cuales son los casos de utilización de instrumento doloso no cualificado. En estos supuestos, la afirmación de la autoría “mediata” del *intraneus* (sujeto especialmente obligado) resultaba fácilmente aceptable si se partía de la premisa de que “cualquier causar”⁴⁷³ quebrantador del deber, daba lugar a la comisión del delito. Pues bien, precisamente las críticas a la incoherencia de esta solución⁴⁷⁴ son salvadas por JAKOBS que afirma expresamente que no procede, en estos supuestos, la afirmación de la autoría “mediata” del *intraneus* sino su *autoría directa*⁴⁷⁵.

Nuevamente en este aspecto debe aludirse a la explicación que de esta solución ofrece SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES. Este autor afirma que la autoría mediata no parece la construcción jurídico-penal adecuada para describir dogmáticamente la situación del obligado positivamente que lleva a un *extraneus* o deja que ese *extraneus* lleve a cabo la ejecución que –si bien no para él, pero sí para el *intraneus*– resulta típica. Todo ello puesto que un deber positivo obliga –en opinión de SÁNCHEZ-VERA– a la protección y fomento del bien jurídico de que

⁴⁷³ En este sentido vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/116 cuando afirma: “... el interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, *por incidental que sea*, autor por comisión...” (resaltado añadido).

⁴⁷⁴ Vid. supra Parte II Capítulo II 1.3.2.

⁴⁷⁵ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/22 y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 206 ss.

se trate, sin que importe de dónde vengan los peligros ni de qué forma el mismo pueda ser dañado⁴⁷⁶.

Estamos pues —prosigue SÁNCHEZ-VERA— ante una *responsabilidad inmediata del obligado especial*, ya que la vinculación que éste tiene con el bien jurídico al que debe ayuda y fomento también es inmediata y personalísima. Si la vinculación es inmediata, inmediato también será, en su caso, su quebrantamiento, sin necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata. Si además y, debido a que el sujeto especialmente obligado ha organizado un dominio del hecho sobre otra persona, estamos ante una responsabilidad por autoría mediata en virtud de ese dominio del hecho, es algo que, como sucedía para los casos de coautoría, no tiene ninguna relevancia para la teoría del delito de infracción de deber⁴⁷⁷.

En cuanto a la *participación*, no se aporta novedad alguna en la concepción de JAKOBS: podrá ser calificado de partícipe aquel sujeto que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial que, a diferencia del *intraneus*, no le compete puesto que no se halla inmerso en una institución. En cambio, habida cuenta de la insignificancia del

⁴⁷⁶ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 207 y 208.

⁴⁷⁷ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 208.

quantum aportado por el especialmente obligado, no será posible, en ningún caso, su calificación como partícipe en esta clase de delitos. En la medida en que infrinja el deber, con independencia de su aportación, será autor del delito en cuestión.

En este punto me gustaría resaltar que, si bien el *quantum* aportado por el sujeto en los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” carece de importancia alguna, JAKOBS parece haber encontrado un criterio paralelo al dominio del hecho característico de los delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*”. Se trataría de la ***jerarquía de los obligados***. De este modo, la idea de la competencia estaría presente, cual supraconcepto, en la determinación de la autoría tanto de los delitos de dominio como en los delitos de infracción de deber. Sin embargo, dicha idea estaría acompañada, en unos casos por un criterio cuantitativo como el dominio del hecho (delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*”) y en otros por el criterio de la jerarquía establecida entre los obligados especialmente (delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”) ⁴⁷⁸.

Muchas son las críticas que pueden esgrimirse contra las consecuencias derivadas de la asunción de la categoría delictiva que nos ocupa en el ámbito de la autoría y la participación. Todas ellas se vieron ya pormenorizadamente al hilo del análisis de los *Pflichtdelikte*, por lo

⁴⁷⁸ Vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 120.

que a ese lugar debo remitirme⁴⁷⁹. Sin embargo, creo que, a modo de resumen, la mayoría de estas objeciones pueden reconducirse a un nexo común: la mera infracción del deber del especialmente obligado equivale a la autoría de un delito de “*responsabilidad por competencia institucional*”, lo que permitiría enmarcar esta teoría como una manifestación del sistema –a mi juicio inadmisible- de responsabilidad por la mera infracción de la norma, desechando el sistema de responsabilidad por la propia intervención en el hecho⁴⁸⁰.

En definitiva, adoptar la teoría que aquí se ha esbozado, supone asumir una construcción dogmática que, de manera inevitable, carece de posibilidad de distinción entre las diferentes figuras e instituciones elaboradas, tras décadas de discusión e investigación doctrinal, desde la Parte General del Derecho Penal. Desde la tentativa, cuya apreciación es francamente difícil en esta clase de delitos –tal y como son concebidos por JAKOBS, claro está- hasta la necesaria distinción entre las diferentes formas de autoría y participación, sin olvidarnos de la indeseable

⁴⁷⁹ Vid. supra Parte II Capítulo II 1.2 y 1.3.

⁴⁸⁰ En este sentido ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 232 y págs. 143 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

confusión entre acción y omisión, aparecen como consecuencias ineludibles en tal teoría⁴⁸¹.

Una vez esbozado el estudio del significado de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” es obligado concretar el alcance de los mismos, esto es, el ámbito en el que dicha teoría despliega toda su eficacia. Así, tras la aportación de ejemplos en los que se vislumbran los efectos de esta concepción, se conseguirá una perspectiva más perfilada y permitirá, a su vez, abundar en las diferencias existentes entre las construcciones dogmáticas de ROXIN y JAKOBS.

2.3 Ámbito de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)

Como ya se ha visto, para JAKOBS, todo aquel sujeto que se halla inmerso en una institución, habida cuenta del especial *status* del que goza, está obligado, especial y solidariamente, a velar por el bien al que se refiere dicha institución, todo ello con absoluta independencia de la forma de actuación del especialmente obligado⁴⁸². Pues bien, la cuestión

⁴⁸¹ Recuérdese en este punto las objeciones basadas en el *principio de legalidad* dirigidas a la construcción dogmática de ROXIN y sus consecuencias. Vid supra Parte II Capítulo II 1.2 y 1.3.

⁴⁸² Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 7/70.

es la siguiente ¿en qué tipos delictivos queda obligado de este modo el sujeto activo? En definitiva ¿en qué delitos rige la mera infracción del deber como juicio de imputación al sujeto? ¿coinciden estos con los tradicionalmente denominados delitos especiales? ¿son todos los delitos de omisión delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”?

2.3.1 Los denominados “delitos comunes” como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)

Al inicio del estudio de la construcción dogmática de JAKOBS, ya se apuntó que este autor distinguía claramente entre dos clases de delitos, de tal manera que, dicha diferenciación, podía equipararse a la ya establecida en su día por ROXIN entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Por otra parte, cabe destacar que en muchas ocasiones se ha pretendido equiparar –de manera errónea– esta dicotomía en la clasificación delictiva con la de delitos comunes / delitos especiales. Pues bien, tal y como concibe JAKOBS, los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” y el alcance que atribuye a la institución por la que el sujeto que se haya inmerso en ella queda especialmente obligado, se desbarata absolutamente esta posible equiparación entre delitos comunes / delitos de dominio (“delitos de responsabilidad por

competencia organizacional”) y delitos especiales / delitos de infracción de deber (“delitos de responsabilidad por competencia institucional”).

En efecto, para JAKOBS, en la medida en que el autor de un delito sea un sujeto especialmente obligado, es decir, se encuentre inmerso en una institución, por bien que el delito esté configurado como un delito de dominio, es decir, como un delito de “*responsabilidad por competencia organizacional*”, dicho tipo delictivo se transformará, por este hecho, en un delito de “*responsabilidad por competencia institucional*”. Este extremo implica, obviamente, que los criterios en los que debe basarse el juicio de imputación de la autoría no serán los propios de los delitos de dominio sino, por el contrario, los vigentes en los delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*” en los que, recuérdese, la defraudación de las expectativas a través de la mera infracción del deber es suficiente para afirmar la autoría del sujeto.

Esta circunstancia la ilustra SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES con un ejemplo⁴⁸³: “*el padre que facilita al asesino de su hijo (del padre) un cuchillo no es mero cómplice de un homicidio o asesinato, sino **autor** del mismo, puesto que mediante su comportamiento ha quebrantado su deber de cuidado institucional (patria potestad), habiendo transformado un “simple” delito de homicidio en un delito de infracción de deber*”. En

⁴⁸³ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 43 y 44.

este supuesto, por tanto, el criterio a tener en cuenta para determinar la autoría no puede ser, en ningún caso, el dominio del hecho —por bien que *a priori* el homicidio aparezca configurado como un delito de dominio, sino por el contrario, la mera infracción del deber de salvaguarda del bien al que se refiere la institución en la que se encuentra inmerso el sujeto especialmente obligado.

A la vista de este ejemplo, puede concluirse que los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” no son todos aquellos en los que el legislador ha reducido expresamente —en virtud de la existencia de una institución previa se supone— el círculo de posibles sujetos activos, sino que son todos aquellos en los que un sujeto lesiona una institución infringiendo, a través de cualquier “causar”, el deber de tutela por el que viene obligado. Todo ello con independencia de que el legislador haya formulado el tipo en cuestión con ausencia de cualquier restricción en sede de autoría.

Esta nueva “reformulación” de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” ilustrada a través de este, cuanto menos sorprendente, ejemplo, evidencia una clara diferencia con respecto a la concepción que de los delitos de infracción de deber sostiene ROXIN. Éste, acorde con su construcción, calificaría el delito de homicidio, en cualquier caso, como delito de dominio por lo que el criterio delimitador de la autoría sería el dominio del hecho en toda su extensión. De este

modo, la postura de JAKOBS supone, en cierta medida, una **ampliación** del ámbito de aplicación de los delitos de infracción de deber (delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”) con respecto a la teoría de los *Pflichtdelikte* de ROXIN⁴⁸⁴ y, bajo mi punto de vista, absolutamente insostenible.

Quizá la crítica más palmaria que puede esgrimirse contra esta formulación de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” como toda forma de conducta que lesiona una institución, es, de nuevo, la **flagrante infracción** a las más elementales normas emanadas del **principio de legalidad**. Las principales objeciones que motivaban esta crítica ya fueron expuestas con ocasión del estudio de la formulación de los *Pflichtdelikte*, así que deben darse, en este lugar, por reproducidas⁴⁸⁵. Sin embargo, puede añadirse en este punto otro argumento.

No sólo es más que cuestionable –por las razones ya expuestas– que la mera infracción de deber a través de “cualquier causar” –sin tener en cuenta, por tanto, la redacción típica– resulte suficiente para imputar a título de autor un delito de estas características al sujeto especialmente obligado, sino que –bajo mi punto de vista– es absolutamente rechazable

⁴⁸⁴ En este sentido vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 44.

⁴⁸⁵ Vid. supra Parte II Capítulo II 1.2.

el hecho de que la configuración de un delito como delito de “responsabilidad por competencia institucional” se realice totalmente al margen de la ley.

Habida cuenta de la configuración aportada por JAKOBS de esta constelación delictiva, la cualificación/obligación del sujeto le “persigue” en cualesquiera de sus actuaciones, convirtiéndolas en especialmente significativas por el mero hecho de estar adscrito o inmerso en una determinada institución. Todo ello, con independencia de las valoraciones del propio legislador, que en algunas ocasiones no realiza o no quiere realizar, distinción alguna entre los comportamientos de un especialmente obligado y alguien que no lo es. Este sería el caso del delito de homicidio, en el que es la propia ley la que otorga idéntica relevancia –salvo la agravante genérica de parentesco aplicable en el ejemplo anterior- a la conducta de un sujeto adscrito a una institución y a la de otro sujeto que no goza de ese especial *status*.

En suma, a mi juicio, la calificación de un delito como delito de infracción de deber/ delito de “responsabilidad por competencia institucional” debe, cuanto menos, gozar de una mínima base legal que permita el reconocimiento de un tipo delictivo como tal. Sólo de esa modo, podrán salvarse algunas de las importantes objeciones que, basadas en la infracción del principio de legalidad, se dirigen contra las concepciones aquí estudiadas.

Sin embargo, quiero poner de relieve, que la concepción de tales delitos afianza de algún modo las conclusiones –provisionales si se quiere– alcanzadas en el capítulo anterior. En ese lugar se sostenía que la nomenclatura delito de infracción de deber (delito de “responsabilidad por competencia institucional”) no hacía referencia a una clasificación de delitos en atención al sujeto activo. Por el contrario, trascendía a una mera cuestión clasificatoria formal para configurarse como un verdadero *criterio delimitador* de la autoría, extremo que impedía la comparación entre delitos especiales y delitos de infracción de deber, por pertenecer ambas clasificaciones a *planos absolutamente diferenciados*.

Teniendo en cuenta las explicaciones dadas hasta el momento, resulta bastante evidente que la calificación de un delito como delito de “responsabilidad por competencia institucional” no hace referencia a una clasificación que recoja la distinción realizada por el legislador en atención a los posibles sujetos activos de un delito. Más bien alude a la conveniencia de adoptar uno u otro criterio de delimitación de la autoría para determinados delitos y, siguiendo la teoría jakobsiana, un criterio en el que reside el juicio de imputación y, al menos en parte, el injusto (defraudación de expectativas).

2.3.2 Los delitos especiales y los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)

A estas alturas de la investigación, ha quedado suficientemente claro que para que un delito sea catalogado como delito de “*responsabilidad por competencia institucional*” debe comprobarse previamente la existencia de una institución en su trasfondo. Precisamente por este motivo, el sujeto que se halla inmerso en dicha institución, adquiere un especial *status* y, a su vez, un deber solidario de salvaguarda del bien relacionado con la institución a la que pertenece. Resumida de este modo la postura de JAKOBS acerca de los delitos que ahora nos ocupan, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿son todos los “delitos especiales”, en el bien entendido de aquellos delitos que albergan restricciones en sede de autoría, delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”? Pues bien, la respuesta a esta pregunta debe ser, a juicio de JAKOBS, negativa.

En efecto, JAKOBS asume expresamente una clara ***diferenciación entre delitos de infracción de deber*** (“*responsabilidad por competencia institucional*”) y ***delitos especiales***, diferenciación que se basa, obviamente, en la existencia o no de una institución en el trasfondo de los

diferentes delitos⁴⁸⁶. Para JAKOBS, los delitos especiales, se corresponden con aquellos tipos en los que, efectivamente, existe una restricción del círculo de posibles autores, pero dicha delimitación en el ámbito de la autoría no se corresponde con la existencia de una institución. La ausencia de dicha institución motiva que estos delitos no puedan ser concebidos como delitos de infracción de deber.

En esta clase delictiva, denominada por JAKOBS como *delitos especiales en sentido amplio* (*Sonderdelikte*), el legislador ha llevado a cabo una restricción en sede de autoría porque, sin ser portadoras de deberes especiales, sólo ciertas personas pueden atacar un bien determinado, o sólo ellas pueden hacerlo de una manera concreta o de modo especialmente fácil⁴⁸⁷. Se trata de descripciones de autores que sólo han de caracterizar la situación en la que es posible la actuación típica como tal o de modo especialmente relevante⁴⁸⁸. En definitiva, la

⁴⁸⁶ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/24 y 23/25, hace referencia a la distinción entre delitos especiales en sentido amplio y delitos especiales en sentido estricto, equiparables estos últimos a los delitos de infracción de deber (delitos de “responsabilidad por competencia institucional”). En sentido similar VOGEL, *Norm und Pflicht*, ob. cit. págs. 136 ss. Distingue expresamente en el ámbito de los delitos especiales entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, ob. cit. págs. 164 ss.; EL MISMO “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, en RDPC (9) 2002, pág. 133.

⁴⁸⁷ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/24.

⁴⁸⁸ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/24.

limitación del círculo de autores que lleva a cabo el legislador en estos delitos es una limitación meramente fáctica.

Dado que en los delitos especiales en sentido amplio no puede reconocerse la existencia de una institución que garantice un deber que obligue al sujeto con un determinado *status*, el criterio que debe delimitar la relación de autoría es, obviamente, el *dominio del hecho* en toda su extensión, como clara contrapartida al criterio de la infracción del deber. Ahora bien, forzosamente se tendrá en cuenta la circunstancia de que no cualquier sujeto, ni de cualquier forma, puede “dominar el hecho”, sino que, por el contrario, sólo estarán en posesión del dominio aquellos que cumplan los elementos descriptivos establecidos en el tipo.

Ejemplos de este grupo delictivo son, según JAKOBS, la apropiación indebida sin quebrantamiento de confianza (§ 246 StGB), el delito de huida sin prestar asistencia en los accidentes de tráfico, (§ 142 StGB), el motín de presos (§ 121 StGB), la puesta en peligro de barcos (§ 297 StGB), el exhibicionismo (§ 183 StGB), la utilización indebida de cosas pignoradas (§ 290 StGB), el alzamiento de bienes (§ 288 StGB) y la quiebra fraudulenta (§ 283 StGB)⁴⁸⁹. En estos supuestos estamos ante tipos en los que, a pesar de que el círculo de posibles sujetos activos queda legalmente restringido, ello no obedece a la existencia de un deber especial asegurado institucionalmente.

⁴⁸⁹ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/24.

A diferencia de lo que ocurre en los delitos de infracción de deber (delitos de “responsabilidad por competencia institucional”), en los delitos especiales en sentido amplio, los *elementos limitadores del círculo de autores* son, como otros elementos de la situación típica, descripciones de la configuración de un ámbito de organización⁴⁹⁰. Como tales *elementos descriptivos* serían plenamente comunicables accesoriamamente, lo que impediría la aplicación del § 28 StGB en los supuestos de participación en el hecho de sujetos en quienes tales elementos no concurren. La consecuencia derivada de esta afirmación es que la pena del autor y la del partícipe en un delito de estas características deberá ser idéntica⁴⁹¹.

Por lo que respecta a los delitos *especiales en sentido estricto*, los elementos a través de los que se limita el círculo de posibles sujetos activos, no sólo describen el alcance de un ámbito de organización, sino también un *status* del autor. Todo ello puesto que puede vislumbrarse en el trasfondo de estos delitos una institución en la que se halla inmerso el sujeto. De este modo, el legislador vendría a describir las expectativas de

⁴⁹⁰ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/24.

⁴⁹¹ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 47; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

un comportamiento conforme a derecho mediante la referencia al sujeto sobre el que recae un deber especial⁴⁹².

Por estas razones, los delitos especiales en sentido estricto pueden ser concebidos como delitos de ***“responsabilidad por competencia institucional”*** (delitos de infracción de deber), con todas las consecuencias que ello implica en el ámbito de la autoría y la participación. La más destacable: el obligado especialmente, por lo que se refiere al ámbito de su deber especial, es siempre autor⁴⁹³, por el mero hecho de defraudar las expectativas a través de la infracción del deber por el que viene obligado, relegando al resto de intervinientes, con independencia de la importancia cuantitativa y cualitativa de su aportación, a la categoría de partícipes⁴⁹⁴.

Para JAKOBS, pueden incluirse en este ámbito delictivo relacionado con deberes especiales, los deberes derivados del cargo en los delitos de funcionarios, numerosos deberes de custodia personales o patrimoniales en ciertos tipos de la Parte Especial, los deberes de quienes deben declarar en los delitos contra la Administración de Justicia (§§ 153 y 154 StGB), los deberes de los §§ 174 y ss. StGB contra el abuso de una posición asegurada mediante

⁴⁹² Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/25; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

⁴⁹³ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 21/115 y 23/25.

⁴⁹⁴ Sobre la participación del *extraneus* en esta clase de delitos vid. el amplio desarrollo dogmático de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 215 ss.

confianza cualificada o cualquier otra vía institucional, así como, finalmente, los deberes de garantía en virtud de responsabilidad institucional no vinculados a determinados tipos (relación paterno-filial, especial confianza, etc.)⁴⁹⁵.

Entiendo que los *delitos cometidos por administradores de hecho o de derecho* son incluidos por JAKOBS dentro de esta constelación delictiva, cual es, los delitos especiales en sentido estricto equiparables a delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”, puesto que su nombramiento (de administrador de derecho) o la asunción material de funciones de administración (administrador de hecho) puede concebirse como una posición asegurada mediante confianza cualificada. Sin embargo, entiendo que *no ocurre lo mismo* en el delito de alzamiento de bienes o en el caso del delito fiscal, puesto que afirma este autor que la mera cualidad de deudor no constituye una verdadera institución⁴⁹⁶.

En estos casos, a diferencia de lo que sucediera en los delitos especiales en sentido amplio, *sí* resulta de aplicación el § 28 StGB pues, las circunstancias personales del sujeto especialmente obligado en virtud de su pertenencia a una institución, no tienen carácter accesorio para los partícipes, es decir, no les son comunicables, por lo que la pena de éstos habrá de ser, en una u otra forma, atenuada⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 23/25.

⁴⁹⁶ vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 25/45 y 25/46.

⁴⁹⁷ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. pág. 47. En contra de la punibilidad del *extraneus* en este tipo de delitos vid. la

En lo referente a los delitos especiales como delitos de infracción de deber, es obligado destacar la aportación que en este punto realiza SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Partiendo de idéntica premisa que su maestro alemán, esto es, de que los delitos especiales en sentido estricto deben ser concebidos como delitos de infracción de deber, SÁNCHEZ-VERA afirma que debe *abandonarse* la clásica *distinción* entre delitos especiales propios e impropios, en su concepción: *delitos de infracción de deber propios e impropios*.

En efecto, para este autor resulta del todo irrelevante el hecho de que el delito de infracción de deber en cuestión tenga un delito común paralelo (delito de infracción de deber “impropio”) o no (delito de infracción de deber “propio”). En opinión de SÁNCHEZ-VERA, los delitos de infracción de deber impropios son también auténticos delitos de infracción de deber, pues se fundamentan también en la lesión de una institución positiva⁴⁹⁸. Ello implica, en opinión de SÁNCHEZ-VERA, que *no* pueda apreciarse un *contenido de injusto distinto* para los delitos de infracción de deber propios y para los impropios, por el contrario

argumentación y crítica de ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. págs. 235 ss.

⁴⁹⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. pág. 186.

ambas clases de delitos poseen exactamente el mismo y por ello deben ser tratados del mismo modo⁴⁹⁹.

Lo expuesto hasta el momento puede resumirse del siguiente modo: a juicio de JAKOBS, pueden distinguirse, en el ámbito de los delitos especiales, es decir, delitos que presentan restricciones en sede de autoría, entre *delitos especiales en sentido amplio* y *delitos especiales en sentido estricto*. El criterio en el que basar el juicio de imputación debe ser, para los primeros, el *dominio del hecho* en toda su extensión, y la *infracción del deber* para los segundos pues constituyen éstos delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”.

Así las cosas, vemos como las conclusiones que se adelantaban en el capítulo anterior pueden ser corroboradas nuevamente en este punto. Atendiendo a la construcción elaborada por JAKOBS, se aprecia claramente que la calificación de un delito como “delito de infracción de deber” se utiliza, no ya como una mera clasificación en atención al sujeto activo, sino como un criterio exclusivo en el que fundamentar la imputación del delito al sujeto especialmente cualificado.

⁴⁹⁹ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, ob. cit. págs.198 ss.

2.3.3 Los delitos de omisión y los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (*Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit*)

En el ámbito de los delitos de omisión, también puede apreciarse alguna diferencia entre la construcción dogmática de JAKOBS y la elaborada por ROXIN. Como ya se vio, este autor sostenía que todos los delitos de comisión por omisión debían ser entendidos como delitos de infracción deber. La principal consecuencia derivada de esta afirmación es que, en esta constelación delictiva, el único criterio válido para determinar la autoría es, como no podía ser de otro modo, la infracción del deber del sujeto especialmente obligado.

De este modo, en los delitos que en su versión comisiva son calificados como delitos de dominio, se aprecia una estructura doble: delitos de dominio cuando la conducta es comisiva y delitos de infracción de deber cuando, por el contrario, la conducta es omisiva. Por otra parte, en los delitos calificados *a priori* como delitos de infracción de deber, la diferencia entre una acción omisiva y una comisiva carece de relevancia alguna, puesto que ambas modalidades de acción son, en estos delitos, absolutamente equiparables.

Sin embargo, para JAKOBS no todos los delitos de comisión por omisión han de ser calificados forzosamente como delitos de infracción

de deber, lo que supone una **restricción** del ámbito de aplicación de los delitos de infracción de deber con respecto a la teoría elaborada por ROXIN. En efecto, la distinción realizada por este autor entre delitos de “*responsabilidad por competencia organizacional*” y delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” se traslada también al ámbito de la omisión⁵⁰⁰.

A juicio de JAKOBS, únicamente podrán ser calificados como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (delitos de infracción de deber) aquellos **cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional**. Es decir, que los delitos de comisión por omisión no son delitos de infracción de deber *per se*, sino que ello depende de si el sujeto que ocupa la situación de garante está inmerso en una institución que le otorgue un especial *status*. Sólo en el caso de que así sea, el delito en cuestión será reconocible como un delito de “*responsabilidad por competencia institucional*”, caracterizado por que la conservación del bien jurídico debe hacer posible una relación positiva⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 28/14 afirmando expresamente que dicha diferenciación debe trasladarse también al ámbito de la omisión; EL MISMO, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión” (trad. PEÑARANDA RAMOS), en JAKOBS *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1997, págs. 363 ss.

⁵⁰¹ Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 25/45.

Por el contrario, existen también *delitos de omisión en virtud de una incumbencia organizacional*, es decir, delitos que son equiparables a los delitos de organización o dominio por comisión y que, por ello, no han de ser considerados delitos de infracción de deber. Así lo pone de manifiesto JAKOBS cuando afirma que en los delitos de omisión semejantes a la comisión hay deberes de actuar que representan costes a la libertad de actuar. El fundamento de la responsabilidad por el delito de omisión en estos casos (deberes en virtud de responsabilidad por organización) es idéntico al fundamento de responsabilidad por los delitos de dominio de comisión: tener consideración por los demás (resto de esferas de organización) al configurar el propio ámbito de organización⁵⁰².

3. Conclusiones

Vistas la principales y más significativas posturas doctrinales acerca de la teoría de los delitos de infracción de deber, procede ahora poner de manifiesto cuál es el posicionamiento sostenido en este trabajo acerca de dicha construcción dogmática, postura que se ha ido adelantando ya al hilo del estudio de las teorías elaboradas por ROXIN y JAKOBS.

⁵⁰² Vid. JAKOBS, *Parte General*, ob. cit. 28/14.

Tal y como han sido planteadas ambas concepciones de los delitos de infracción de deber, bien podrían ser, en principio, aplicables en aquellos delitos en los que el sujeto activo se circunscribe al administrador de hecho o de derecho. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos en los que también existen restricciones en sede de autoría⁵⁰³, parece ser que los delitos societarios⁵⁰⁴ pueden ser catalogados como verdaderos *Pflichtdelikten* –en la concepción de ROXIN- o bien como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” –atendiendo a la construcción de JAKOBS-.

En el primer caso, ya vimos con ejemplos –recuérdese la alusión al delito de administración desleal (§ 266 StGB)- como desde la teoría de los *Pflichtdelikte* los delitos societarios –cuanto menos el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) habida cuenta de la similitud con la figura delictiva recogida en el StGB- podían ser calificados como

⁵⁰³ Vid. el caso del delito de alzamiento de bienes que, si bien puede ser considerado bajo la óptica de un concepto amplio y simple de delito especial como tal, no es incluido en la categoría de los *Pflichtdelikte* (ROXIN) ni tampoco es concebido como un delito de “*responsabilidad por competencia institucional*” (JAKOBS). Sobre este tema vid. supra Parte II Capítulo II 1.4 y 2.3.2.

⁵⁰⁴ Esta afirmación se realiza teniendo en cuenta únicamente que el posible sujeto activo de estos delitos es, tal y como indican los tipos, el administrador de hecho o de derecho. Sin embargo, qué duda cabe, que deben analizarse cada uno de ellos en profundidad para observar sus particularidades y poder afirmar de este modo si efectivamente podrían ser tildados todos ellos de verdaderos delitos de infracción de un deber. Sobre este tema vid. el estudio particularizado de GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal de administrador de hecho de la empresa*, ob. cit. págs. 213 ss.

delitos de infracción de deber. La existencia de un deber extrapenal que obligaba únicamente al sujeto especialmente cualificado (administrador) a velar por el patrimonio ajeno (deber de administrar diligentemente) así lo propiciaba.

Atendiendo a la segunda de las construcciones dogmáticas estudiadas, parece deducirse de las distintas argumentaciones y ejemplos propuestos, que las relaciones entre individuos basadas en una especial confianza son entendidas por JAKOBS como una verdadera institución positiva. No parece descabellado –como ya se apuntó– entender que la calificación de administrador obedece a una relación de estas características (especial confianza), lo que permitiría calificar los delitos cuyo sujeto activo se concreta en esta figura como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”.

En cualquier caso, atendiendo a una u otra teoría de los delitos de infracción de deber, la principal *consecuencia* que debiera asumirse es idéntica: el sujeto especialmente cualificado, es decir, el *administrador de hecho o de derecho* será, en todo caso, *autor* del delito en cuestión. En lo esencial, tal afirmación es *absolutamente compatible*, no sólo porque también atendiendo a la clasificación entre delito común/ delito especial deba llegarse a la misma conclusión sino, sobre todo, porque

desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor⁵⁰⁵ —que recuérdese es el concepto aceptado como válido en este trabajo— sólo el sujeto especialmente cualificado puede ser autor de un delito que exija tales características en sede de autoría.

De este modo, se respetaban las *exigencias* que la propia *ley* establecía para determinados delitos en los que la calificación como autor se supedita a la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones en el sujeto. Por todo ello, únicamente podrá admitirse en estos tipos— opinión esta compartida por los defensores de la teoría de los delitos de infracción de deber— la autoría del sujeto que pueda ser calificado como administrador de hecho o de derecho.

Tampoco puede obviarse que el administrador de hecho o de derecho ostenta, en principio, un *especial deber* de diligencia con respecto al patrimonio que administra, deber que obviamente no alcanza a terceros que no puedan ser calificados como tales. En definitiva, puede predicarse de la figura del administrador una especial cercanía con el patrimonio administrado, extremo que le permite únicamente a él, o a él con más facilidad que a otros, lesionar el bien jurídico en juego⁵⁰⁶. Pues

⁵⁰⁵ Sobre la conveniencia del concepto restrictivo de autor y su idoneidad para la determinación de la autoría tanto en los delitos especiales como en los delitos de infracción de deber vid. supra Parte I Capítulo I 6.

⁵⁰⁶ Sobre el especial deber de diligencia del administrador vid. pormenorizadamente infra Parte III Capítulo II 2.

bien, todas estas afirmaciones, hasta cierto punto obvias, recogen simplemente una **delimitación** palmaria y, si se quiere meramente **formal**, del círculo de autores por parte del legislador en algunos tipos penales. Esta restricción no se le escapa a las teorías de la infracción de un deber, que es recogida en toda su extensión y, por ello, en este punto, sus conclusiones deben ser, necesariamente, compartidas.

No obstante, lo que **no** puede –en mi opinión– ser **admitido** es el **criterio** a través del cual se va a determinar la responsabilidad a título de autor del sujeto especialmente cualificado, cual es, **la mera infracción del deber** –que recuérdese en el caso de los *Pflichtdelikte* (ROXIN) era un criterio que determinaba la autoría, pero en el caso de los delitos de “responsabilidad por competencia institucional” (JAKOBS) constituye incluso el fundamento del injusto–. Lo que se **rechaza** es, precisamente, la **esencia** que particulariza a los delitos de infracción de deber y que, a su vez, los sitúa en planos absolutamente diferenciados a la distinción entre delitos especiales y delitos comunes.

En efecto, atender a la infracción del deber como único criterio que delimite, cuanto menos, la autoría, por bien que garantice el respeto a la legalidad en esta sede, no atiende a los requisitos que en el ámbito de la **conducta típica** establece el delito en cuestión. Todo ello porque, recuérdese, cualquier “causar” infractor del deber puede ser tildado como suficiente para imputar el delito a título de autoría al sujeto especialmente

cualificado. Es cierto que el legislador, por unas u otras razones, delimita el círculo de posibles sujetos activos en algunos delitos, pero también lo es que en atención al mandato de certeza y determinación delimita además la conducta que se entiende jurídico-penalmente relevante.

Los sujetos que por su especial cualificación tienen acceso al bien jurídico protegido, o mayor facilidad de acceso al mismo, deben responder de la lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico de una manera muy concreta: a través de una conducta que cumpla los requisitos típicos establecidos (objetivos y subjetivos), ya sea realizada por él mismo o través de otro sujeto al que utilizan como instrumento.

Quizá los casos más problemáticos son, como ya se ha apuntado en repetidas ocasiones, los supuestos de utilización de instrumento doloso no cualificado. Simplemente quisiera recordar aquí que la argumentación esgrimida para hacer responder al *intraneus* como autor mediatos, bajo mi punto de vista, de la ofrecida por los defensores de las teorías de los delitos de infracción de deber. Como ya se dijo, bajo la perspectiva de la pertenencia del hecho se atendía, en primer lugar, a la posibilidad de imputación objetiva y subjetiva de la conducta al *intraneus*. De este modo se demostraba que la capacidad objetiva indiciaria de lesión del bien jurídico en juego se llevaba a cabo efectivamente, aunque a través de un sujeto que, precisamente por la ausencia de estas calificaciones no está en condiciones de lesionarlo, pero cuya conducta se pone al servicio de aquél que sí puede hacerlo. En suma, en estos casos y bajo estas circunstancias, podría afirmarse la pertenencia del hecho al *intraneus* puesto que no existe ningún sujeto capaz de disputarle dicha relación de pertenencia con el hecho. Dicho de otro modo: la lesión o puesta en peligro

de ese bien jurídico está exclusivamente en su ámbito de competencia y no en el del *extraneus* que ejecuta materialmente la conducta típica.

Por el contrario, una supuesta lesión o puesta en peligro del bien jurídico sobre el que se tiene un especial deber de salvaguarda, pero realizada ésta de modo no acorde con la descripción típica debe, necesariamente, ser atípica. En definitiva no se acepta, desde la perspectiva de este trabajo, una consecuencia prácticamente inevitable de las teorías (puras) de los delitos de infracción de deber: una ***responsabilidad quasi objetiva*** –responsabilidad por el cargo si se quiere- del sujeto especialmente obligado.

En mi opinión, la ***sustitución*** total de los criterios del dominio del hecho por los de titularidad del deber ***no*** es adecuada para la determinación de la autoría y participación en aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría y, en especial, para aquellos cuyo sujeto activo resulta ser el administrador de hecho o de derecho. El *quantum* –en palabras de JAKOBS- que aporta el criterio del dominio deviene indispensable, bajo mi punto de vista, para delimitar los casos de coautoría y participación de *intraneus*.

En efecto, como ya apunté más arriba, me parece necesario, en primer lugar, distinguir entre autores y partícipes, no sólo en el caso de que concurren *intraneus* y *extraneus* –lo cual es absolutamente inevitable habida cuenta de la imposibilidad del *extraneus* de ser autor en estos

delitos- , sino muy particularmente cuando todos los intervinientes sean sujetos especialmente cualificados. Para hacer posible esta distinción y, garantizar de este modo un absoluto respeto a las normas legales que describen delitos con especiales restricciones en sede de autoría, el *criterio del dominio* deviene un aspecto esencial para determinar en qué términos y bajo qué título debe imputársele a cada uno su conducta⁵⁰⁷.

Retomando en este lugar las argumentaciones esgrimidas en el estudio de la pertenencia del hecho, bien puede decirse que desde el punto de vista de potencial lesión con respecto al bien jurídico, todos los *intraanei* (en nuestro caso administradores de hecho o de derecho) gozan de idéntica posición. Todos ellos reúnen, en principio, idéntica cualificación, lo que les otorga formalmente igual capacidad lesiva con respecto al bien jurídico protegido. Ahora bien, aunque todos ellos posean esa capacidad indiciaria de lesión, la misma debe constatarse *materialmente* y ello debe , en mi opinión, determinarse atendiendo al *quantum* aportado por cada uno de estos sujetos.

⁵⁰⁷ Así lo entienden, incluso, autores que, aunque se sitúan a favor de la teoría de la infracción de un deber, exigen otros criterios para poder determinar la autoría del especialmente obligado, de este modo sólo podría ser autor aquel sujeto especialmente obligado que infrinja el deber dominando el hecho. Vid. por todos OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, Jura 1987, pág. 257; EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht*, ob. cit. 21/107 pág. 310, donde afirma que el dominio del hecho no es suficiente en la autoría de los delitos especiales.

En suma, de entre todos los *intranei* que intervienen en el hecho debemos determinar quién ha desarrollado la actividad o causado el resultado que prohíbe el precepto en cuestión. En definitiva, quién o quiénes dominan esos acontecimientos. De este modo, ayudados por los criterios del dominio en toda su extensión, podrá finalmente determinarse de quién (o quiénes) –de entre los sujetos especialmente cualificados– puede predicarse una **relación de pertenencia** con el hecho. Todo ello sin olvidar que, la imputación que supone la autoría se realizará en tercer lugar, tras la comprobación de la imputación objetiva y subjetiva, primera línea y segunda línea de imputación respectivamente.

Por todo lo anteriormente expuesto, **no** me parece de recibo **aceptar** la **denominación** de “**delitos de infracción de deber**” para aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos se reduce a la figura del administrador de hecho o de derecho, ni en general para aquellos tipos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. Con esto quiero poner de manifiesto que utilizar la nomenclatura “delitos de infracción de deber” lleva implícitas una serie de consecuencias que, salvo aclaración en contra, son asumidas en la medida en que se califica un delito como tal.

Algunas de estas consecuencias son especialmente destacables: a) En primer lugar, aceptar un protagonismo absoluto y exclusivo de la infracción de un deber como criterio que legitima la imputación a título

de autoría de un delito de estas características al sujeto especialmente obligado; **b)** En segundo lugar, asumir que los criterios delimitadores de la autoría deben ser diferentes –aunque todos puedan reconducirse a un mismo concepto de autor- según la clase de delito ante el que nos hallemos. Extremo que implica *rehusar*, expresamente, un *tratamiento unitario* de los criterios delimitadores de la autoría para los diferentes tipos de la parte especial.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS ESPECIALES

1. Introducción

Vistas las observaciones y la valoración crítica realizada a las teorías defensoras de los delitos de infracción de deber (en su formulación más pura), queda claro el posicionamiento contrario a la aceptación de dichas teorías desde la perspectiva de este trabajo. Como ya se ha apuntado, se desecha la posibilidad de utilizar la nomenclatura “delito de infracción de deber” para calificar aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría y, especialmente para aquellos cuyo sujeto activo se reduce a la figura del administrador de hecho o de derecho.

Descartada esta calificación conceptual, entiendo *preferible denominar* a esta constelación delictiva “*delitos especiales*”. Este concepto recoge, como ya se ha dicho, la idea de una restricción en sede de autoría patente en algunos tipos delictivos, extremo que casa perfectamente con lo que sucede en aquellos delitos cuyo sujeto activo se circunscribe a la figura del administrador. Bajo mi punto de vista, calificar así estos delitos permite situarlos correctamente en una categoría dogmática que –formalmente si se quiere– recoge una característica común a numerosos delitos: el hecho de que el sujeto activo de los

mismos no puede ser cualquiera⁵⁰⁸. Esta afirmación no implica, por el contrario, que todos ellos deban obedecer a idéntico fundamento, siendo factible una subcategorización que los particularice atendiendo a las diferencias que cada uno de ellos presenta.

En suma, entiendo que denominar a los delitos cuyo sujeto activo sólo puede serlo un administrador de hecho o de derecho como “delitos especiales” refleja adecuadamente la *esencia* de esta constelación delictiva. Sin embargo, la aceptación de esta nomenclatura no exime del estudio pormenorizado de los delitos que nos ocupan, pues deviene necesario determinar el fundamento de la restricción de la autoría, extremo que probablemente marque diferencias materiales dentro de la categorización general de “delito especial”.

Muchos son los autores que se han pronunciado acerca de los motivos que fundamentan las restricciones en sede de autoría que presentan los delitos especiales, así como de los criterios que deben delimitar la autoría en estos delitos⁵⁰⁹. Excede con mucho a la intención

⁵⁰⁸ De este modo se optaría por la adopción de un concepto simple de delito especial en el que tengan cabida todos aquellos delitos que presentan restricciones en sede de autoría, con independencia de que todos ellos compartan o no idéntico fundamento en cuando a dicha restricción. Sobre los diferentes conceptos de delito especial me remito a lo expuesto brevemente supra Parte II Capítulo I.

⁵⁰⁹ Para un estudio exhaustivo de las diferentes posturas doctrinales acerca del fundamento de los delitos especiales vid. el excelente trabajo de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX y *passim*.

de estas líneas la exposición detallada de cada uno de ellos, es por eso que me limitaré a exponer aquellas posturas doctrinales que entiendo pueden adecuarse mejor a las particularidades de aquellos delitos cuya autoría sólo puede ser predicada de los administradores de hecho o de derecho, y reflejan, de modo más evidente, la relación entre autoría y lesionabilidad del bien jurídico protegido, relación ya apuntada en el estudio de la pertenencia del hecho.

2. El “*dominio sobre el fundamento del resultado*” (SCHÜNEMANN)

SCHÜNEMANN opta —como de la propia ubicación en este apartado se deduce— por estudiar los delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría desde la perspectiva que ofrece la categoría de los delitos especiales. Es más, aceptada dicha calificación de estos delitos, se decanta por un *criterio general* tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales: el *dominio sobre el fundamento del resultado*⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Sobre el alcance de este criterio delimitador de la autoría vid. SCHÜNEMANN *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtliche Methodenlehre*, Göttingen 1971, págs. 231 ss. y *passim*. Vid. también las observaciones de SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlín 2004, págs. 98 y 99.

Para SCHÜNEMANN los delitos especiales, por tanto, no deben ser entendidos como delitos de infracción de deber, sino que, por el contrario, deben concebirse como “delitos de dominio”⁵¹¹. Dicho de otro modo y atendiendo a las clarificaciones terminológicas realizadas en este trabajo: el criterio que debe delimitar la autoría *también* en aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría debe ser el dominio del hecho y no la infracción de un deber⁵¹². En palabras exactas de SCHÜNEMANN “*el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión*”⁵¹³.

⁵¹¹ Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln 1979, págs. 93 ss., 138 ss.

⁵¹² Esta concepción unitaria en cuanto a los criterios que deben delimitar la autoría en cualquier clase de delitos ha sido calificada por SÁNCHEZ-VERA bajo la categoría de “modelo monista” en los que se atiende al criterio del dominio del hecho *versus* la infracción del deber, en contraposición a los “modelos aditivos” en los que se atiende al dominio *plus* la infracción del deber. En este sentido vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 153 ss. en las que rechaza de pleno cualquiera de las dos posiciones mencionadas. Sin embargo, el propio ROXIN, reconoce que el esfuerzo por reunir en una síntesis los delitos de dominio y los de infracción de deber sometiéndolos a un común principio de dominio normativo (como es el caso de SCHÜNEMANN) es absolutamente fructífero y, según ROXIN, no contradice su teoría. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed. ob. cit. pág. 702.

⁵¹³ Vid. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro” (trad. SACHER), en LH- Rodríguez Mourullo, Pamplona 2005, pág. 993.

Con esta postura SCHÜNEMANN se distancia de su maestro ROXIN, revelando una evolución en su concepción de la autoría —en su inicio más próxima a la teoría de los delitos de infracción de deber— y los criterios que deben delimitar esta figura⁵¹⁴. En este distanciamiento, SCHÜNEMANN opta por la adopción de un único criterio delimitador de la autoría que, en el seno de un concepto restrictivo de autor⁵¹⁵, ofrezca una solución satisfactoria para determinar la autoría en cualquier clase de delito. Esto le permite afirmar que la categoría de los delitos de infracción de deber es, en definitiva, una categoría superflua, pues cualquier tipo penal puede reconducirse, en sede de autoría, a un criterio común de delimitación: el *dominio sobre el fundamento del resultado*.

⁵¹⁴ Si bien puede apreciarse una posición próxima a la teoría de los *Pflichtdelikte* elaborada por ROXIN vid. SCHÜNEMANN *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, ob. cit. pág. 146 notas 76 y 78 y *passim*, en obras posteriores muestra este autor un rechazo a la teoría de los delitos de infracción de deber posicionándose a favor del criterio del dominio para determinar la autoría también en delitos que presentan restricciones en sede de autoría vid. entre otras obras SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit. págs. 92 y ss.; EL MISMO, "Die Bedeutung der "Besonderen persönliche Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer und Vertreterhaftung" (2. Teil), en *Jura* (2) 1980, pág. 577, nota 124. Recientemente y criticando el concepto de competencia de JAKOBS vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado", ob. cit. págs. 983 ss.

⁵¹⁵ El autor afirma expresamente la corrección del concepto restrictivo de autor. Vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado" ob. cit. pág. 981.

A esta conclusión se llega tras el análisis de las necesidades político-criminales que habrían llevado al legislador a estatuir –supuestamente– delitos de infracción de deber. SCHÜNEMANN concluye que, la principal motivación a la que obedece la existencia de algunos deberes especiales en determinados tipos delictivos, es la *especial lesionabilidad*⁵¹⁶ o *vulnerabilidad del bien jurídico* manifestada con respecto al autor que reúne las especiales características descritas en el tipo en cuestión⁵¹⁷. Así las cosas, las restricciones en sede de autoría contenidas en algunos tipos penales obedecen a que, normalmente, el sujeto que reúne dichas características ostenta un especial *status* que le proporciona un *dominio* sobre un *ámbito* donde el bien jurídico protegido se presenta especialmente vulnerable ante sus actuaciones.

Sin embargo –opina SCHÜNEMANN– la posesión de un determinado *status*, no debe verse como una condición objetiva y suficiente para la determinación de la autoría, antes al contrario. Este autor afirma que en un Derecho Penal basado en darle primacía a la *protección de bienes jurídicos* lo que importa no es tanto la posesión de un *status*, sino portar una *función*, pues con la asunción de la función se

⁵¹⁶ El término “lesionabilidad” es el utilizado normalmente en las traducciones y debe entenderse, en mi opinión, como probabilidad o previsibilidad de lesión.

⁵¹⁷ Vid. principalmente SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit. pág. 138.

cumplen también los presupuestos del merecimiento de pena⁵¹⁸. De este modo, el bien jurídico en cuestión debe ser protegido de un modo especialmente intensivo debido a la especial vulnerabilidad que presenta frente a los sujetos que ostentan determinado *status* o función, en definitiva, ante aquellos sujetos cualificados por la posición social que ocupan.

En este sentido, los delitos especiales son —en opinión de SCHÜNEMANN— ***delitos especiales de garante*** (*Garantensonderdelikte*), es decir, que el sujeto activo es garante respecto del bien jurídico por encontrarse en una especial situación frente al mismo⁵¹⁹. Ahora bien, la posición de garantía que incumbe al sujeto especialmente cualificado no se deriva del *status* formal, sino de una ***posición material de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico***. Por ello, aquél que asume de modo fáctico la relación de dominio, aun cuando no posea el *status* formal exigido por el tipo penal, puede ser garante del bien jurídico y, por tanto, realizar la conducta del tipo penal especial.

⁵¹⁸ Vid. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado” ob. cit. pág. 992.

⁵¹⁹ Vid. entre otras obras SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit. págs. 93 y ss; EL MISMO, “Die Bedeutung der “Besonderen persönliche Merkmale” für die strafrechtliche Teilnehmer und Vertreterhaftung”, en *Jura* (2) 1980, ob. cit. pág. 576; EL MISMO, “El dominio sobre el fundamento del resultado” ob. cit. pág. 992; EL MISMO, “Prevención de riesgos laborales” (trad. SACHER/ BOLEA BARDON), en *La política criminal en Europa* (MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO dir.), Barcelona 2004, pág. 261.

Esta afirmación la ejemplifica SCHÜNEMANN del siguiente modo: un delito especial formulado en Alemania en el sentido de que los dueños de perros que muerden serán castigados con pena de multa, si sacan a pasear al perro sin bozal. Así argumenta este autor que a pesar de ser éste un delito especial respecto del dueño del perro, es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de Derecho público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a solicitud del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, posee el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia⁵²⁰.

Otro ejemplo especialmente interesante lo propone también SCHÜNEMANN para ilustrar lo ya expuesto. Se refiere al delito de administración desleal alemán (*Untreue* § 266 StGB), que prevé una pena para quien daña el patrimonio ajeno, siempre que se encuentre en una relación de confianza con respecto a ese patrimonio. Según SCHÜNEMANN la calificación de autor no remite a relaciones del Derecho Civil, sino que está fundada expresamente también mediante una “relación efectiva de confianza”. Prosigue este autor diciendo que el legislador del § 266 StGB evidentemente no se centró en una penalización (accesoria al Derecho Civil) de la infracción de deberes del Derecho Civil. Más bien, el tipo penal del quebrantamiento de la confianza (*Treubruchtatbestand*, esto es, la segunda acción descrita en el §

⁵²⁰ Vid. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado” ob. cit. págs. 992 y 993. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el ejemplo se utiliza para comprobar la corrección de la teoría elaborada por este autor para los casos de “actuar en lugar de otro” (§ 14 StGB y art. 31 CP). Sobre esta cuestión vid. detalladamente GARCÍA CAVERO, “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, en RDPC (9) 2002, págs. 103 ss.

266 StGB) debe penalizar, en general, el ejercicio lesivo de la posición de vigilancia o control, que ha sido transmitida a través de un acto de confianza, en el sentido de un dominio sobre el patrimonio ajeno. Por tanto, para la posición penal de autor, *el criterio decisivo es el dominio y no la forma de Derecho Civil*⁵²¹.

En relación al *deber extrapenal* que pueden ostentar los sujetos con posibilidad de ser autores de algunos delitos especiales, SCHÜNEMANN no obvia su existencia. En efecto, este autor asume que a la infracción del deber extrapenal que obliga a algunos sujetos puede reconocérsele una concreta función, aunque relativa en lo que a su importancia se refiere. SCHÜNEMANN advierte que, si bien la infracción del deber extrapenal podría servir como *ratio cognoscendi* para descubrir quién puede ser el autor del delito en cuestión, *nunca* podría ser este criterio, en cambio, la *ratio essendi* de la antijuricidad penal, pues esta se basa en un *dominio fáctico de protección del bien jurídico* (*faktische Schutzherrschaft*), dominio éste basado en un acto de confianza⁵²².

De la argumentación expuesta se deduce que SCHÜNEMANN *no niega la existencia de deberes especiales extrapenales* tras determinadas

⁵²¹ Vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado" ob. cit. pág. 993.

⁵²² Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit. pág. 93; EL MISMO, "Die Bedeutung der "Besonderen persönliche Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer und Vertreterhaftung", en *Jura* (2) 1980, ob. cit. págs. 574, 576 ss.

restricciones en sede de autoría. Sin embargo, a su juicio, el papel que debe jugar el deber que obliga a un sujeto en concreto no debe pasar de ser un mero *indicio*, que nos sitúe en el camino correcto de búsqueda del sujeto activo. Toda vez que el círculo de posibles sujetos activos (sujetos especialmente obligados) del delito en cuestión, queda delimitado mediante el indicio del deber extrapenal, el criterio esencial para determinar la autoría o participación de los mismos debe ser, como en *cualquier* otro delito, el dominio del fundamento del resultado.

El dominio sobre el fundamento del resultado, como criterio delimitador de la autoría válido para cualquier clase de delito, lo califica SCHÜNEMANN como una categoría superior que se divide, a su vez, en dos *subcategorías*, a saber: el *dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico* y el *dominio sobre una causa esencial del resultado*⁵²³. En la primera de las subcategorías citadas por el autor que ahora nos ocupa, deben incluirse las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia. En cambio, en la subcategoría del dominio sobre una causa esencial del resultado se encuentra, en primer lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión, las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre

⁵²³ Vid. SCHÜNEMANN *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, ob. cit. pág. 241.

personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa⁵²⁴.

Esta subclasificación realizada por SCHÜNEMANN en el seno del criterio del dominio del fundamento del resultado, la concibe este autor no sólo como una clasificación externa, sino, como una verdadera *tipología* de la clase del dominio del hecho. Abundando en este aspecto, expone SCHÜNEMANN que el mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los *delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría*⁵²⁵. En estos casos hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, por ejemplo –afirma SCHÜNEMANN– en caso de infidelidad del administrador del patrimonio.

Sin embargo, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, como por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones

⁵²⁴ Vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado" ob. cit. pág. 993 y 994. El autor afirma que esto demuestra la corrección lógico-objetiva de la clasificación de las posiciones de garante en dos grandes grupos: en primer lugar, las posiciones de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico y, en segundo lugar, las posiciones de garante en virtud del control de una fuente de peligro.

⁵²⁵ Es este precisamente el motivo por el cual instituye la nomenclatura de delitos especiales de garante (o garantía) (*Garantensonderdelikte*). En este sentido vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado" ob. cit. pág. 994.

peligrosas⁵²⁶. Claro está que el dominio al que está haciendo referencia este autor no es a un dominio material, fáctico o inmediato sobre la fuente de peligro. Si así fuera debiéramos castigar como autor al sujeto (absolutamente prescindible)⁵²⁷ que abre la compuerta y deja escapar el vertido dañino, sino que, por el contrario se refiere a un *dominio* en un sentido *normativo*: a un *control sobre un ámbito social*.

En resumen, el dominio sobre el fundamento del resultado consiste en la disposición de los elementos necesarios para que un curso causal produzca un resultado. Ahora bien, este dominio no debe entenderse sólo como un dominio sobre el proceso causal, sino como la asunción de una posición de dominio que produce una mayor vulnerabilidad (indefensión) del bien jurídico o sobre una causa esencial del resultado. Estas dos formas de dominio constituyen un control sobre un ámbito social y, en este sentido, significan un dominio sobre el fundamento del resultado lesivo⁵²⁸.

⁵²⁶ Vid. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado” ob. cit. pág. 994. Sobre este último aspecto el autor pone el ejemplo de el dueño de una instalación peligrosa que daña por ese medio el medio ambiente. Afirma SCHÜNEMANN que aquí no es el deber del Derecho público el criterio decisivo – que en realidad representa sólo una cuestión accesorio al dominio en el ámbito del Derecho público- sino la posesión del dominio mismo, que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo.

⁵²⁷ De sujetos “fungibles” habla expresamente la jurisprudencia. En este sentido vid. por todas, STS 25-10-2002 (TOL 229864).

⁵²⁸ De este modo tan clarificador resume la postura de SCHÜNEMANN GARCÍA CAVERO, “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, ob. cit. pág. 130.

A juicio de SCHÜNEMANN, es factible una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio uniforme, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y en los delitos especiales de garante por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido de control sobre un ámbito social. Ambos son formas de manifestación del *dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría*⁵²⁹.

⁵²⁹ Vid. SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado" ob. cit. pág. 994. Se muestran críticos con la construcción dogmática de este autor entre otros GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 345 ss., el autor afirma que el criterio del "dominio actual sobre la causa fundamental del resultado" no solo no es adecuado para explicar la restricción de la autoría de los delitos especiales a determinadas clases de sujetos, sino que tampoco es apropiado para establecer la relación de equivalencia de la acción del representante; en sentido similar BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, ob. cit. págs. 425 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 155 ss.; GARCÍA CAVERO, "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", ob. cit. págs. 131 ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín 1972, págs. 192 ss., criticando la excesiva amplitud del concepto de dominio acuñado por SCHÜNEMANN. Con más profundidad vid, las críticas de FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln 1992, págs. 140 ss., aunque debe tenerse en cuenta que este autor también opta por un tratamiento "unitario" de los delitos con especiales restricciones en sede de autoría y aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto, es decir, se manifiesta a favor de un único criterio delimitador de la autoría para ambas clases delictivas.

3. El “*dominio social del hecho*” (GRACIA MARTÍN)

GRACIA MARTÍN parte también de la premisa de que el criterio de la infracción del deber no es el adecuado para la correcta interpretación de aquellos delitos que presentan especiales elementos o restricciones en sede de autoría. Este autor, sin negar la posibilidad de que en los delitos especiales haya elementos referidos a la infracción de un deber, se manifiesta totalmente en contra de que dicha infracción del deber sea la *ratio essendi* de tales delitos⁵³⁰. Afirmar este autor que la infracción de un deber puede ser concebida como un elemento del tipo, pero la lesión de este deber (extrapenal) es, a lo sumo, un *indicio* de la tipicidad del injusto especial⁵³¹.

Para el autor que ahora nos ocupa la esencia –esto es el fundamento– de los delitos especiales no puede buscarse en la infracción de un deber extrapenal. En su opinión resulta obvio que aquel sujeto que se apropia indebidamente de la cosa que tenía en depósito infringe sus obligaciones como depositario, el que se alza con sus bienes las que le incumben como deudor, o el funcionario que revela secretos que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su cargo, las que le incumben por su

⁵³⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 334 y 335.

⁵³¹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 337 coincidiendo en este aspecto plenamente con la postura sostenida por SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit. pág. 93.

rango y función. Habida cuenta de que dichos deberes pueden infringirse con acciones de menor gravedad, es indiscutible que también se infringen con comportamientos más graves y que están amenazados por ello con una pena⁵³². Sin embargo, este único dato (infracción de un deber) no debe conducir a la apreciación, sin más, de una conducta jurídico-penalmente relevante⁵³³.

Esta afirmación es, en mi opinión, especialmente interesante pues, de este modo, se reconoce que la mera infracción de un deber no tiene forzosamente que derivar en la comisión de un hecho jurídico-penalmente relevante pudiendo quedar simplemente en una infracción sancionable acorde con otro sector del ordenamiento jurídico. Pensemos, por ejemplo, en las acciones infractoras del deber de diligencia en la administración por parte de un administrador que, por no cumplir los requisitos típicos en toda su extensión, pueden quedar recogidas únicamente por el ordenamiento jurídico-mercantil y que también presuponen, como no podría ser de otro modo, la infracción del especial

⁵³² Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 338.

⁵³³ En sentido similar vid. RUEDA MARTÍN, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública", en RDPC 2ª época (8) 2001, pág. 137, cuando afirma que entender la infracción de un deber jurídico extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública parte de un presupuesto equivocado, cual es identificar el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal cuando deben distinguirse puesto que hacen referencia dos ámbitos diferentes.

deber que obliga a este sujeto en sus actuaciones de administración de un patrimonio ajeno.

Con estas afirmaciones realizadas por GRACIA MARTÍN entiendo que queda suficientemente claro su postura radicalmente opuesta al criterio de la infracción del deber como elemento delimitador de la autoría en los delitos con especiales restricciones en esta sede. Por tanto, puede incluirse a este autor, ya desde este punto, como partidario de analizar estos delitos desde la perspectiva de los delitos especiales, debiendo concretar, todavía, el criterio que determinará la autoría del especialmente cualificado y que aporta, a su vez, el fundamento de dicha restricción⁵³⁴.

Expone el autor que ahora nos ocupa que *entre* el *sujeto* caracterizado por los elementos de la autoría (*intraneus*) y el *bien jurídico protegido* del delito que así delimita el ámbito de los posibles sujetos activos, existe una *estrecha relación* que no puede afirmarse respecto de otros sujetos carentes de dicha especial cualificación (*extranei*)⁵³⁵. Pues bien, la construcción dogmática que propone, esto es,

⁵³⁴ En este sentido, entiendo que podría incluirse este autor dentro de aquella línea doctrinal que opta por un concepto complejo de delito especial, esto es, un concepto que no describa únicamente de manera objetiva la restricción en sede de autoría realizada por el legislador sino que, a su vez, aporta el fundamento por el cual ello se produce. Sobre los diferentes conceptos de delito especial vid. *supra* Parte II Capítulo I 2. 1.

⁵³⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 338.

el criterio del *dominio social*, trata de explicar cuál es esa relación que caracteriza al sujeto del delito especial con el bien jurídico protegido. En lo sucesivo se intentará seguir la línea argumentativa expuesta por este autor en el proceso de construcción de dicho criterio.

GRACIA MARTÍN argumenta que los bienes jurídicos (penales) se encuentran expuestos a la agresión y, precisamente por este motivo, el Derecho Penal prohíbe acciones tendentes a su lesión o puesta en peligro, o bien obliga a la realización de acciones tendentes a su conservación. La mayor o menor necesidad de protección de dichos bienes jurídicos depende, principalmente, de su mayor o menor indefensión, estableciéndose una proporción directa entre grado de indefensión y grado de protección⁵³⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de entre todos los bienes jurídico-penales protegidos por este sector del ordenamiento jurídico, algunos de ellos existen *únicamente* en el seno de determinadas *estructuras sociales*.

Pues bien, la acciones a través de las cuales es factible lesionar o poner en peligro estos bienes jurídicos no pueden ser llevadas a cabo por cualquiera, sino sólo por *algunos sujetos* especialmente caracterizados y *pertenecientes* a una determinada *comunidad social*. Por este motivo, el bien jurídico en cuestión no cuenta con una protección absoluta, esto es,

⁵³⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 350.

frente a cualquier sujeto, sino únicamente frente a aquellos capaces de realizar las acciones adecuadas de lesión o puesta en peligro⁵³⁷. Este sería el caso –ejemplifica GRACIA MARTÍN- del delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP) o el delito de prevaricación (art. 446 CP). En estos supuestos, las acciones que lesionan o ponen en peligro “el derecho de crédito” o la “recta administración de justicia” de un modo *jurídico-penalmente relevante* quedan restringidas al ámbito de actuación de sujetos muy concretos: el “deudor” (alzamiento de bienes) y el “juez” (prevaricación judicial)⁵³⁸. Es el caso de los *delitos especiales propios*.

Frente a estos tipos se encuentran los *delitos especiales impropios*, en los que, a pesar de caracterizarse también por limitar la autoría a determinados sujetos, cuentan, a diferencia de los delitos especiales

⁵³⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 351, donde aclara, sin embargo, que el resto de individuos no especialmente cualificados (*extranei*) también pueden lesionar tales bienes jurídicos, pero ello tendría lugar mediante “otra” clase de acciones realizadas también en “otras” circunstancias. Insiste en este aspecto cuando afirma que el *extraneus* que participa en la realización de un delito especial, en cierto modo, también realiza una conducta que, por lo menos, contribuye al menoscabo del bien jurídico en cuestión, por lo que indirectamente también lo ataca. Así las cosas, puede afirmarse que en los delitos especiales, sólo determinadas personas pueden agredir el bien jurídico, pero entendiendo esta lesión en términos de lesión jurídico-penalmente relevante. Esta última explicación la esgrime GRACIA MARTÍN para desechar la idea sostenida por un sector de la doctrina que aboga por entender el bien jurídico protegido en un delito especial como accesible únicamente a las personas que pertenecen a un círculo determinado, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. págs. 362 ss.

⁵³⁸ En este mismo sentido y para los delitos contra la Administración Pública vid. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, ob. cit. págs. 140 ss.

propios, con un tipo común paralelo. En esta clase de delitos, el bien jurídico protegido se halla necesitado de protección frente a *cualquier* sujeto, puesto que cualquiera tiene la posibilidad de llevar a cabo acciones adecuadas para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ahora bien, en la medida en que dicho bien jurídico se encuentra insito en una determinada estructura social, aumenta la *vulnerabilidad* del mismo, precisamente frente a los sujetos que realizan una determinada función en el seno de tales estructuras⁵³⁹.

Este sería el caso, por ejemplo, del delito de detención ilegal cometido por particular (art. 163 CP) o bien por funcionario (art. 167 CP)⁵⁴⁰. En este supuesto resulta evidente que la “libertad deambulatoria” puede ser lesionada por cualquiera, con independencia de las especiales condiciones, cualidades o relaciones predicables del sujeto activo en cuestión. Sin embargo, cuando este bien jurídico se encuentra en el

⁵³⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 352. Se habla, por parte de este autor de la “movilidad” del bien jurídico que puede, en ocasiones, entrar a formar parte de determinada estructura social.

⁵⁴⁰ Debe destacarse que para GRACIA MARTÍN la tercera opción legislativa de tipificación de delitos es la que se corresponde con los delitos comunes, que él mismo califica como “delitos de dominio” en el sentido de que el criterio de la imputación penal que rige para ellos es el del “dominio del hecho”, vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 350. De esta afirmación puede deducirse que este autor opta por criterios delimitadores de la autoría diferenciados en función de la clase de delito que se trate: dominio del hecho para los delitos comunes y un criterio distinto, cual es el dominio social, para aquellos tipos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. De este modo, puede observarse que desecha la posibilidad de adoptar un criterio común – o supraconcepto común- para cualquier clase de delito.

ámbito de una determinada estructura social, presenta una mayor vulnerabilidad frente sujetos especialmente cualificados. Esto es lo que sucede, precisamente, en el tipo de detención ilegal cometida por funcionario (art. 167 CP), en el que el bien jurídico resta especialmente vulnerable frente al sujeto que ostenta un determinado *status*, en este caso el funcionario⁵⁴¹.

En los *delitos especiales*, afirma GRACIA MARTÍN que la restricción de la autoría es, al mismo tiempo, una restricción del hecho y, más concretamente, una *restricción de la relevancia jurídico-penal del hecho* a su realización en un determinado ámbito social⁵⁴². Este ámbito o estructura social se caracteriza, normalmente, como una estructura social “*cerrada*”⁵⁴³. Todo ello puesto que, la función y el potencial de actividad a los que sirven, son monopolio de una determinada clase de sujetos, esto es, aquellos que en virtud de las competencias o del potencial de

⁵⁴¹ En estos supuestos se manifiesta a favor de entender este tipo como simple delito agravado por la condición de funcionario público del autor, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales* (manuscrito inédito), ob. cit. pág. XX.

⁵⁴² Vid. GRACIA MARTÍN, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro”, en LH -Tiedemann, Madrid 1995, pág. 99.

⁵⁴³ Se hace referencia a estructuras sociales “cerradas” en contraposición a estructuras sociales “abiertas” las cuales permiten que cualquier ciudadano se sirva de ellas para, en un momento determinado, realizar una actividad social. Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 356.

actividad que les atribuye la función que realizan ostentan un “*dominio sobre la estructura social*”⁵⁴⁴.

En opinión de GRACIA MARTÍN, la tipificación de delitos especiales no está guiada por la idea de la infracción del deber inherente al papel social desempeñado por el sujeto, sino en la idea del “*ejercicio del poder*” en el ámbito de una concreta función. En definitiva, este autor afirma, que el criterio que orienta al legislador en la construcción de la mayoría de los delitos especiales es el dominio sobre la estructura social que equivale al dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Por este motivo, la restricción de la autoría en dichos delitos se reduce a aquellos sujetos que monopolizan el ejercicio de la función a la que sirve la estructura social y que ostentan, precisamente por ello, como ya se ha dicho, un “*dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico*”⁵⁴⁵.

Esta peculiar posición de dominio predicable únicamente de ciertos sujetos⁵⁴⁶ es denominada por el autor que ahora nos ocupa como

⁵⁴⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 356; EL MISMO, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español”, ob. cit. pág. 119.

⁵⁴⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 356.

⁵⁴⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 358, matizando que en algunas ocasiones un *extraneus* puede, ocasionalmente, acceder al dominio social y por eso el legislador ampliaría a estos sujetos la posibilidad de ser autores de dichos delitos. En su opinión esto reafirma su idea de que el dominio social es la *ratio essendi* de los tipos especiales.

“dominio social” y la define como la **posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho** que atiende a las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica⁵⁴⁷. Ejemplifica esta afirmación haciendo referencia, nuevamente, al delito de alzamiento de bienes. Como delito especial, el tipo exige (por delimitación tácita a través de la conducta típica) la cualidad de deudor para ser sujeto activo del mismo. Pues bien, a juicio de GRACIA MARTÍN⁵⁴⁸, el criterio del *status* de deudor no explica satisfactoriamente la verdadera *ratio* de este delito. Lo decisivo es, por el contrario, el **dominio que el deudor detenta sobre el patrimonio que garantiza el pago de la deuda**, en tanto que concreción, en este delito, del genérico concepto de dominio social.

Como ya se ha visto, en los delitos especiales el legislador identifica al autor de esta clase delictiva a través del *status* personal que le ubica en el ámbito de una concreta estructura social. En esta estructura se encuentra, a su vez, el bien jurídico protegido cuyo acceso resta limitado

⁵⁴⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 357, Afirma que su concepción del “dominio social” marca una clara diferencia con la tesis mantenida por SCHÜNEMANN, sosteniendo que a diferencia del concepto del “dominio sobre el fundamento del resultado” el “dominio social” es un criterio normativo.

⁵⁴⁸ *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 359. También el autor hace referencia a los delitos de funcionario y afirma que estos delitos representan de manera significativa la interpretación de los delitos especiales como delitos de dominio social. Lo esencial en estos delitos no es la cualidad o *status* de funcionario y los deberes que dicha posición comporta, sino la **realización de la acción típica por un funcionario en el ejercicio de su cargo, esto es, en el ejercicio del dominio sobre el concreto ámbito de la función pública en la que ejerce sus competencias**.

—desde la perspectiva de la relevancia jurídico-penal— precisamente a estos sujetos (delitos especiales propios) o bien presenta una especial vulnerabilidad frente a ellos (delitos especiales impropios). Sin embargo, incide, particularmente, en que la lesión o puesta en peligro de dichos bienes jurídicos no tiene lugar por el mero hecho de que el sujeto ostente un determinado *status*, antes al contrario.

Lo esencial debe buscarse en la *función* inherente al *status* del sujeto y, sobre todo, en el *ejercicio* de la misma, pues únicamente así podrá lesionarse o ponerse en peligro el bien jurídico protegido⁵⁴⁹. De este modo, se aprecia como *diferencia claramente entre status y función*. El primer concepto haría referencia a una posición jurídica, social o económica descrita por el legislador y caracterizaría *formalmente* (objetivamente) al autor de los delitos especiales. En cambio, el concepto de función haría referencia al ejercicio de las facultades que dicha posición jurídica, social o económica implica y, a diferencia del *status*, caracterizaría *materialmente* al autor de estos delitos⁵⁵⁰.

GRACIA MARTÍN afirma que a diferencia de los delitos comunes en los que la relación del autor con el bien jurídico no se encuentra institucionalizada, es decir, no se trata de una relación funcional, en los

⁵⁴⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 365.

⁵⁵⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 365.

delitos especiales (con algunas excepciones) la relación del sujeto con el bien jurídico se plasma en la norma de un modo positivo a través de la función que ejerce el sujeto caracterizado por un determinado *status* institucional. Abunda en esta cuestión diciendo que en los tipos de dominio social el bien jurídico protegido se encuentra precisamente involucrado en el ejercicio de una función a la que extiende su competencia. Analizando esta argumentación, entiendo que, a pesar de su rechazo a los delitos de infracción de deber, pueden verse algunas similitudes o bien la aceptación de algunos conceptos utilizados por JAKOBS, así en cuanto al concepto de “competencia” y el concepto de “estructura social” en el que se inserta el sujeto especialmente cualificado.

Debe destacarse en este lugar que a juicio de GRACIA MARTÍN el bien jurídico protegido puede encontrarse implicado en la función social desempeñada por el sujeto —que, recuérdese, lo caracteriza materialmente— de forma *esencial* o de forma *ocasional*. Se produce una implicación *esencial* en aquellos delitos de dominio social en los que el bien jurídico protegido constituye la misma esencia de la función que ejerce el autor. Ello sucedería por ejemplo en los delitos de prevaricación administrativa (art. 404 CP), nombramientos ilegales (art. 405 CP) o malversación de caudales públicos (art. 432 CP) entre otros. En estos casos, la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido sólo estará al alcance de determinados sujetos

con competencias específicas, es decir, de sujetos que dominarían socialmente el bien jurídico⁵⁵¹.

En cambio, la implicación del bien jurídico en el ejercicio de la función de un sujeto será *ocasional* cuando éste, de un modo permanente o eventual, se involucra de tal manera en la práctica de la función que queda bajo el dominio social estricto de quienes la ejercen, pero que no forma parte del contenido específico del ejercicio de ninguna función social o institucional. Así sucede, en opinión de GRACIA MARTÍN⁵⁵², en algunos delitos especiales propios y en todos los delitos especiales impropios interpretables como delitos de dominio social⁵⁵³.

En estos preceptos se pone de relieve, en opinión de RUEDA MARTÍN, que el funcionario público ostenta un dominio social típico en un determinado ámbito en el que ejerce sus competencias dentro de las funciones que le han sido encomendadas. Ahora bien, en estos casos, el bien jurídico libertad sexual no es un contenido “específico” del ejercicio de ninguna función social o institucional, pero ha ingresado de una forma *ocasional* en el ámbito del dominio social en el que el funcionario público ejerce sus competencias dentro de la actividad que le es inherente. De este modo el funcionario público accede

⁵⁵¹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 367. En el mismo sentido vid. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, ob. cit. págs. 142 ss.

⁵⁵² *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 367.

⁵⁵³ RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, ob. cit. págs. 144 ss., siguiendo en este punto a su maestro, ejemplifica esta afirmación aludiendo a los arts. 443 y 444 CP

más fácilmente al bien jurídico libertad sexual, que queda, por ello, frente a él en una situación de *especial vulnerabilidad*⁵⁵⁴.

A estas alturas de la exposición referente a la construcción dogmática del “dominio social” queda suficientemente claro que, la función ejercida por el sujeto que ostenta un especial *status* deviene absolutamente imprescindible para poder predicar una relación de autoría conforme al criterio del dominio social. No obstante ello, no puede olvidarse que dicha función debe, cuanto menos, exteriorizarse a través de una *determinada conducta típica*. Ésta no puede tratarse, en opinión de GRACIA MARTÍN⁵⁵⁵, de cualquier acción, sino justamente de una que se inscribe en el mismo proceso de ejercicio de la función que compete al sujeto cualificado.

La acción típica de aquellos delitos especiales interpretables conforme al criterio del dominio social debe ser, por tanto, la expresión del ejercicio de una *función específica* que pueda insertarse en el ámbito de *competencias* propio del sujeto especialmente cualificado⁵⁵⁶. Por todo

⁵⁵⁴ Vid. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, ob. cit. pág. 145.

⁵⁵⁵ *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 369.

⁵⁵⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 370, con esta explicación viene a matizar, de nuevo, que no bastaría, por ejemplo, con ostentar el *status* de funcionario, en cuyo ámbito o estructura social se encuentran, indudablemente, determinados bienes jurídicos especialmente vulnerables (o únicamente accesibles) frente a este sujeto. Aclara que la acción típica que debe llevar a cabo dicho sujeto debe ser propia de su ámbito *concreto* de competencias en

lo anteriormente expuesto, el dominio social se muestra como un criterio normativo que se concreta en las condiciones de *posibilidad de la realización de la acción típica*⁵⁵⁷.

Quisiera destacar, llegados a este punto que, para GRACIA MARTÍN - coincidiendo en este aspecto con SCHÜNEMANN- los delitos que pueden tildarse como “delitos de dominio social” son, a la vez, “delitos especiales de garante”, pues el sujeto que ostenta una posición de dominio social es *garante* del bien jurídico protegido⁵⁵⁸. Entiende este autor que los elementos de la autoría de los delitos especiales llevan aparejada la posición de garante de los sujetos caracterizados por la norma mediante especiales características personales. Resume esta postura el propio autor diciendo que si el criterio del “dominio social” es posible concretarlo en el “dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”, en el sentido de que éste se encuentra bajo la dependencia del sujeto, es presupuesto de la posición de garante, y el “dominio social” es la *ratio essendi* de los delitos con especiales elementos de la autoría, puede afirmarse que estos delitos son *delitos especiales de garante*⁵⁵⁹.

el que, obviamente, debe encontrarse inmerso el asunto sobre el que recae dicha acción.

⁵⁵⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 371, destacando las diferencias con respecto al concepto del “dominio sobre el fundamento del resultado” acuñado por SCHÜNEMANN en nota 229.

⁵⁵⁸ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 372.

⁵⁵⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 376. Sin embargo debe destacarse que existen, a juicio de este autor, algunos delitos que, si bien pueden seguir siendo considerados como delitos especiales de garante no pueden ser concebidos como delitos de dominio social a pesar de contar estos con especiales restricciones en sede de autoría (pág. 405); EL MISMO, “La responsabilidad penal del

De lo expuesto hasta el momento no debe deducirse, sin embargo, que todos los delitos con especiales restricciones en sede de autoría deban interpretarse de acuerdo al criterio del dominio social. Dicho de otro modo, para GRACIA MARTÍN *no todos los delitos especiales son delitos de dominio social*. En efecto, en algunos tipos con especiales restricciones en sede de autoría los elementos que la delimitan no responden a la idea del “ejercicio de una función” social o institucional que dote de una cualidad especial (dominio social) a la acción típica. En definitiva, afirma este autor que la restricción de la autoría en estos delitos no obedece a ninguna función específica en cuyo ejercicio se encuentre involucrado el bien jurídico. Por este motivo, a pesar de ser considerados como delitos especiales no pueden ser calificados como delitos de dominio social y tampoco sería factible en ellos una actuación en lugar de otro⁵⁶⁰.

directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español”, ob. cit. pág. 121.

⁵⁶⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 403, Debe tenerse en cuenta, no obstante, que este autor hace referencia a los delitos de parricidio, infanticidio y violación cometida por varón, delitos que como es sabido han desaparecido en los dos primeros casos como delitos autónomos del Código Penal actual pasando a ser delitos de homicidio (art. 138 CP) o asesinato (art. 139 CP) con la agravante de parentesco (art. 23 CP) en su caso. Para el caso de la violación, la tipificación actual no limita al varón la autoría del mismo (arts. 179 y ss CP). Sin embargo, alude también a los tipos de traición en los que el sujeto activo debe ser un “español”, pues bien, únicamente este ejemplo tendría vigencia con el actual Código Penal en los arts. 581 ss.

Para finalizar con la construcción dogmática del autor que ahora nos ocupa, poner de manifiesto que GRACIA MARTÍN propone una *regla práctica* para averiguar cuándo un delito con elemento especial de la autoría es de dominio social. Ésta consiste en preguntar a la misma acción típica por su sujeto. La respuesta será siempre el elemento de la autoría. Por ilustrar esta técnica con un ejemplo acude, entre otros supuestos, al tipo de alzamiento de bienes (art. 257 CP). Así, debiera preguntarse a la acción del delito de alzamiento de bienes ¿quién es vuestro sujeto?, siendo la respuesta, sin duda alguna, un “deudor”.

Según este autor, esta respuesta será una prueba irrefutable de que nos encontramos ante un delito de dominio social, pues la acción típica nos conduce a una “clase” de sujeto —en este supuesto el deudor— que desempeña una función en virtud de cuyas competencias sociales o institucionales es posible la realización de la acción desvalorada jurídico-penalmente⁵⁶¹. Por el contrario, cuando la pregunta dirigida a la acción del delito no obtenga como respuesta una determinada clase de sujetos, podrá afirmarse que dicho delito, por bien que pueda tener especiales restricciones en sede de autoría, no puede ser calificado como delito de dominio social⁵⁶².

⁵⁶¹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 407.

⁵⁶² Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, ob. cit. pág. 408.



En estos casos –afirma este autor- no podría darse la actuación en lugar de otro puesto que dichos delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado serían, debido a su carácter altamente personal, irremplazables. Así las cosas, vemos como opta por un criterio delimitador de la autoría en los delitos especiales con la intención de dilucidar cuáles de ellos pueden ser cometidos en lugar de otro. De este modo, el fundamento que atribuye a la restricción de la autoría en algunos delitos no es, por definición, válido para todos los delitos especiales.

A modo de resumen el criterio del dominio social (penalmente relevante) puede caracterizarse atendiendo a tres premisas fundamentales: a) el bien jurídico sólo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que el bien jurídico debe desarrollar y cumplir una función social específica; b) dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial al bien jurídico (función de dominio social); y c) sólo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de ésta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social)⁵⁶³.

⁵⁶³ Así resume su propia postura GRACIA MARTÍN, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español”, ob. cit. pág. 121.

4. Conclusiones

4.1 Vuelta a una unidad sistemática en los criterios delimitadores de la autoría

Con las posturas doctrinales que se han expuesto hasta el momento, puede observarse los esfuerzos por regresar, de nuevo, a una – conveniente diría yo- **unidad sistemática** en cuanto a los criterios delimitadores de la autoría. La construcción dogmática elaborada inicialmente por ROXIN sobre la teoría de los *Pflichtdelikte* y continuada, entre otros, por JAKOBS –con relevantes aportaciones propias de su peculiar entendimiento del sistema penal- han provocado, en gran medida, una ruptura de los criterios delimitadores de la autoría. En efecto, tales criterios quedan perfectamente diferenciados en función de la clasificación bifronte de los tipos de la parte especial: delitos de dominio (o delitos de responsabilidad por competencia organizacional) y delitos de infracción de deber (o delitos de responsabilidad por competencia institucional).

Tal y como se expuso en el estudio de cada una de estas teorías, los criterios que delimitan la autoría en cada una de estas clases delictivas

son radicalmente diferentes: dominio del hecho para los delitos de dominio e infracción de un deber para los delitos de infracción de deber. Esto supone, como es obvio, un abandono de la unidad sistemática de la autoría, en tanto que resulta imposible sostener —a juicio de los defensores de la teoría de los delitos de infracción de deber—, por las razones ya esgrimidas, un único criterio delimitador de la misma. El motivo es más que evidente: ambas constelaciones delictivas obedecen a *fundamentos* totalmente distintos —e incluso irreconciliables si atendemos a las construcciones puras cuales son las de ROXIN y JAKOBS— y así queda reflejado en los criterios que deben determinar la autoría en cada una de ellas.

No obstante lo expuesto acerca de la ruptura de la unidad sistemática en estas concepciones doctrinales, no deben olvidarse los esfuerzos por parte de los autores defensores de las teorías puras de los delitos de infracción de deber, por buscar un supraconcepto que englobe ambos criterios de delimitación de la autoría, *aparentando* así mantener la unidad a la que ahora hacemos referencia. Ya se expusieron los intentos de ROXIN por pretender englobar bajo el concepto de la “*figura central*” los criterios del dominio y los de la infracción de un deber. Las críticas a la excesiva vaguedad de dicho concepto y a la ausencia de contenido material que lo identifique ya fueron estudiadas, por esta razón, a ese lugar debo remitirme⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Vid. supra Parte II Capítulo II 1.1.

No sólo ROXIN realiza un intento unificador de los criterios de la autoría sino que también JAKOBS cree encontrar un nexo común entre ambos basado en la "*competencia*"⁵⁶⁵. A pesar del esfuerzo realizado por estos autores por encontrar un supraconcepto que aúne posturas tan dispares como el dominio del hecho y la infracción de un deber, creo poder seguir manteniendo que no existe en sus concepciones una unidad sistemática en cuanto a los criterios delimitadores de la autoría, pues las figuras que, a su juicio, pueden hacer de nexo común deben ser dotadas de contenido con elementos radicalmente opuestos, lo que obliga, en mi opinión, a manejar dos conceptos de autor; mejor dicho: dos criterios delimitadores de la autoría, totalmente irreconciliables y no reconducibles a uno común, salvo al genérico concepto restrictivo de autor.

Ante estas posturas claramente diferenciadoras y carentes de unidad sistemática en sede de autoría, surgen intentos en la doctrina, tal y como hemos visto, por retomar dicha unidad⁵⁶⁶. Este esfuerzo unificador se ha

⁵⁶⁵ Sobre este aspecto vid. *supra* Parte II Capítulo II 2.2.

⁵⁶⁶ Aquellas posturas doctrinales que pretenden combinar los criterios del dominio con el de la infracción de un deber o por el contrario elaborar un criterio basado en el dominio y con pretensión de aplicación general a cualquier clase de delito ha sido calificadas por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES como "caza" del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber. Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, ob. cit. págs. 153 ss. Con esta calificación queda clara la radical postura de SÁNCHEZ-VERA que niega rotundamente la

realizado desde muy diversas posturas. Algunas de ellas lo han hecho procurando aunar el criterio del dominio y del deber en la delimitación de la autoría de los delitos con especiales restricciones en este ámbito⁵⁶⁷. Otras, por el contrario, optando por un único criterio normativo que, gracias a su flexibilidad, sea válido en la determinación de la autoría de cualquier constelación delictiva.

Esta postura se ve claramente en la teoría del “*dominio sobre el fundamento del resultado*” acuñada por SCHÜNEMANN. En efecto, es el propio autor el que pone de relieve que dicho criterio nace con vocación de *aplicación general*, es decir, para delimitar la figura del autor en cualquier tipo delictivo. Para ello, le resulta imprescindible concebir el “dominio sobre el fundamento del resultado” como un nexo

compatibilidad del criterio del dominio en los delitos con especiales restricciones en sede de autoría que él califica como delitos de infracción de deber. Sin embargo, debe destacarse que ROXIN, afirma que algunas de estas posturas, en concreto la iniciada por SCHÜNEMANN, BOTTKE Y MURMANN, no son incompatibles con su teoría de los *Pflichtdelikte*. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed. ob. cit. pág. 702. Afirma expresamente ROXIN que “.... la búsqueda de un nexo para todas las formas de autoría, que se manifiesta en estos esfuerzos, es absolutamente fructífera y no contradice mi teoría...”.

⁵⁶⁷ Vid. entre otros autores WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed. Berlín 1969, pág. 98; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, ob. cit. págs. 230 ss., que admite la existencia de delitos en los que debe forzosamente combinarse el criterio del dominio y la infracción de un deber; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, ob. cit. 21/107 pág. 310; GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit. pág. 155. A pesar de que estos autores logran, no sin éxito, aunar los criterios del dominio y de la infracción del deber, entiendo, sin embargo, que tampoco consiguen un concepto o nexo común que explique unitariamente la autoría en cualquier clase de delitos.

común o *supraconcepto* que englobe lo que el define como “dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico” y “dominio sobre una causa esencial del resultado”. Criterios éstos que se adecuarán en cada momento a las necesidades de cada uno de los tipos penales en lo que a la determinación de la autoría se refiere.

Si bien creo que puede afirmarse que SCHÜNEMANN consigue la tan deseada unidad sistemática en torno a los criterios delimitadores de la autoría –que como veremos no está exenta de críticas- bajo mi punto de vista *no* puede decirse lo mismo de la teoría del “dominio social” defendida por GRACIA MARTÍN. Tal y como el propio autor reconoce, este criterio no puede ser aplicado a la totalidad de los delitos recogidos en la Parte Especial, es decir, no todos pueden definirse como delitos de dominio social.

De este modo, GRACIA MARTÍN asume la coexistencia de más de un criterio delimitador de la autoría, siendo el dominio del hecho un concepto residual útil para aquellos delitos no susceptibles de ser calificados como de dominio social y que, por definición, no podrán albergar una “actuación en lugar de otro”. Esto pone de manifiesto, en mi opinión, la inexistencia en la formulación de GRACIA MARTÍN de un *supraconcepto* que pueda englobar ambas formas de dominio, sin restar la importancia y valía a su teoría en la que se le da una especial

relevancia a la lesionabilidad del bien jurídico, extremo que me parece altamente compartible.

Cierto es, que las posturas que abogan por una clara diferenciación entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber son, no es necesario recordarlo, sumamente atractivas. En efecto, ofrecen una solución sencilla y diáfana a problemas altamente complicados surgidos en el seno de los delitos con especiales restricciones en sede de autoría. Sin embargo, las consecuencias a las que en última instancia conducen, no son, en mi opinión, atendibles⁵⁶⁸. Por este motivo me he decantado –terminológicamente si se quiere– por el análisis de los delitos con restricciones en sede de autoría desde la perspectiva de los delitos especiales, clasificación que recoge, bajo mi punto de vista, la característica esencial y común a todos estos delitos: sólo determinados sujetos pueden llegar a ser autores de los mismos.

Sentado el marco terminológico en el cual entiendo que deben ubicarse estos delitos, me he pronunciado negativamente sobre el concepto de la infracción de un deber como criterio delimitador de la autoría en los delitos especiales. Esta conclusión viene motivada tanto por las consecuencias que de su aceptación se derivan como porque, ya desde el inicio de este trabajo, se ha tratado de ofrecer un criterio válido

⁵⁶⁸ Sobre las críticas dirigidas hacia la teoría de los delitos de infracción de deber vid. *supra* Parte II Capítulo II 3.

no sólo en los delitos especiales, sino obviamente también en los delitos comunes, extremo éste inalcanzable con la clasificación delito de dominio /delito de infracción de deber. En definitiva, he apostado por mantener una unidad sistemática en relación a los criterios que permiten imputar un hecho a **su** autor.

En lo sucesivo se hará referencia a la cuestión del acceso al bien jurídico, criterio que, en mi opinión, merece una especial atención por la trascendencia que en el ámbito de la delimitación de la autoría presenta, para finalmente poder abordar, de nuevo, la cuestión de la teoría de la pertenencia del hecho y ofrecer así una solución —entiendo correcta— que permite seguir manteniendo la unidad sistemática en el ámbito de los criterios que deben delimitar la autoría **también** en los delitos especiales.

4.2 El acceso al bien jurídico como criterio esencial

Una de las aportaciones más destacables, a mi juicio, de las construcciones dogmáticas analizadas en este lugar es, sin duda, la importancia otorgada a la relación entre la **autoría** y la posibilidad de **acceso al bien jurídico** protegido⁵⁶⁹. Este criterio es, en mi opinión, no sólo esencial en lo relativo a los delitos especiales, sino también, como

⁵⁶⁹ Sobre la crucial importancia de este concepto, DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat*, ob. cit. págs. 26 y 27.

veremos posteriormente, en los delitos comunes. De todos es sabido, que el Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”. Así las cosas, se afirma que el Derecho Penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”⁵⁷⁰.

Por todo ello, la intervención penal se justifica por su función de *protección* de la sociedad mediante la evitación de lesiones o puestas en peligro de dichos bienes jurídicos, en concreto, de aquellos que merezcan ser calificados como bienes jurídicos-penales⁵⁷¹. Si, tal y como se ha dicho, se pretende evitar la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos, parece obvio que deba castigarse únicamente a aquellos sujetos que ostenten la posibilidad de lesionarlos o ponerlos en peligro, en definitiva, a aquellos sujetos con posibilidad de acceso al bien jurídico.

Esta posibilidad de acceso es, en ocasiones, factible para cualquier sujeto, es el caso de los delitos comunes. En efecto, en determinados tipos penales la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido es ostentada por cualquiera, por eso el legislador no establece limitación alguna del círculo de posibles sujetos activos –ni de manera

⁵⁷⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 128.

⁵⁷¹ Sobre la diferenciación entre bien jurídico y bien jurídico-penal vid. MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, en EPC (XIV) 1991 págs. 202 ss.

expresa ni a través de la descripción de la conducta típica-. Ahora bien, existen otra clase de delitos en los que sólo determinados sujetos, o ellos de manera especialmente peligrosa, pueden lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico. Precisamente por este motivo, el círculo de posibles sujetos activos en esta constelación delictiva queda restringido a los que de este modo, especialmente peligroso, pueden actuar, esto es, sujetos que reúnen determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Es el caso, obviamente, de los delitos especiales.

De lo anteriormente expuesto puede deducirse una íntima relación entre la autoría y el acceso al bien jurídico protegido: la posibilidad de ser sujeto activo de un delito depende, entre otras cosas, de las posibilidades de lesionarlo o ponerlo en peligro. Ahora bien, la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que el tipo penal pretende proteger, debe verse como un criterio *necesario pero no suficiente* para la determinación de la autoría. Ello significa, también en el caso de los delitos especiales, que dicha posibilidad de lesión o puesta en peligro no debe existir sólo formalmente, sino que debe ser *materialmente* factible.

No basta, pues, con ostentar un determinado *status* o condición para ser calificado como autor de un delito especial sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta *función*. A través de la realización efectiva de esta función, el *intraneus* debe

controlar el *ámbito de responsabilidad* que de él *depende* y en el que está implicado el bien jurídico protegido. Únicamente de este modo se evitará la posibilidad de castigar como autor a quien ostente, sólo de manera formal, el *status* exigido por el tipo⁵⁷².

Tal y como apuntan los autores que aquí hemos estudiado, estar en posesión de un concreto *status* es, efectivamente, un *indicio* —o *ratio cognoscendi*— de que dicho sujeto podría estar en condiciones de acceso al bien jurídico protegido. Ahora bien, este indicio debe *confirmarse* como una posibilidad real de lesión o puesta en peligro. Ello se dará en la medida en que, a través del ejercicio efectivo de la función que su *status* requiere, ostente el control del ámbito de responsabilidad o competencia que le concierne. En este ámbito, es muy factible, tal y como veremos posteriormente, que a pesar de que un sujeto cumpla formalmente con los requisitos típicos exigidos por el delito especial en sede de autoría, no pueda predicarse de tal sujeto un verdadero control de su ámbito de responsabilidad y, todo ello, puesto que materialmente no ejerce la función propia de su *status*.

⁵⁷² No debe olvidarse que a tal conclusión podría llegarse si se aceptan las premisas de las teorías (“puras”) defensoras de los delitos de infracción de deber, puesto que debe ser calificado como autor aquel sujeto sobre el que recae el deber con independencia de su contribución al hecho. Sobre este tema vid. *supra* Parte II Capítulo II.

4.3 La pertenencia del hecho como punto de partida

En este punto se pretende volver sobre la teoría de la pertenencia del hecho para comprobar, tras el análisis de las principales posturas desde las cuales pueden analizarse los delitos que ostentan especiales restricciones en sede de autoría, si dicho criterio de la pertenencia se adecua de manera óptima a los mismos y si recoge el criterio que ya se ha determinado como esencial en relación a la determinación de la autoría, cual es el acceso del autor al bien jurídico. En definitiva, se pretende comprobar la eficacia de la teoría de la pertenencia del hecho como criterio que permita definir la relación de autoría tanto en los delitos comunes como, particularmente, en los delitos especiales.

Tal y como se apuntó en otro lugar⁵⁷³, la teoría de la pertenencia del hecho es un criterio delimitador de la autoría concebido en el seno de un *tercer nivel de imputación*. Debe recordarse, que en este tercer nivel de imputación en el que se halla incluida la relación de autoría se advierte, como idea rectora, la finalidad de delimitar esferas de *responsabilidad*. Se trata, por tanto, de concretar el ámbito de responsabilidad o de *competencia*, si se quiere, propias del sujeto en cuestión, especialmente cualificado en unos casos y en otros no. En suma se pretende, a través de la imputación de tercer nivel, definir los contornos del ámbito en el que un determinado sujeto ejerce sus funciones.

⁵⁷³ Vid. supra Parte I Capítulo II 3.3 y Capítulo III 2.

Ubicar la relación de autoría en un tercer nivel de imputación implica, obviamente, aceptar que deben realizarse previamente otros juicios de imputación. En efecto, significa admitir que, en primer lugar, el hecho debe poder ser imputable objetivamente (imputación de primer nivel). En segundo lugar, deviene preceptiva la comprobación de la imputación subjetiva (imputación de segundo nivel). Resolviendo afirmativamente estas dos primeras fases en el juicio de imputación, es entonces cuando podrá procederse a la determinación de la relación de autoría, pues es en este momento –tras la comprobación de la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente- cuando existe, realmente, un *riesgo típicamente relevante*.

De este modo se asegura la existencia de un hecho con relevancia jurídico-penal que poder imputar a su autor. De lo contrario, esto es, faltando alguno de los requisitos de los juicios de imputación previos, carece de sentido proceder a comprobar si existe un autor, pues éste debe serlo, en todo caso, de un hecho objetiva y subjetivamente típico, características éstas que le otorgarán la relevancia jurídico-penal indispensable. Concebida así la relación de autoría entre sujeto y hecho, parece evidente afirmar que estamos, no ante un proceso de descripción del autor, sino por el contrario en un proceso de *adscripción* del hecho a *su* autor.

La cuestión ahora es concretar las siguientes preguntas ¿cuándo puede determinarse una relación de pertenencia entre un hecho y un sujeto? ¿cuál es el criterio o los criterios que permiten afirmar la existencia de dicha relación?. Ante estas cuestiones puede afirmarse que el principal criterio al que debe atenderse para determinar la relación de pertenencia entre el hecho y el autor es, precisamente, el *acceso (posibilidad de acceso) al bien jurídico protegido* por parte del sujeto al que objetiva y subjetivamente puede imputársele el hecho en cuestión. Este será, por tanto, el primer *indicio* a través del cual emprender el estudio acerca de la existencia o no de relación de autoría, es decir, relación de pertenencia entre hecho y autor.

Como ya se ha ido viendo a lo largo de este trabajo, en los denominados *delitos comunes*, el acceso al bien jurídico no resta limitado a sujetos especialmente cualificados. En esta constelación delictiva cualquiera está en disposición de acceder al ámbito donde se encuentra insito el bien jurídico que la norma pretende proteger a través de la tipificación del delito. Este motivo puede ser entendido como una de las razones por las cuales el legislador no establece, en estos tipos, limitación alguna en sede de autoría. Sin embargo, *también* en esta clase de delitos no basta con un mero acceso formal al bien jurídico protegido, sino que ello debe materializarse en una posibilidad efectiva o material de lesionarlo o ponerlo en peligro.

Precisamente por este motivo, es decir, por la teórica posición idónea de cualquier sujeto para acceder al bien jurídico, debe buscarse un criterio que permita concretar, de entre todos ellos, aquel del que se puede predicar la pertenencia del hecho jurídico-penalmente relevante. En definitiva se trata de identificar al sujeto al que puede atribuirse el hecho como *suyo*. En estos casos, no me parece desdeñable acudir al criterio del dominio como factor coadyuvante en la delimitación de la autoría. Ahora bien, este dominio debe darse en un ámbito de *responsabilidad* o competencia propia del sujeto pues, sólo de este modo, el *acceso al bien jurídico* de éste se revela como verdaderamente *factible* y deja de ser una posibilidad simplemente teórica⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ En este punto y, sin ánimo de zanjar la cuestión por exceder con mucho a la intención de estas líneas, puede retomarse uno de los ejemplos ya expuestos en este trabajo: los supuestos de autoría en delitos contra el medio ambiente. Estos tipos que, bajo mi punto de vista, deben ser catalogados como delitos comunes, protegen, en principio, un bien jurídico protegido accesible para cualquier sujeto. Ahora bien, como ya se indicó, que un sujeto realice materialmente, esto es, domine material o fácticamente el hecho no constituye un criterio válido para imputarle un delito de tales características. La persona que, circunstancialmente, es la encargada de liberar vertidos tóxicos al cauce de un río, tiene en su poder, no sólo un acceso teórico al bien jurídico protegido (acceso que tiene cualquier sujeto), sino que además ejecuta materialmente el hecho, puesto que es él el encargado de abrir las compuertas liberadoras de tales vertidos. Ante este supuesto creo que cabe preguntarse si efectivamente a este sujeto le pertenece el hecho, esto es si domina el riesgo en un ámbito propio de su responsabilidad o competencia. Entiendo que la respuesta a esta última cuestión debe ser negativa pues la competencia o responsabilidad de evitar dicha lesión o puesta en peligro correspondería normalmente a otras personas ínsitas, normalmente, en un ámbito jerárquico superior. De esta opinión en un ejemplo similar vid. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit. pág. 92 afirmando que “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social”. En sentido similar y acerca de la autoría en los delitos contra el medio ambiente vid. CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del

En los *delitos especiales*, en cambio –al menos los que desde la perspectiva de este trabajo interesan particularmente por reducir la autoría a la figura del administrador de hecho o de derecho– el ámbito en el que se halla el bien jurídico protegido por la norma deviene, como ya sabemos, de acceso limitado a aquellos sujetos que ostentan un determinado *status*. En estos casos, podría presumirse que dichos sujetos, precisamente por el dato objetivo de su especial cualificación, controlan el ámbito propio de su responsabilidad. Ahora bien, dicho dato formal no puede, en absoluto, ser suficiente.

Al igual que sucediera en los delitos comunes, será *imprescindible* la comprobación de que ese supuesto acceso al bien jurídico protegido pueda materializarse efectivamente. Ello será factible, bajo mi punto de vista, en la medida en que dicho sujeto ejerza realmente una *función* propia de su *status*. De este modo, el dato meramente formal de la especial cualificación del sujeto se ve completado por un *criterio material* que permite afirmar que el sujeto, no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real al mismo, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo o

medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, págs. 644 - 666. En el mismo sentido vid. por todas STS 25-10-2002 (TOL 229864).

ponerlo en peligro por el hecho de ejercer las funciones propias de su *status*.

En relación a la función que debe ejercer el sujeto especialmente cualificado de manera efectiva, entiendo que debe caracterizarse como una función ***esencial o relevante***. En efecto, no cualquier función propia del *status* del sujeto puede ser suficiente para afirmar una posibilidad real o material de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Entiendo que únicamente aquellas que forman el núcleo principal propio del ámbito de responsabilidad son válidas como criterio material para afirmar el acceso al bien jurídico por parte del sujeto que las ejerce. Todo ello puesto que son precisamente éstas las que con ***mayor facilidad*** pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Dicho de otro modo: el bien jurídico se encuentra en una posición de máxima ***vulnerabilidad*** ante aquellos sujetos que ejercen las funciones esenciales propias del ámbito de responsabilidad en el que se encuentra inmerso dicho bien jurídico.

La postura expuesta en relación a los criterios que permiten afirmar la pertenencia de un hecho, es decir, la posibilidad de imputar un hecho a un sujeto como ***suyo*** en el caso de los delitos especiales puede resumirse del siguiente modo: ***acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función relevante o esencial en el ámbito de responsabilidad del sujeto***. Ahora bien, como ya se dijo, el criterio del dominio como *quantum* de

aportación del sujeto no es en absoluto desechable. Por este motivo, cuando más de un sujeto se halle en la misma posición de idoneidad para poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico —precisamente por ejercer una función relevante en su ámbito de responsabilidad— podrá tenerse en cuenta el criterio del dominio⁵⁷⁵ para poder discernir, de entre todos los intervinientes que pueden acceder de igual modo, a cuál de ellos le pertenece el hecho no pudiéndole disputar los demás dicha pertenencia.

Como ya se ha expuesto, desde la perspectiva de este trabajo se acepta el criterio del acceso al bien jurídico como esencial, siendo este concepto dotado de contenido por la idea del ejercicio de una función en el ámbito de responsabilidad propio del sujeto. También se ha optado por la adscripción a la terminología utilizada por MIR PUIG: la *pertenencia del hecho*. Pues bien, este aspecto puede verse simplemente como una cuestión de “etiquetas” bajo la cual se aúnan diferentes criterios utilizados ya, como es obvio, desde distintas concepciones de la autoría, como pueden ser, entre otras, las teorías del dominio social o del dominio sobre el fundamento del resultado. Sin embargo, entiendo que denominar al concepto —o supraconcepto, si se quiere— que debe definir la autoría como *pertenencia del hecho* representa de manera

⁵⁷⁵ En parecidos términos OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, ob. cit. págs. 247 y 257.

terminológicamente correcta el verdadero significado de imputación o adscripción que conlleva la relación de autoría entre el hecho y el sujeto.

El concepto de pertenencia, a su vez, dota de *unidad sistemática* en el ámbito de determinación de la autoría pues se puede predicar esta relación entre hecho y autor tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. Si bien es cierto que existirían algunas pequeñas diferencias entre ambas constelaciones delictivas, dicho concepto de la pertenencia se dota de contenido a través de criterios en absoluto contradictorios sino, por el contrario, homogéneos. *En ambos casos* se tendrá en cuenta la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del autor, así como el ámbito de responsabilidad o competencia donde el sujeto ejerce sus funciones.

De las consecuencias que en el ámbito de los delitos cuya autoría se reduce al administrador pueden derivarse del criterio de la pertenencia del hecho me ocuparé en lo sucesivo.

PARTE III

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR

CAPÍTULO I: LA PROBLEMÁTICA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR EL ADMINISTRADOR

1. Introducción

Llegados a este punto de la investigación y, por bien que ya se ha intentado resumir a lo largo del trabajo, quizá sería conveniente, también en este momento, realizar una brevísima recapitulación de lo hasta ahora expuesto para ubicar correctamente el análisis del concepto de administrador que pretende abordarse en esta tercera parte del trabajo. De este modo pretendo, a la vez, dotar de sentido el estudio realizado previamente a dicho concepto de administrador.

En primer lugar, se abordó el análisis de los diferentes conceptos de autor utilizados por la doctrina y plasmados positivamente en los diferentes ordenamientos jurídicos⁵⁷⁶. Sin ahondar ahora en los motivos que llevaron a ello, recuérdese que se optó por un *concepto restrictivo de*

⁵⁷⁶ Vid. supra Parte I Capítulo I.

autor. Este concepto se presenta como el más idóneo para la determinación de la autoría, no sólo de un punto de vista genérico, sino también en lo relativo a aquellos delitos con restricciones en sede de autoría. A esta conclusión se llegó aplicando cada uno de los diferentes conceptos de autor tanto en la categoría de los denominados delitos especiales como en la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber en sus versiones más puras⁵⁷⁷.

Si bien es cierto que la idoneidad predicada del concepto restrictivo de autor se realizó al inicio desde una perspectiva de *lege ferenda*, posteriormente se comprobó que, también desde una perspectiva de *lege lata*, era posible afirmar la adopción de un concepto restrictivo de autor en lo que al Código Penal español se refiere. Por consiguiente, es posible afirmar la coincidencia, en este aspecto, entre lo idóneo dogmáticamente y lo recogido positivamente en el ordenamiento jurídico español.

Toda vez que el concepto de autor queda fijado por su idoneidad tanto a nivel general como en particular en aquellos delitos con restricciones en sede de autoría, se aborda, si bien no exhaustivamente, los criterios concretos que, en el seno de un concepto restrictivo de autor, permiten delimitar la autoría de la participación⁵⁷⁸. En este punto, el

⁵⁷⁷ Vid. supra Parte I Capítulo I 5 y 6.

⁵⁷⁸ Vid. supra Parte I Capítulo II.

criterio de la *pertenencia del hecho* resulta, ya inicialmente, válido para dicha delimitación de la autoría en sentido estricto, adaptándose perfectamente a las particularidades que presentan los delitos con especiales restricciones en sede de autoría⁵⁷⁹.

Tras la aplicación teórica de los diferentes conceptos de autor, así como de los criterios que delimitan la autoría en el seno de un concepto restrictivo de autor tanto en la categoría de los delitos especiales como en los delitos de infracción de deber se llega ya a una primera conclusión: las nomenclaturas delito especial y delito de infracción de deber obedecen a *planos absolutamente diferenciados*. Así, mientras la acepción *delito especial* hace referencia a la delimitación objetiva que realiza el legislador en determinados tipos penales en sede de autoría, cuando se utiliza la designación *delito de infracción de deber* su significado excede a esa mera clasificación en razón de sujeto activo⁵⁸⁰.

En efecto, las versiones más representativas y puras de dicha construcción dogmática —como son las analizadas en este trabajo— otorgan a la infracción de un deber un protagonismo absoluto, pasando de ser una mera clasificación de los tipos penales en razón de sujeto activo, a un verdadero *criterio delimitador de la autoría* que, en algunos casos, llega incluso a fundamentar el *injusto* del delito cuya descripción

⁵⁷⁹ Vid. supra Parte I Capítulo II 3.3 y Parte I Capítulo III 2.

⁵⁸⁰ Vid. supra Parte II Capítulo I.

típica se entiende basada en la infracción de un especial deber por parte del autor (sujeto especialmente obligado)⁵⁸¹.

El análisis de las teorías basadas en la infracción de un deber concluyeron en un posicionamiento contrario a dichas construcciones dogmáticas. Como ya se vio las consecuencias en las que éstas derivan fundamentaron esta opinión. Se hizo hincapié, entre otras razones, en el excesivo protagonismo otorgado al deber (extrapenal) que impedía discernir los diferentes grados de aportación al hecho del sujeto especialmente obligado, pues la mera infracción del deber bastaba para ser calificado como autor de tal delito, extremo este que imposibilita distinguir no sólo entre autoría y participación entre *intraneus*, sino también entre las diferentes fases del *iter criminis*⁵⁸².

Desestimada la infracción de un deber como criterio válido para la determinación de la autoría en aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría se aboga, finalmente, por la adhesión a la categoría de los delitos especiales. En definitiva, me decanto por analizar los delitos con especiales restricciones en sede de autoría desde la perspectiva de una categoría que simplemente recoge una delimitación

⁵⁸¹ Vid. al respecto las construcciones analizadas de ROXIN y JAKOBS supra Parte II Capítulo II.

⁵⁸² Vid. supra Parte II Capítulo II 3.

objetiva realizada por el legislador en algunos tipos penales, bien sea expresamente en el círculo de posibles sujetos activos o a través de la descripción de la conducta típica. La adopción de dicha postura implica, por tanto, el necesario establecimiento de un criterio delimitador de la autoría que permita dotar de contornos precisos esta categoría, pues con la alusión a la categoría de los delitos especiales únicamente se expresa una restricción en sede de autoría y no un criterio delimitador de la misma.

Las teorías –más representativas bajo mi punto de vista- examinadas en este trabajo que adoptan idéntica perspectiva en el estudio de esta constelación delictiva reparan especialmente en la vital importancia del bien jurídico protegido en estos delitos⁵⁸³. Pues bien, aunando este criterio con el de la pertenencia del hecho y todo lo que ello implica se llega a la siguiente conclusión: el sustrato material subyacente a la pertenencia del hecho como criterio válido tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales se resume en el *acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto*⁵⁸⁴.

Sentada esta base acerca de los criterios que se entienden válidos en lo referente al ámbito de delimitación de la autoría, debe ser éste y no

⁵⁸³ Vid. supra Parte II Capítulo III 2 y 3.

⁵⁸⁴ Vid. supra Parte II Capítulo III 4.

otro el que nos permita una aplicación a un caso concreto como son los delitos en los que el sujeto activo se circunscribe al administrador de hecho o de derecho. A su vez y, como no podía ser de otro modo, el acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto, también debe ser de utilidad para establecer los contornos específicos del propio *concepto de administrador*. Sobre este aspecto me pronunciaré en lo sucesivo.

2. La necesaria vinculación del concepto de administrador a los criterios delimitadores de la autoría

Como decía anteriormente, el concepto de administrador está, o mejor dicho, *debe estar* íntimamente ligado a los criterios delimitadores de la autoría establecidos ya en el estudio de la parte general. De este modo, se pretende evitar algunas incoherencias en la construcción del propio concepto de administrador⁵⁸⁵. En efecto, el alcance de la delimitación conceptual de administrador —en particular la de administrador de hecho— no puede reducirse a una concepción formal alejada de los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor

⁵⁸⁵ Tal y como se verá posteriormente un amplio sector de la doctrina basa el concepto de administrador de hecho en un dominio material o fáctico, lo que impediría —en mi opinión— la aceptación de la infracción de un deber como criterio delimitador de la autoría y catalogar el delito cuyo sujeto activo es el administrador de hecho (así concebido) como un delito de infracción de deber.

de un determinado delito. Todo ello puesto que, especialmente este concepto, resta ligado al ejercicio de una determinada *función* cuya realización puede afectar al bien jurídico protegido por la norma con independencia de cualquier nombramiento formal. Así las cosas, deben ser los criterios establecidos previamente en la determinación de la autoría los que concreten los contornos de dicho concepto de administrador.

Ahora bien, la necesaria conexión con los criterios delimitadores de la autoría establecidos en el estudio de la parte general, no es exclusivo del concepto de administrador de hecho, antes al contrario. La figura del administrador de derecho, por bien que esté dotada de un contenido más o menos certero, dicha concreción no deviene suficiente para calificar su participación en un concreto delito a título de autoría. Dicho de otro modo, que un sujeto cumpla los requisitos formales para ser tildado como administrador de derecho no supone que de tal sujeto pueda predicarse automáticamente la autoría de un delito cuyo círculo de posibles sujetos activos se limita al administrador de hecho o de derecho.

Como se verá posteriormente⁵⁸⁶, únicamente podrá aseverarse la autoría de dicho sujeto en la medida en que *además* cumpla los criterios de acceso al bien jurídico establecidos para determinar la autoría de cualquier sujeto en cualquier clase de delito, esto es, el acceso al bien

⁵⁸⁶ Vid. infra Parte III Capítulo II 3 y Parte III Capítulo III 1.2 y 3.

jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto. El análisis del concepto de administrador de derecho desde esta perspectiva permite evitar la rígida imputación de un delito por el mero hecho de ostentar formalmente un cargo, extremo que, como se vio, es factible en las teorías que defienden el criterio de la infracción de un deber.

Con todo ello se pretende algo que ha imperado desde el inicio de esta investigación: evitar confundir planos que resultan absolutamente diferenciados, cual es la categoría de los delitos especiales y el criterio de la infracción de un deber, amén de—en mi opinión— un necesario mantenimiento de las estructuras dogmáticas elaboradas en la Parte General. En especial las referentes a la autoría, cuya vigencia y validez parece ser cuestionada en los últimos tiempos⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ En este punto me parece interesante aludir a la tan discutida responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema en el que la acotación de esta investigación me impide ahondar. Sin ánimo de exhaustividad vid. acerca de esta cuestión BAJO FERNÁNDEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español”, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA dirs.), Barcelona 1996, págs. 17 ss.; BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998, *passim*; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed. Pamplona 2003, *passim*; BAJO/ BACIGALUPO, *Derecho Penal económico*, Madrid 2001, págs. 119 ss.; SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Derecho Penal Económico* CGPJ (14) 2001, págs. 335 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)”, LH-Valle Muñiz, Pamplona 2001, págs. 885 ss. Sobre

Por todo lo anteriormente expuesto y, teniendo en cuenta la metodología seguida en este trabajo, entiendo que ha sido preciso e inexcusable un estudio previo de las diferentes posturas doctrinales que han trabajado la cuestión de los delitos con especiales restricciones en sede de autoría. Sobre esos cimientos se pretende construir el concepto jurídico-penal de administrador, a la par que determinar cuándo *materialmente* un sujeto puede ser calificado como autor de un delito que exige dichas características en sede de autoría.

A las alturas de este trabajo resulta evidente que el estudio exhaustivo de todos y cada uno de los delitos que pueden ser cometidos por un administrador es, a todas luces, inabarcable. Por ello me centraré básicamente en los delitos societarios y, en particular, en el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) que, como delito de administración en sentido estricto, nos servirá como banco de prueba y principal ejemplo en el que aplicar las conclusiones extraídas en esta investigación.

Sin embargo, no puede olvidarse que la figura del administrador no sólo está presente en los delitos societarios (arts 290 a 295 CP). La importancia del administrador también se vislumbra, obviamente, en el

cuestiones más generales acerca de las variaciones que ha experimentado (o debe experimentar) el Derecho Penal en la sociedad actual vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, ob. cit. págs. 121 ss. y *passim*.

art. 31 CP en el que se regula “la actuación en lugar de otro”, pues se recoge la conducta del administrador de hecho o de derecho que actúe en nombre de la persona jurídica a la que representa. En este ámbito cobran especial relevancia, entre otros, el delito de alzamiento de bienes y favorecimiento de acreedores (arts. 257 a 259 CP), la quiebra fraudulenta (art. 260 CP), el delito de defraudación tributaria (art. 305 CP)⁵⁸⁸ etc.

Como ya he advertido, el análisis de todos estos supuestos supera con creces la intención de estas líneas. No obstante ello, entiendo que la elaboración sólida de un concepto de administrador de hecho y de derecho y la concreción a través de criterios materiales que permitan discernir cuándo éstos pueden ser calificados como sujetos activos de un delito permite, posteriormente, acometer con mayor facilidad el estudio de todos esos tipos recogidos en el Código Penal español.

⁵⁸⁸ Acerca de los criterios que permiten imputar estos tipos al administrador de hecho en supuestos de “actuar en lugar de otro” vid. el estudio detallado de GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, ob. cit. págs. 180 ss.

3. El administrador en los delitos societarios. Breve referencia a las diferentes posturas doctrinales en cuanto a la concepción de los delitos societarios

Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, los delitos societarios regulados en el Código Penal recogen, en su práctica mayoría, al administrador de hecho o de derecho como sujeto activo de los mismos. La expresa reducción que realiza el legislador penal en estos tipos hace posible su catalogación como delitos con restricciones en sede de autoría, en este caso, no a través de la redacción de la conducta típica, sino de una manera mucho más evidente. Precisamente por la restricción expresa realizada por el legislador en sede de autoría, la figura del administrador se posiciona como protagonista indiscutible de los delitos societarios.

No procede exponer en este lugar y con la misma extensión todo lo que implica reducir el ámbito de posibles sujetos activos a un concreto círculo de personas⁵⁸⁹, en este caso, a aquellos de los que pueda predicarse la cualidad de administrador de hecho o de derecho. Simplemente destacar aquí que, para poder ser calificado como autor de estos delitos y, poder lesionar así de manera típica el bien jurídico protegido por dichos tipos penales, deben cumplirse, forzosamente, determinadas características que permitan afirmar la cualidad

⁵⁸⁹ Sobre este aspecto vid. *supra* Parte I Capítulo I y Parte III Capítulo I.

requerida⁵⁹⁰. De otro modo, esto es, ante la ausencia de dichas condiciones, cualidades o relaciones, no podría afirmarse la tipicidad del hecho en toda su extensión.

Estas cualidades especiales que caracterizan al administrador son, en principio, las que debieran atribuirle una capacidad de acción que es ajena a cualquier otro sujeto⁵⁹¹. A su vez, parece innegable —como se verá en lo sucesivo— que una de las consecuencias vinculadas al *status* que ostenta el sujeto es la sumisión a un especial deber. En efecto, tanto el administrador de hecho como de derecho resultan obligados, incluso de manera extrapenal, a llevar a cabo las actuaciones propias de su condición bajo determinadas *normas de conducta*. Ello puede comprobarse, por ejemplo, acudiendo al ordenamiento jurídico-mercantil, en el que diversas disposiciones así lo reflejan⁵⁹².

⁵⁹⁰ Acerca de estas características que dotan de contornos el concepto de administrador de hecho y de derecho vid. *infra* Parte III Capítulo II y III.

⁵⁹¹ En este punto debe advertirse que la afirmación ahora realizada será puntualizada y matizada en los capítulos posteriores, sobre todo en relación a la cualidad de administrador de derecho. Vid. *infra* Parte III Capítulo II.

⁵⁹² Vid. a este efecto art. 127 LSA: Deber de diligente administración: 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la *diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*. 2. Cada uno de los administradores deberá *informarse diligentemente* sobre la marcha de la sociedad; art. 127 bis. LSA: Deberes de fidelidad: Los administradores *deberán cumplir los deberes impuestos* por las leyes y los estatutos con *fidelidad* al interés social, entendido como interés de la sociedad; art. 127 ter. LSA: Deberes de lealtad: 1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas ... etc. (todos ellos redactados conforme a la L. 26/2003 de 17 julio) y art.

La postura aquí mantenida de rechazo a la infracción de un deber como único criterio delimitador de la autoría, no significa, por el contrario, que se desestime la importancia del deber impuesto, en este caso y, atendiendo al objeto de esta investigación, al administrador. Sería absurdo obviar los deberes de diligencia y fidelidad que *expresamente* se imponen a estos sujetos desde otra rama del ordenamiento jurídico. Así las cosas, el forzoso cumplimiento de dichas normas de conducta es indiscutible. Ahora bien, como se expondrá en lo sucesivo, el hecho que un sujeto del cual pueda predicarse la cualidad de administrador y éste, a su vez, incumpla en su conducta el deber por el que viene obligado no resulta suficiente para afirmar su autoría en el ámbito jurídico-penal, esto es, de una conducta jurídico-penalmente típica. Siendo esto así, deberá averiguarse, no obstante, qué papel juega el deber que extrapenalmente obliga al administrador en lo referente a los delitos societarios.

Pues bien, precisamente la cuestión del deber extrapenal que obliga de manera indudable al administrador, es la que ha suscitado o, mejor dicho, avivado la discusión doctrinal acerca de los delitos especiales y los delitos de infracción de deber. En el ámbito de los delitos societarios y,

61 LSRL: Ejercicio del cargo: 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar *secreto* sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones (resaltados añadidos).

concretamente en lo referente al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)⁵⁹³, pueden distinguirse diferentes posturas acerca de cuál deba ser la calificación o clasificación correcta para estos tipos penales. Sintetizándolas en gran medida, dichas posturas pueden dividirse entre aquellos autores que optan claramente por incluirlos en el ámbito de los delitos de infracción de deber⁵⁹⁴; posturas intermedias que hablan de delitos especiales con una importancia cualificada de la infracción de un deber⁵⁹⁵ y posturas que se decantan por definirlos, *a priori* simplemente

⁵⁹³ En este punto entiendo necesario realizar alguna aclaración de carácter terminológico. Debe tenerse en cuenta que en la doctrina puede encontrarse la referencia al tipo contenido en el art. 295 CP con el término “administración desleal” o también “administración fraudulenta”. Personalmente me he decantado por el término “administración fraudulenta” para referirme al delito del art. 295 CP, reservando el de “administración desleal” para el tipo contenido, junto a la apropiación indebida *strictu sensu*, en el art. 252 CP.

⁵⁹⁴ Vid. por todos BACIGALUPO SAGGESE, “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, RDPC (nº extraordinario 1º) 2000, págs. 362 y 363. La autora distingue, en función de la acción típica que se lleve a cabo, entre el tipo de abuso (obligar abusivamente) y el de infidelidad (disponer fraudulentamente de bienes sociales) dentro del art. 295, lo que comporta, a su vez, distinta calificación dogmática. En el primer caso se trata –según la autora– de un delito de dominio y en el segundo supuesto de un delito de infracción de deber. Esta diferenciación está basada, sin duda, en el ordenamiento jurídico-alemán que en el art. 266 StGB tipifica el delito de *Untreue* y en el que dogmáticamente se distinguen el tipo de “abuso de la fidelidad” (*Missbrauchtatbestand*) y el tipo de la “ruptura de la fidelidad” o de la “deslealtad” (*Treubruchtatbestand*). Sin embargo, debe destacarse que esta autora, en el análisis del delito fiscal hace referencia a la categoría de “delito especial”, lo que supone acercarse a la distinción que realiza JAKOBS, en la cual pueden encontrarse, en el ámbito de los delitos especiales, tanto delitos de dominio como delitos de infracción de deber.

⁵⁹⁵ Vid. entre otros RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid 1997, pág. 113, 147 ss., donde se muestra favorable a la tipificación del tipo contenido en el art. 295 CP como delito especial propio y entiende que la esencia del desvalor de acción radica en

como delitos especiales sin entrar a valorar expresamente el deber extrapenal que obliga al administrador⁵⁹⁶.

la infracción del deber de lealtad o fidelidad. Incluso, la autora va más allá en cuanto a la importancia del deber que ostenta el sujeto activo y afirma: "...el autor ha de tener además un específico deber de lealtad o fidelidad en la gestión de ese patrimonio.... Lo que determina la configuración de estos delitos como "delitos consistentes en la infracción de un deber", si se admite esta categoría. La conducta típica debe describirse de tal modo que sólo quienes tengan ese especial deber.... puedan ser autores y quienes, teniendo el deber, lo infrinjan sean siempre autores, puesto que la esencia del tipo consiste en la infracción del deber." (pág. 148). Con esta afirmación no queda claro si RODRIGUEZ MONTAÑÉS se decanta finalmente por la categoría de los delitos de infracción de deber o si, por el contrario, entiende que ésta y la de delitos especiales propios son idénticas. En cualquier caso, esta argumentación implica la asunción del especial deber atribuido al sujeto activo como elemento esencial que caracteriza el tipo y que, incluso, puede permitir la diferenciación entre delitos similares como pueden ser los contenidos en el art. 295 y en el art. 252 CP (pág. 149). También en este sentido FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia 2000, pág. 340; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001, págs. 64 y 65. El autor se refiere al tipo contenido en el art. 295 del CP como un delito de dominio "particularizado", dado que se construye como un delito especial propio, en el que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido; EL MISMO, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 468.

⁵⁹⁶ Vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, Madrid 1996, págs. 52 y 53; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996, págs. 266 ss.; MATA Y MARTÍN, "Los delitos societarios en el Código Penal de 1995", *RdS* (5) 1996, pág. 168; EL MISMO, "Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas", en *Empresa y Derecho Penal (I)* CDJ 1998, págs. 343 y 344; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Madrid 1998, pág. 194; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el código penal de 1995*, Valencia 1998, pág. 142. Califica como "delito de dominio" al delito de administración fraudulenta del art. 295 CP GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 244. Ello significa, habida cuenta de la adopción por parte de este autor de la construcción jakobsiana, que entiende que estamos ante un delito especial, esto es, un delito en el que existen expresas restricciones en sede de autoría, pero que, sin embargo, el criterio delimitador que debe regir en la autoría es el del dominio del hecho.

La intención de destacar a grandes trazos las líneas doctrinales existentes en relación a cuál deba ser la calificación de estos delitos, es muy concreta. Simplemente quisiera poner de relieve lo que, a mi parecer, ha derivado en una gran confusión acerca del concepto de delito especial y el de infracción de deber. En efecto, en el estudio de la Parte Especial y, en concreto de algunos delitos como el tipo de administración fraudulenta en el seno de los delitos societarios, se ha retomado el estudio de la categoría elaborada en su día por ROXIN. Ahora bien, el análisis pormenorizado de ambos puntos de vista, demuestra que la opción del delito de infracción de deber conlleva una serie de consecuencias que no deben ser obviadas si se admite como válido dicho criterio de delimitación de la autoría. Por todo ello, en mi opinión, ante la aseveración de que un concreto delito debe ser calificado como delito de infracción de deber es necesario ser coherente y asumir todas y cada una de las consecuencias derivadas de tal calificación.

Sólo cabe decir, a las alturas de esta investigación, que desde aquí ya se ha desestimado la infracción de un deber como criterio delimitador de la autoría, y no sólo en cuanto a los delitos societarios, sino en general para cualquier tipo delictivo. Es más, entiendo que desde este trabajo se ha aclarado que la relación entre delito especial y delito de infracción de deber no existe en el ámbito de la correspondencia, antes al contrario. Ya

se concluyó que se trata de planos absolutamente diferenciados, que pueden coincidir única y exclusivamente en la medida en que se acepte la infracción de un deber como criterio delimitador de la autoría con todas sus consecuencias.

Por todo ello, según lo aquí expuesto, los delitos societarios deben ser calificados como *delitos especiales*, puesto que el legislador ha querido, expresamente en este caso, restringir el ámbito de posibles sujetos activos. De este modo, el criterio que delimite la autoría en estos supuestos no puede ser otro que el establecido de modo genérico: *pertenencia del hecho como acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.*

4. La problemática de la autoría y la participación en los delitos societarios

Los delitos societarios, en la medida en que sólo pueden ser cometidos en su gran mayoría por un administrador son, como ya sabemos, delitos especiales. Es más, habida cuenta de la inexistencia de un tipo paralelo de posible comisión por cualquier sujeto, en el caso del delito de administración fraudulenta podría precisarse esta afirmación

diciendo que estamos ante un *delito especial propio*⁵⁹⁷. Pues bien, como es sabido, en estos casos es absolutamente indispensable identificar qué sujeto puede ser considerado *intraneus*, esto es, quien reúne las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige, extremo del que me ocuparé en los siguientes capítulos. Una vez delimitada esta figura, en nuestro caso el administrador de hecho y de derecho, podremos definir quiénes *no* podrán formar parte de ese círculo de personas (*extraneus*) quedando su aportación al hecho relegada a la mera participación punible, que en el caso más extremo será calificada como cooperación necesaria⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Si bien esta calificación de delito especial propio que puede predicarse sin duda alguna del tipo de administración fraudulenta, no resulta tan claro en el caso del delito contenido en el art. 290 CP falsedad en la información social. En este caso, la ausencia de la cualidad de administrador podría derivarnos en la apreciación de un delito de falsedad documental cometida por particular (art. 392) salvo que pueda entenderse, claro ésta, que estamos ante un supuesto de falsedad ideológica, atípica, como es sabido, para el caso de ser llevada a cabo por un particular. De todos modos es obvio que sigue siendo un delito especial por lo que compartirá los principales problemas de autoría y participación que en esta constelación delictiva se suscitan. Respecto a la relación entre el art. 290 CP y el art. 392 vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 385 y págs. 394 ss. para la cuestión de las relaciones concursales. El autor afirma que, si bien pueden darse similitudes entre ambos preceptos, la conducta definida en el art. 290 CP posee mayor amplitud que la contenida en el art. 392 CP. De este modo –prosigue– el art. 290 CP viene a rellenar una laguna de punición con relación a los documentos mercantiles cuando la conducta falsaria no consiste en una auténtica “alteración” o “simulación” del documento, sino simplemente en alguna de las “manipulaciones” contables de la denominada “ingeniería financiera”, con tal de que reflejen una imagen errónea de la situación jurídica o económica de la entidad. Considera el tipo contenido en el art. 290 CP *lex specialis* con respecto a la falsedad cometida por particular (art. 392 CP) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 383.

⁵⁹⁸ En contra de la punibilidad de la conducta del *extraneus* en España vid. por todos ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. págs. 242 ss. Debe tenerse

La problemática de la calificación de un sujeto como autor o partícipe depende, en gran medida, del concepto de administrador de hecho que se maneje. En mi opinión, muchos de los sujetos que *a priori* parece que deban quedar fuera de dicho círculo de sujetos activos, pueden ser tildados de verdaderos administradores tras una correcta interpretación del concepto de administración de hecho. Con esta ampliación en la posibilidad de ser sujeto activo de estos delitos, se disminuye drásticamente la problemática de la participación en esta constelación delictiva, ya que pueden ser considerados verdaderos *intraneus* del delito en cuestión.

No obstante ello, llegados a este punto quisiera destacar, muy brevemente, los principales problemas que en el ámbito de la autoría y la participación surgen en los delitos especiales. La problemática gira entorno a dos cuestiones fundamentales: a) cuál es el delito por el que

en cuenta que este autor diferencia en el ámbito de los delitos con restricciones en sede de autoría entre “*delitos de posición*” y “*delitos especiales de deber*” siendo estos últimos los que ROBLES PLANAS considera delitos especiales en sentido estricto. Para la constitución de estos tipos se requiere la presencia de un deber especial. Es precisamente en estos casos cuando la participación del *extraneus* debe ser, a juicio de ROBLES PLANAS, impune. Sin embargo, entiendo que el tipo penal que desde trabajo más interesa (art. 295 CP), podría entenderse incluido en la categoría que este autor denomina como “delitos de posición” pues la restricción de la autoría al administrador podría obedecer a que dicho sujeto se halla en una posición idónea para lesionar el bien jurídico. Por ello entiendo que en estos casos no se abogaría por la impunidad del *extraneus* tal y como se defiende para los “delitos especiales de deber” (pág. 241).

debe responder el *extraneus*, esto es, por el delito especial cometido por el *intraneus* o por el común paralelo y **b)** si debe imponerse a dicho *extraneus* una pena atenuada con respecto a la señalada para el *intraneus*.

a) En relación a la primera cuestión, es obvio que en el caso de los *delitos especiales propios* en modo alguno el *extraneus* que participa en tal delito podría ser castigado por ningún otro tipo penal, pues éste no existe en su configuración de delito común. Así las cosas, la única manera de incriminar su conducta y evitar así su impunidad es hacerlo partícipe del delito especial cometido a título de autor por el *intraneus*⁵⁹⁹.

En cambio, en el caso de los *delitos especiales impropios* la cuestión de qué delito deba imputarse al partícipe no parece tan sencilla. Diversas soluciones se han aportado por la doctrina para la resolución de estos supuestos. En primer lugar puede destacarse la solución *unitaria* que propugna hacer responder al partícipe *extraneus* por el delito especial, al igual que sucediera para el caso de los delitos especiales propios. Esta solución se basa en argumentos tales como el respeto de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, amén de que permite resolver –según sus defensores– todos

⁵⁹⁹ En este sentido vid. por todos GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 873, donde señala la incorrección de las teorías que abogan por la impunidad del *extraneus* que participa en un delito especial.

los casos de participación en delitos especiales, propios e impropios, de un modo unitario⁶⁰⁰.

Por el contrario, la solución *diferenciadora* propone castigar al partícipe *extraneus* por el delito común paralelo. Esta postura es factible si se parte de la idea de que los delitos especiales impropios no son, en realidad delitos distintos a sus correspondientes tipos comunes, sino que, por el contrario, son meros subtipos agravados de éstos. Excede a la intención de estas líneas el análisis de cada uno de los diversos argumentos que se han aportado por la doctrina en defensa de la solución diferenciadora, principalmente porque la discusión más intensa se produce bajo la vigencia del Código Penal de 1944 donde se recogían delitos como el parricidio y el infanticidio, delitos inexistentes en el actual Código Penal⁶⁰¹. No obstante ello, se abordará, también de modo muy resumido, la cuestión de la penalidad que debe corresponder al partícipe *extraneus*.

⁶⁰⁰ Para una explicación pormenorizada de dicha solución unitaria vid. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. pág. 144, donde se adhiere totalmente a dicha solución. Defienden en España esta postura RUEDA MARTÍN, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública", ob. cit. págs. 159 ss.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Valencia 2004, pág. 642; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 401, entre otros.

⁶⁰¹ Acerca de la situación doctrinal en España sobre la problemática de la participación en el parricidio bajo la vigencia del CP de 1944 vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, ob. cit. pág. 265 – 287. Un análisis detallado sobre las diferentes posturas doctrinales a favor de la solución diferenciadora se encuentra recientemente en GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 125 ss.

b) En cuanto a la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* deben tenerse en cuenta los arts. 28, 29, 63 y 65. 3 CP. En relación al *cómplice extraneus*, cuya definición puede hallarse en el art. 29 CP, resulta obvio, sin acudir a reglas específicas para los delitos especiales, que la pena que le corresponde debe ser, tal y como establece el art. 63 CP, inferior en grado a la del autor, en este caso a la del autor *intraneus*. Sin embargo, en lo referente al *cooperador necesario* o al *inductor extraneus*, la cuestión puede no resultar tan evidente.

Conforme a la redacción del art. 28 CP dichos sujetos “son considerados autores”, expresión que en nuestro ordenamiento implicaría, ineludiblemente, asignarle la misma pena que al autor. Sin embargo, la nueva redacción del art. 65. 3 CP introduce, expresamente para los supuestos de participación en delitos especiales, una *atenuación no obligatoria* para los casos en los que en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad⁶⁰² del autor. Así las cosas, la nueva redacción del art. 65. 3 CP –aun no siendo del todo satisfactoria–

⁶⁰² Resulta de dudosa corrección la utilización del término culpabilidad en la redacción del art. 65. 3 CP pues, con una definición estricta de dicho concepto, quedarían fuera las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la restricción en sede de autoría de los delitos especiales que, al fin y al cabo, reside en sede de tipicidad e injusto. Cabría la posibilidad, sin embargo, de entender dicho término en un sentido amplio en el que cupiese dicha interpretación.

colma las demandas de un sector doctrinal y jurisprudencial favorables a dicha atenuación para todos los partícipes *extraneus*⁶⁰³.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que los delitos societarios y, en particular el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), puede ser calificado de delito especial propio resulta ocioso, en este caso, destacar la problemática acerca de cuál deba ser la solución más satisfactoria para decidir qué delito debe imputársele al partícipe *extraneus*. En este supuesto se adoptará —forzosamente— la solución unitaria, haciendo responder al partícipe por el delito especial cometido por el autor *intraneus*. En cuanto a la penalidad que deba corresponderle a este sujeto, la redacción del art. 65. 3 CP otorga, como ya se ha visto, la posibilidad al Juez o Tribunal de imponer, según su criterio, la pena inferior en grado para los cooperadores necesarios o inductores, extremo éste que, de realizarse, los equipararía a los meros cómplices *extraneus*.

⁶⁰³ En este sentido y con anterioridad a la nueva redacción del art. 65 CP se manifestaba GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, ob. cit. págs. 207 ss. Pone de manifiesto esta postura MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 401 nota 36.

CAPÍTULO II: LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE DERECHO

1. Concepto de administrador de derecho

En las líneas que suceden se pretende ofrecer, sucintamente, un concepto de administrador de derecho con el que delimitar los contornos de esta figura en tanto que posible sujeto activo de los delitos societarios. El análisis se acometerá, aunque brevemente, tanto desde la perspectiva jurídico-mercantil como desde la jurídico-penal. Esta metodología tiene como finalidad comprobar si ambas ramas del ordenamiento jurídico pueden compartir, en este punto, la misma concepción de la figura del administrador de derecho, o si, por el contrario, deben manejarse diferentes concepciones en cada uno de dichos sectores del ordenamiento jurídico.

1.1 El concepto jurídico-mercantil de administrador de derecho

Para determinar la configuración del concepto de administrador de derecho deviene absolutamente imprescindible acudir al ordenamiento jurídico-mercantil. En efecto, en este sector del ordenamiento jurídico la configuración de la figura del administrador de derecho deviene un

concepto sobradamente tratado y delimitado⁶⁰⁴, aunque debe advertirse que presenta diferentes variedades, según el tipo de entidad de que se trate⁶⁰⁵. No obstante ello y, obviando todas y cada una de las peculiaridades que esta figura puede adoptar en las diferentes sociedades mercantiles, entiendo que puede ofrecerse un concepto que, aunque sumamente genérico, sirva para ofrecer una visión global del alcance de dicha figura.

De este modo, puede entenderse por *administradores de derecho* aquellos que, habiendo sido *designados conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente, han aceptado dicha designación y la misma ha sido debidamente inscrita en los oportunos registros públicos*⁶⁰⁶. Concretado así el contorno conceptual de la figura

⁶⁰⁴ En este sentido afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 349 que la expresión “administrador de derecho” encierra un término normativo jurídico ya valorado, que habrá de ser interpretado a la luz de la legislación extrapenal correspondiente.

⁶⁰⁵ Afirma FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia 1996, pág. 116 que dentro de las sociedades mercantiles se distingue fundamentalmente entre los administradores de las sociedades personalistas y de las sociedades capitalistas, ya que su posición es bien distinta en unas y otras.

⁶⁰⁶ En este sentido vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid 1996, pág. 45; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid 1997, pág. 98; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 213; RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, ob. cit. pág. 112; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, ob. cit. págs. 67 y 68; GALLEGU SOLER, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal”, *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, pág. 153; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de*

del administrador de derecho, debe advertirse que el órgano de administración de una sociedad puede ser colectivo o individual⁶⁰⁷ pudiendo adoptar, incluso, la forma de persona jurídica⁶⁰⁸. Sin embargo, debe destacarse que no es frecuente el supuesto de administrador único, al menos en supuesto de una Sociedad Anónima, confiándose normalmente esta función a un órgano colectivo: El Consejo de

Derecho Mercantil, 8ª ed. Barcelona 2003, págs. 249 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 349; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada 2005, pág. 328. Cfr. arts. 138 – 148 RRM.

⁶⁰⁷ Así lo indica orientativamente el **art. 124.1 RRM: Administración y representación de la sociedad**: En los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye: a) a un administrador único; b) a varios administradores que actúen solidariamente; c) A dos administradores que actúen conjuntamente; d) a un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros. Vid. también SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, ob. cit. pág. 376.

⁶⁰⁸ Así puede deducirse de la redacción del **art. 143.4 RRM: Nombramiento de administrador persona jurídica**: 1. En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo; 2. En caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución. Así como del **art. 125 LSA: Aceptación e inscripción del nombramiento**: El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas o su denominación social, si fueran **personas jurídicas** y, en ambos casos, su domicilio y nacionalidad y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

Administración⁶⁰⁹. Ahora bien, sea cual fuere la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, ésta debe hacerse constar en los estatutos sociales⁶¹⁰.

Habida cuenta de las formalidades requeridas legalmente para poder ser considerado como administrador de derecho, dicha figura es, *a priori*, perfectamente reconocible e identificable en el tráfico jurídico. En efecto, basta acudir al correspondiente registro para conocer la identidad concreta de la persona física o jurídica a la que se le encomienda las funciones relacionadas al cargo de administrador. Quizá sea por este

⁶⁰⁹ Es precisamente en estos casos, en la adopción de acuerdos en órganos colectivos, cuando los problemas de autoría y participación se multiplican pues, como veremos en lo sucesivo, no basta, desde el punto de vista jurídico-penal, la mera pertenencia a este órgano para afirmar la autoría de todos sus componentes, pues ello equivaldría a una responsabilidad objetiva por el cargo. Así lo señalan expresamente, entre otros, GARCIA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. págs. 103-105; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 108 ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. págs. 221 ss. Para un análisis detallado de esta cuestión vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. págs. 259 ss.; RODRIGUEZ MONTAÑÉS, "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados", RDPC (1) 2000, págs. 171 ss.

⁶¹⁰ En este sentido vid. lo dispuesto en el **art. 9 h LSA: Estatutos sociales**. En los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar: h) La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieran.

motivo, por el que la inclusión del administrador de derecho como posible sujeto activo de los delitos societarios parece no suscitar excesivos problemas dogmáticos. Sin embargo, debe destacarse que, el mero hecho de poder ser identificado como administrador de derecho, no es suficiente para calificar la participación de dicho sujeto en tales delitos a título de autoría. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

Tal y como se ha visto, las formalidades necesarias desde el punto de vista legal ofrecen parte de los contornos conceptuales de la figura del administrador —en este caso de derecho—, sin embargo, para conocer realmente el alcance de dicha figura deben delimitarse también las funciones básicas atribuidas al órgano de administración, lo que ofrecerá una visión global del concepto de administrador. Las funciones asignadas a dicho órgano son, fundamentalmente, las de *gestión y representación* de la sociedad, es decir, es el órgano a través del cual la sociedad actúa tanto en la esfera interna, como en el ámbito externo en sus relaciones frente a terceros. Los administradores, por tanto, tienen un amplio margen en sus competencias, pues no sólo poseen facultades de disposición, sino también poder de determinar la política empresarial⁶¹¹.

⁶¹¹ En este sentido vid. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 116; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. págs. 215 y 216; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid 1998, pág. 46; BOQUERA MATARREDONA/ LATORRE CHINER, “Distribución y conflictos de competencias en la Sociedad Anónima no cotizada”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital* (EMBRID IRUJO coord.), Valencia 2005, págs. 46 ss.

En el ámbito de la actuación *interna* se ubica la gestión o propiamente administración de la sociedad destinada a la consecución del fin establecido por la sociedad en cuestión. En cambio, la esfera o ámbito *externo* se refiere a las facultades de representación de la sociedad que ostenta el administrador⁶¹², pudiendo, por tanto, contratar en nombre de aquélla vinculándola con terceros (por ej. arts. 128 y 129 LSA)⁶¹³. Como puede observarse, el margen de actuación propio del órgano de administración es sumamente amplio. Ahora bien, en este gran marco de actuación delimitado por el ordenamiento jurídico-mercantil en el que se establecen las directrices de actuación básicas propias de un

⁶¹² Destaca CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 216 que a pesar que formalmente se pueda diferenciar entre la vertiente interna de decisión o adopción de los acuerdos de la vertiente externa de ejecución, en la práctica muchas de las actuaciones de los administradores son unitarias, esto es, deciden y ejecutan casi al unísono.

⁶¹³ Vid. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 116; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 37; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, ob. cit. pág. 73. Debe tenerse en cuenta que, tal y como se recoge en el art. 129 LSA en la esfera externa de actuación el ámbito de la representación es inderogable, siendo ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil. Asimismo este precepto establece que la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no esta comprendido en el objeto social. En relación a la esfera interna y externa de actuación en las SRL vid. CUENCA GARCÍA/ FERRANDO VILLALBA, "Las competencias de los órganos sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Las competencias de los órganos sociales en las Sociedades de capital*, ob. cit. págs. 183 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 27ª ed. Madrid 2005, pág. 375.

administrador, la *concreción exacta* de las competencias de este órgano se deja en manos de los *estatutos sociales*⁶¹⁴.

De este modo, cada una de las sociedades, no sólo determina la forma del órgano que debe llevar a cabo las funciones de gestión y representación de la misma, sino que acota minuciosamente cuáles son los límites de actuación en el que el administrador ejercerá las competencias propias de su función. Es por este motivo por el que, ante una posible extralimitación en sus funciones, deberá acudir forzosamente a dichos estatutos para comprobar si efectivamente el administrador ha actuado conforme a lo estatutariamente permitido. Ante esta afirmación, sólo cabe aseverar la importancia de los estatutos también en lo referente a la conducta delictiva establecida, por ejemplo, en el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), pues la extralimitación en las funciones del administrador vendrá dada, no sólo por el ordenamiento jurídico-mercantil sino, especialmente, por los estatutos reguladores de la sociedad en cuestión.

⁶¹⁴ Cfr. art. 129. 1 LSA y art. 63.2 LSRL. Vid. CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 216; DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*, Navarra 2004, pág. 90.

1.2 Concepto jurídico-penal de administrador de derecho

Una vez analizado brevemente el concepto que ofrece el ordenamiento jurídico-mercantil de administrador de derecho, procede pronunciarse ahora acerca de la validez de dicho concepto en sede penal. Se trata de averiguar si, a pesar de las diferencias que separan al ordenamiento jurídico-mercantil y al jurídico-penal, pueden o deben compartir idéntica noción de la figura del administrador de derecho. Sobre esta cuestión existen divergencias en las opiniones doctrinales; algunas se manifiestan favorables al mantenimiento de un concepto unívoco de administrador para todas las ramas del ordenamiento jurídico⁶¹⁵, mientras que otras abogan por una diferencia conceptual en función de ordenamiento desde el que se estudie⁶¹⁶.

⁶¹⁵ En este sentido vid. por todos DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 106, aunque matiza que a pesar de lo acertado de mantener un concepto unívoco de administrador para todas las ramas de derecho, ello debe hacerse sin perjuicio de que determinadas normas, sancionadoras o no, resulten aplicables a los administradores y a otros que no lo son, y que precisamente por ello tienen que ser expresamente citados como sujetos a dichas normas.

⁶¹⁶ En este sentido vid. entre otros NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, ob. cit. pág. 268 donde afirma que el criterio de administrador es configurado en cada sector de acuerdo con los criterios de política jurídica que interesa alcanzar. Abunda en esta cuestión cuando añade que nada obliga al Derecho Penal a realizar una interpretación conforme con el mercantil; BACIGALUPO, "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal", *Curso de Derecho Penal económico* (BACIGALUPO dir.), pág. 133, afirmando que el concepto de administrador de derecho o de hecho tiene una significación determinada en el Derecho Mercantil y una extensión de la noción dogmático-mercantil de administradores al ámbito de los delitos societarios es casi imposible; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 100.

Bajo mi punto de vista, la cuestión ahora apuntada sobre el mantenimiento de un concepto único de administrador cobra mayor relevancia en lo referente a la figura del administrador de hecho, pues su delimitación conceptual no es pacífica en la doctrina, ni penal ni mercantil; sobre esto, no obstante, volveremos más adelante⁶¹⁷. En relación a lo que ahora nos concierne, esto es, el administrador de derecho, valga recordar que estamos ante un concepto absolutamente establecido y valorado por el ordenamiento jurídico-mercantil. En efecto, las exigencias formales como el nombramiento, la aceptación del cargo y la necesaria inscripción en el preceptivo Registro Mercantil, hacen de esta figura algo difícilmente modificable, pues es la propia ley la que dictamina los requisitos para otorgar a un sujeto la calificación de administrador de derecho.

Si bien es cierto que la desde perspectiva jurídico-penal se pretende evitar las formalidades características de otros ordenamientos, ello no obsta, en mi opinión, a que en sede penal se acoja la noción mantenida de administrador de derecho en sede mercantil⁶¹⁸. Ahora bien, otra cosa bien distinta es que dichas formalidades que dotan de contenido a la figura del

⁶¹⁷ Vid. infra Parte III Capítulo III 1.2.

⁶¹⁸ De la misma opinión vid. entre otros NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000, pág. 68; GALLEGU SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 153; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 349.

administrador sean suficientes para calificar al sujeto que las reúne como sujeto activo de un delito societario. Si así fuera estaríamos aceptando, tácita o expresamente, una responsabilidad objetiva o responsabilidad por el cargo en Derecho Penal, posibilidad ésta que ya ha sido rechazada en este trabajo⁶¹⁹.

Tal y como se verá con posterioridad, será exigible, en todo caso, que el sujeto calificado como administrador de derecho ostente materialmente el *acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia*. Así las cosas, reunir las condiciones formal y legalmente exigidas para el cargo de administrador de derecho, podrá ser, a lo sumo, un indicio en lo referente a la autoría de dicho sujeto, pero no una condición suficiente⁶²⁰ para calificarlo como autor de un delito especial como por ejemplo el delito societario de administración fraudulenta (art. 295 CP).

Hasta el momento se ha ofrecido una visión del administrador de derecho basada tanto en las formalidades legales exigidas como en las

⁶¹⁹ Valga recordar en este punto las consecuencias a las que conducía la aceptación de las teorías "puras" de los delitos de infracción de deber. La solución a los problemas de autoría y participación que ofrecían dichas teorías se aproximaba a una responsabilidad objetiva, en la que lo único importante era reunir las características necesarias (ser sujeto especialmente obligado) para poder ser calificado como autor de los delitos configurados de este modo (delitos de infracción de deber). Sobre este aspecto vid. supra Parte II Capítulo II.

⁶²⁰ En similares términos, DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 61.

funciones propias de este cargo, sin embargo, para llegar a una definición completa del concepto de administrador debe abordarse la cuestión de los deberes que le obligan, esto es, las *normas de conducta* que forzosamente deben regir su actuación en el ámbito social. Sobre esta cuestión versan las líneas que suceden.

2. El deber extrapenal del administrador de derecho

Tal y como se ha apuntado, la figura del administrador de derecho requiere, para su completa delimitación conceptual, del análisis de los deberes que expresamente le impone el ordenamiento jurídico-mercantil en todas sus actuaciones. Esta cuestión adquiere mayor relevancia, si cabe, puesto que en sede penal se ha discutido sobremanera acerca del papel que cabe atribuir a este deber extrapenal impuesto al administrador de una sociedad. Es por este motivo, por lo que se opta por un análisis inicial de lo establecido en el ordenamiento jurídico-mercantil para analizar posteriormente qué importancia y ubicación debe dársele en el ámbito del Derecho Penal y, en concreto, en un delito societario como el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP).

2.1 El deber de diligencia, fidelidad y lealtad del administrador

En un esfuerzo de síntesis, podría decirse que la obligación de los administradores consiste en desempeñar su cargo persiguiendo los intereses de la sociedad con *diligencia, fidelidad y lealtad*⁶²¹, pues así se deduce de los arts. 127, 127 bis, 127 ter y 127 quáter LSA⁶²². Es obvio, por tanto, que al administrador no se le exige, mejor dicho, no se le puede exigir, asegurar el éxito económico en las gestiones realizadas para cumplir con el fin social. El riesgo en los negocios es un factor que asumen los accionistas –al igual que reciben los beneficios– y en caso de materialización en pérdida económica sólo puede ser imputable al órgano de administración en la medida en que en sus actuaciones no haya cumplido las pautas o normas de conducta a las que le obliga el ordenamiento jurídico⁶²³.

⁶²¹ Vid. por todos, LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid 1996, pág. 49; SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, ob. cit. págs. 379 ss.

⁶²² Para el análisis de los deberes de los administradores se tomará como punto de partida la regulación de la Sociedad Anónima, sin perjuicio de que se hagan referencias a otras posibilidades de organización social en la medida en que exista alguna variante destacable. Debe ponerse de relieve asimismo que los citados preceptos de la LSA han sido introducidos por la Ley 26/2003 de 17 julio por la que se modifican la Ley 24/1998 de 28 julio del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, con la intención de reforzar –tal y como recomendaba el informe ALDAMA– la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁶²³ Vid. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores*, ob. cit. pág. 49; DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 75.

El genérico *deber de diligencia* constituye el criterio que permite establecer la adecuación o corrección de la prestación debida por los administradores a la sociedad⁶²⁴. En efecto, tal deber guía la función llevada a cabo por el administrador, no siendo suficiente cualquier prestación que pueda calificarse como desempeño de este cargo, sino que aquélla debe ser, además, calificada como diligente⁶²⁵. Si bien puede ser éste el contenido mínimo del citado deber de diligencia exigido al administrador, no puede obviarse la gran dificultad que supone una concreción mayor de dicho deber. Por esta razón, se opta por inducir, de los casos en los que se aplican en concreto los modelos abstractos, los principios o elementos que configuran este contenido mínimo⁶²⁶.

Este genérico deber de diligencia parece ser concretado, en parte, por la propia LSA. En efecto, según establece el art. 127 LSA el

⁶²⁴ En este sentido vid. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 39.

⁶²⁵ Vid. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores*, ob. cit. pág. 50, quien subraya que la imposición del deber de diligencia a los administradores de las S.A. no es más que una manifestación concreta del deber de diligencia al que está sujeto cualquier deudor cualquiera que sea la naturaleza de la obligación que haya contraído (art. 1.103 CC); MORILLAS JARRILLO, *Las normas de conducta de los administradores de las Sociedades de Capital*, Madrid 2002, págs. 342 ss.

⁶²⁶ Así lo expone LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores*, ob. cit. págs. 53 y 54 reseñando el valor en este aspecto de la jurisprudencia. En el mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 109 ss. con numerosas referencias bibliográficas.

administrador debe actuar con la diligencia de un *ordenado empresario* y de un *representante leal*. Esta expresión puede entenderse referida al *modo* en que el administrador debe llevar a cabo sus funciones, esto es, debe actuar como lo haría un empresario medio conforme a la estimación social del entorno, en las particulares circunstancias del supuesto de que se trata y teniendo muy en cuenta la sociedad a la que pertenece⁶²⁷. Asimismo el art. 127 LSA impone a los administradores –también en el genérico marco de la diligencia- la obligación de actuar en el desempeño de su cargo como un representante leal, lo que les obliga, principalmente, a no intentar lucrarse en perjuicio de la sociedad y sus socios tal y como demuestra la concreción del art. 127 ter LSA⁶²⁸.

⁶²⁷ En este sentido vid. por todos DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 115 y 116 comparando este modelo al de “el orden regular y prudente de una buena administración mercantil” empujado por el art. 887 CCom en relación con la calificación de la quiebra; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 39 afirmando que la valoración de su contenido es abstracta y deberá medirse en función de las circunstancias específicas de la empresa, objeto social y sector económico en el que realiza sus operaciones; MORILLAS JARRILLO, *Las normas de conducta de los administradores*, ob. cit. págs. 351 ss.

⁶²⁸ **Art. 127 ter 1, 2 y 3 LSA:** Deberes de lealtad. 1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas. 2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador. 3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el

El deber de *fidelidad* se recoge expresamente en el actual art. 127 bis LSA⁶²⁹, imponiendo al administrador la obligación de perseguir el *interés social*. Debe destacarse que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 26/2003, esta obligación no se recogía en el articulado de la LSA pero, aún así, la existencia de dicha obligación de fidelidad ofrecía pocas dudas a la doctrina⁶³⁰. Es por este motivo que la inclusión del art. 127 bis LSA ha sido aplaudida pues colma las demandas doctrinales en este ámbito⁶³¹.

Sentada la existencia del deber de los administradores sociales de perseguir el *interés social*, se hace necesario dotar de contenido dicho concepto. Sin ánimo de exhaustividad, por exceder su estudio a la intención de estas líneas, simplemente poner de manifiesto las diferentes posturas doctrinales en relación a lo que debe entenderse por interés social. Sintetizando, en las distintas opiniones que se han esgrimido al respecto pueden destacarse básicamente dos teorías: la teoría contractualista y la teoría institucionalista. Desde la perspectiva de la teoría contractualista el interés social debe

administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera....

⁶²⁹ **Art. 127 bis LSA:** Deberes de fidelidad. Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.

⁶³⁰ Vid. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores*, ob. cit. págs. 58 ss.

⁶³¹ Vid. por todos DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 140.

entenderse como el interés común y exclusivo de los accionistas; en cambio, desde la óptica de la teoría institucionalista el interés social debe asimilarse al interés de la empresa en sí⁶³². Sobre este tema, me parece interesante destacar la posición de DÍAZ ECHEGARAY que aboga por una solución intermedia en la que se considere que el interés social es el del conjunto de los socios, pero cuyo logro no debe obtenerse perjudicando el de los trabajadores, los acreedores o el interés general, los cuales deben ser tenidos en cuenta por los administradores⁶³³.

Junto a estos deberes tan genéricos como el de diligencia, lealtad y fidelidad no debe olvidarse la existencia de *otros deberes más concretos* perfectamente reconocibles en el actual articulado de la LSA. Tales deberes son la prohibición de utilización del nombre de la sociedad en operaciones propias (art. 127 ter 1 LSA), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio (art. 127 ter 2 LSA), la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés (art. 127 ter 4 LSA), el deber de comunicación de participaciones y cargos en sociedad competidora y de competencia (art. 127 ter 4) y, finalmente, el deber de secreto (art. 127 quáter LSA)⁶³⁴.

⁶³² Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 141.

⁶³³ Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 147.

⁶³⁴ Para un análisis detallado de todos ellos vid. por todos DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 148 ss.

Con la breve exposición de los deberes legales impuestos al administrador por el ordenamiento jurídico-mercantil quedan, siquiera someramente indicadas, las normas de conducta que debe seguir el órgano de administración en el ejercicio de sus funciones⁶³⁵. Sin embargo, resta todavía por analizar una importante cuestión: cuáles son las consecuencias, tanto en el ámbito mercantil como en sede penal, de la infracción de dichos deberes. De ello me ocuparé en lo sucesivo.

2.2 La infracción del deber extrapenal: consecuencias en el ámbito mercantil

El administrador de una sociedad no tiene, tal y como se apuntó, la obligación de asegurar el éxito económico de las actuaciones realizadas por cuenta y nombre de la sociedad, pues es obvio que el riesgo es un factor importante a tener en cuenta en el seno de los negocios⁶³⁶. Esto

⁶³⁵ Debe tenerse en cuenta en relación a los deberes que obligan al administrador que el art. 114 LMV establece otras varias obligaciones específicas para los administradores de las sociedades cotizadas además de los comunes a los de todas las sociedades anónimas, como por ejemplo el deber de los administradores de este tipo de sociedades de no ejercitar el voto que les corresponde por representación lograda mediante solicitud pública en los puntos del orden del día en los que se encuentren en conflicto de intereses. Sobre este tema vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 171-174.

⁶³⁶ Particularmente sobre el tema de los negocios de riesgo vid. FARALDO CABANA, "Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995" EPC (XIX) 1996, págs. 169 ss.

puede resumirse de la siguiente manera: fracaso o pérdida económica no equivale, sin más, a responsabilidad del órgano de administración⁶³⁷. Sin embargo, todas y cada una de sus actuaciones relacionadas con la administración de la sociedad a la que representa deben estar guiadas por unas concretas normas de conducta, resumidas en los genéricos deberes de diligencia y fidelidad. Precisamente por esta razón, en la medida en que el administrador cumpla en sus actuaciones con dichas normas de conducta no podrá ser sancionado por un eventual fracaso en las gestiones efectuadas.

Por el contrario, para los casos de incumplimiento de las normas de conducta concretadas en los diferentes deberes por los que viene obligado el administrador, el ordenamiento jurídico-mercantil prevé diferentes vías sancionatorias para los que así actúen⁶³⁸. En efecto, tanto

⁶³⁷ En este sentido se expresa la SAP Castellón 18-02-2005 (TOL 645199), aludiendo a la necesidad de que el administrador se ajuste a los parámetros de conducta que le impone el ordenamiento jurídico. Si ello queda probado, el ocasional perjuicio económico que pueda sufrir la sociedad o sus socios no puede ser imputado al administrador.

⁶³⁸ Tal y como se desprende del art. **Art. 133 LSA: Responsabilidad**. 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador. 3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su

la acción social como la acción individual de responsabilidad, son mecanismos que permiten dirimir la responsabilidad del administrador en caso de que se produzca un *daño* a la sociedad por *actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos* o por los realizados *incumpliendo los deberes* inherentes al desempeño del cargo imponiéndoles, a los que así actúan la *obligación de resarcir* a la sociedad⁶³⁹.

La *acción social de responsabilidad* puede ser ejercida, tal y como prevé el art. 134 LSA⁶⁴⁰, previo acuerdo de la junta general, por la propia

adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

⁶³⁹ Habida cuenta que la responsabilidad que se trata de reparar mediante la acción social tiene su origen en el daño causado al patrimonio de la sociedad por sus administradores, la acción tiene como única finalidad, con independencia de quien la ejercite, hacer efectiva la responsabilidad que pueda derivarse para los administradores, los cuales habrán de reintegrar a la sociedad el daño por ellos originado. Queda fuera de esta regulación la responsabilidad en que puedan incurrir los administradores por daños originados directamente a los socios y a los terceros, regulada por el art. 135 LSA. Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 211.

⁶⁴⁰ **Art. 134 LSA:** Acción social de responsabilidad. 1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el art. 93 para la adopción de este acuerdo. 2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 % del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados. 3. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada. 4. Los accionistas, en los términos previstos en el art. 10, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que

sociedad en la que ejerce sus funciones el administrador. Una vez acordado por la junta general el ejercicio de la acción social de responsabilidad, su ejecución corresponderá, normalmente, a los nuevos administradores designados en sustitución de aquellos frente a los que se ha acordado el ejercicio de la acción de responsabilidad. En cambio, si el acuerdo se refiere sólo a uno de los administradores, corresponderá a los restantes administradores⁶⁴¹.

Sin embargo, la junta podrá designar a alguien específicamente para que, en representación de la sociedad, inicie y siga los trámites e instancias requeridas para ejercitar la acción de responsabilidad acordada. Esta posibilidad, deviene necesaria en el supuesto de que se haya acordado de forma específica no cesar a los administradores frente a los que se ha resuelto ejercitar la acción de responsabilidad. Finalmente, tras estos trámites, sólo restará formular la correspondiente demanda de

esta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. 5. Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

⁶⁴¹ Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 283; SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, ob. cit. pág. 387.

responsabilidad frente a los administradores ante el Juzgado competente⁶⁴².

En principio, la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores corresponde a la propia sociedad que ha resultado dañada por la acción lesiva. Sin embargo, el art. 133 LSA legitima también, en determinados casos, a los *accionistas* y a los *acreedores sociales*. Debe tenerse en cuenta que se trata de la misma acción social de responsabilidad que corresponde a la sociedad, no de una nueva atribuida a los accionistas y a los acreedores sociales. Éstos, en defecto de su ejercicio por la propia sociedad, podrán ejercitar frente a los administradores la misma acción social de responsabilidad, sustituyéndola⁶⁴³.

Junto a la acción social de responsabilidad de los administradores por el daño causado directamente a la sociedad por los actos o acuerdos lesivos de éstos, la Ley prevé otra individual frente a los socios y a los terceros, por el daño causado directamente al patrimonio de éstos (art. 135 LSA)⁶⁴⁴. Esta *acción individual de responsabilidad* —que se

⁶⁴² Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 284.

⁶⁴³ Para un análisis detallado de esta particularidad en la acción de responsabilidad social vid. por todos Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 295 ss.

⁶⁴⁴ **Art. 135 LSA.** Acción individual de responsabilidad. No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

consagra como absolutamente independiente de la acción social- tiene por objeto, a diferencia de la acción social, **restaurar el patrimonio individual** de los socios o terceros que haya resultado directamente dañado por los actos del administrador de una sociedad⁶⁴⁵.

Hasta aquí la exposición, necesariamente breve, de las consecuencias derivadas de la infracción de los deberes impuestos al administrador en sede mercantil. A continuación se retoma la idea rectora de este trabajo, analizando las consecuencias de la infracción de dichos deberes en el ámbito penal.

2.3 La infracción del deber extrapenal: ubicación y consecuencias en el ámbito penal

Tras el análisis del concepto de administrador de derecho, se ha comprobado cuáles son los caracteres básicos que lo dotan de contenido. Así, el cumplimiento de los requisitos formales legalmente impuestos, el

⁶⁴⁵ Vid. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 315 y 323, señala que la principal diferencia entre la acción social y la individual de responsabilidad es el bien jurídico protegido en una y otra: la acción social trata de reintegrar el patrimonio de la sociedad de los perjuicios que le hayan podido originar los administradores por consecuencia de los actos realizados o acuerdos lesivos adoptados por ellos y la acción individual pretende restaurar el patrimonio personal de los socios o los terceros de los daños producidos por actos de aquellos que lesionen directamente sus intereses; SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, ob. cit. págs. 388 ss.

ejercicio de unas concretas funciones y, muy especialmente, las normas de conducta materializadas en determinados deberes, son los principales rasgos definitorios del concepto de administrador de derecho. Pues bien, como ya se dijo, dichas características no pueden ser obviadas por bien que pasemos a analizar la figura del administrador en sede penal. De este modo, los deberes de diligencia fidelidad y lealtad, por ser inherentes a la función de administración, deben encontrar, asimismo, acomodo en el concepto jurídico-penal de administrador, en lo que ahora concierne, de derecho.

También se ha puesto de manifiesto que la infracción imputable al administrador de las normas de conducta que tengan como resultado un daño o perjuicio a la sociedad o terceros faculta a la propia sociedad, a los socios o a los acreedores sociales al ejercicio de acciones encaminadas al resarcimiento del daño, respondiendo, como no podía ser de otro modo, el administrador que en el ejercicio de su función incumple las normas de conducta legalmente impuestas. Siendo esto así, qué duda cabe que el deber extrapenal que implica dichas consecuencias en sede mercantil no puede “desaparecer” al encontrarnos frente al ordenamiento jurídico-penal, antes al contrario.

El deber que obliga al administrador debe ubicarse, y encontrar acomodo en el posible delito cometido por el administrador. Tomemos como referencia el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) que

reza como sigue: *“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, **con abuso de las funciones propias de su cargo**, dispongan **fraudulentamente** de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”*.

Sin entrar ahora en un análisis exhaustivo de dicho precepto, plantearé, no obstante, la siguiente cuestión: ¿cómo sino a través de la infracción del deber extrapenal de diligencia, lealtad y fidelidad en el devenir de su actividad de gestión podría cometer el administrador tal delito? Bajo mi punto de vista, la única respuesta posible a la cuestión planteada es mostrarse favorable a la aceptación de la infracción de dicho deber al tiempo de la comisión del delito, en nuestro ejemplo, el delito de administración fraudulenta. Esto resulta más obvio, si cabe, cuando recordamos que el administrador que se ajusta a las normas de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico-mercantil ni tan sólo responde civilmente, por bien que se haya producido un daño a la sociedad, a sus socios o a terceros acreedores. Siendo ello así, difícilmente podría incurrir en responsabilidad penal el administrador que actúa conforme a

las normas de conducta que le exoneran, incluso, de responsabilidad civil.

En este ejemplo concreto del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) entiendo que la infracción de un deber puede verse ubicada tanto en la alusión a la conducta *fraudulenta* y, especialmente, en la referencia al *abuso de las funciones propias del cargo*. En mi opinión, en ambas expresiones puede verse *materializado el deber extrapenal* de diligencia, fidelidad y lealtad que obliga al administrador en tanto que normas de conducta a seguir en sus funciones de gestión y representación de la sociedad⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Reconociendo la infracción del deber extrapenal en la referencia del art. 295 CP al abuso de las funciones propias del cargo vid. entre otros DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 180, afirmando que el abuso se produce cuando el autor quebranta los especiales deberes de lealtad y de fidelidad que le incumben, prevaliéndose de la situación de ventaja de que disfruta como consecuencia de su posición en la sociedad; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. págs. 126 y 127. Alude a la innecesaria alusión al término fraudulento por ya existir la expresión “con abuso de las funciones propias del cargo” NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, ob. cit. pág. 278. CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. págs. 283 y 284; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 337; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (2000), ob. cit. pág. 340 afirmando que con la expresión “abuso de las funciones propias del cargo” se alude al desvalor de acción que se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en su relación con la sociedad y los socios. De opinión parcialmente diferente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001, pág. 64 donde afirma que con la expresión “con abuso de las funciones propias de su cargo” se viene a identificar en rigor con el tipo del abuso del delito alemán de la *Untreue*, que constituye un delito de dominio, y no con el de la ruptura de la lealtad, que contiene un puro delito de infracción de un deber. Con respecto a esta opinión cabe destacar que, bajo mi punto de vista, no es necesario obviar el deber que subyace a esta opinión para seguir calificando el delito de

Acegado lo anterior, el deber extrapenal sería condición necesaria en la comisión del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) por ser éste un *elemento más del tipo* que forzosamente debe ser cumplido por el autor⁶⁴⁷, en este caso por el administrador de derecho. Elemento del tipo del mismo modo que lo son las exigencias de la conducta típica, que en su vertiente objetiva requiere de una disposición de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta y que, en la vertiente subjetiva requiere, en todo caso, una conducta dolosa junto al tradicional ánimo de lucro. Ahora bien, tal y como veremos en lo sucesivo, *no* será en absoluto *suficiente* la infracción del tan citado deber de diligencia, lealtad y fidelidad, ni siquiera la imputación objetiva y subjetiva de la conducta típica, sino que le será exigible, como a todo sujeto activo de cualquier delito de la Parte Especial, que cumpla con los requisitos establecidos por los criterios delimitadores de la autoría.

En relación a la cuestión del deber como un elemento más del tipo me gustaría señalar que, precisamente este elemento, puede ser de mucha utilidad en la diferenciación de delitos que *a priori* parecen ser sumamente similares. Sin ánimo de zanjar la cuestión, como ejemplo acudiré a los delitos de administración fraudulenta (art. 295 CP) y a los contenidos en el art. (252 CP),

administración fraudulenta como un delito de dominio, o mejor dicho, como un delito especial propio (como afirma este autor) en el que el criterio que fundamenta la autoría no es simplemente la infracción de un deber.

⁶⁴⁷ De esta opinión vid. entre otros, CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 287; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (2000), ob. cit. pág. 340.

cuales son, el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. Estos dos tipos se diferencian, en primer lugar, por el *objeto material* sobre el que recae la acción.

En efecto, mientras el delito de apropiación indebida tiene como objeto material el dinero, efectos, valores o en definitiva, cualquier otra cosa mueble, el delito de administración desleal se caracteriza por recaer la acción típica (básicamente la administración) en un *activo patrimonial*⁶⁴⁸. La razón de esta diferencia es, a mi parecer, muy evidente: mientras sobre una cosa mueble como el dinero, los efectos o valores cabe una *aprehensión física*, no sucede lo mismo con un activo patrimonial⁶⁴⁹. Abundemos en esta cuestión.

Para cometer un delito de apropiación indebida (art. 252 CP) deben cumplirse algunos requisitos indispensables. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado, bien a la misma persona o a un tercero. El segundo momento, lo constituye una apropiación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido. Pues

⁶⁴⁸ En este sentido vid. por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 344 y 355. También diferencia dos tipos en el art. 252 CP BACIGALUPO ZAPATER, “La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español”, en LH-Tiedemann, Madrid 1995, pág. 409, sin embargo, la administración desleal contenida en este precepto la fundamenta, principalmente, en la disposición de dinero contraria a deber. En este mismo sentido vid. por todas STS 16-09-2002 (TOL 308169).

⁶⁴⁹ Hablan del delito de administración desleal como una modalidad de la apropiación indebida las STS 1-10-2003 (TOL 316512); 28-06-2005 (TOL 697832) “OPERACIÓN PRICIA”, haciendo referencia a los actos de distracción como típicos del delito de administración desleal.

bien, en la medida en que el sujeto que ostenta transitoriamente la posesión de la cosa (sujeto activo) se la apropia definitivamente integrándola en su patrimonio, infringe el *deber de devolver lo que inicialmente se entregó*, elemento éste que, en mi opinión, es absolutamente indispensable para entender la dinámica delictiva de este tipo.

Ahora bien, cuando el objeto material sobre el que versa la acción es un *activo patrimonial* el deber que se infringe es bien distinto, pues las peculiares características de este objeto material sobre el que puede recaer la acción son muy diferentes a las de una cosa mueble ajena. Un activo patrimonial es un bien inmaterial realizable económicamente, esto es, un conjunto de activos y pasivos. Delimitado así el concepto de activo patrimonial es evidente la abismal diferencia que existe con el concepto de cosa mueble, la principal es la imposibilidad de aprehender físicamente un activo patrimonial.

Cuando el sujeto pasivo entrega un activo patrimonial en administración al sujeto activo, en realidad no está entregando nada. Ni física ni ficticiamente existe traslado alguno de la posesión. Lo que entrega el sujeto pasivo no es más que *confianza*, materializada en un poder que habilita al administrador a gestionar el patrimonio que se le confía⁶⁵⁰. Así las cosas, no existiendo entrega ni física ni ficticia inicial, difícilmente podrá infringirse idéntico deber que en el delito de apropiación indebida. En estos casos, se infringirá otro bien distinto: *el deber de administrar diligentemente un patrimonio ajeno*. De este modo, en función del deber que obliga al sujeto —que deviene condicionado por el objeto material sobre el que recae la acción— podremos diferenciar los dos tipos contenidos en el art. 252 CP.

⁶⁵⁰ En este sentido vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 345.

Ahora bien, quizá la diferenciación entre el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) y el delito de administración desleal (art. 252) sea más problemática, habida cuenta de que en ambos tipos se infringe idéntico deber. La solución que entiendo más adecuada en estos casos es entender que la administración desleal (art. 252 CP) recoge un delito de administración contraria a los deberes de diligencia, lealtad y fidelidad que obligan al administrador pero en el caso de activos patrimoniales pertenecientes a personas físicas, mientras que el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) debe quedar relegado al ámbito societario, pues debe llevarse a cabo en el seno de una sociedad constituida o en formación⁶⁵¹.

3. La responsabilidad penal del administrador de derecho

El administrador de derecho aparece ante terceros como una figura absolutamente reconocible e identificable, entre otros motivos por su constancia como tal en el Registro Mercantil. No obstante ello, la calificación como autor de este sujeto presenta, a mi modo de ver, prácticamente las mismas dificultades que la figura del administrador de hecho. En efecto, tal y como se ha visto, el cumplimiento efectivo de los

⁶⁵¹ Sobre la discusión jurisprudencial acerca de las diferencias entre los delitos contenidos en el art. 295 CP y en art. 252 CP vid. entre otras, SSTs 2-11-2004 (TOL 514624); 9-06-2003 (TOL 305439); 26-07-2004 (TOL 483697); 29-05-2001 (TOL 279664), afirmando que la relación existente entre el delito de apropiación indebida y el de administración fraudulenta es similar a la de dos círculos secantes. En la apropiación indebida se contienen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en la administración fraudulenta, por el contrario, se recoge la asunción abusiva de obligaciones.

diversos requisitos exigidos al administrador de derecho pueden ser, a lo sumo un indicio, esto es, una primera aproximación a quién puede ser sujeto activo de, por ejemplo, un delito societario como el de administración fraudulenta.

Sin embargo, para que dicho indicio se materialice en una certeza absoluta no basta el cumplimiento formal de las características exigidas por el ordenamiento jurídico-mercantil. Dicho de otro modo, un sujeto que pueda ser calificado de administrador de derecho únicamente responderá a título de autor en sede penal en la medida en que *real y materialmente* acceda al bien jurídico del delito en cuestión en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia cumpliendo, de este modo, con el criterio delimitador de la autoría que se ha concretado como válido en este trabajo.

Pues bien, es precisamente esta característica fundamental la que en muchas ocasiones no puede predicarse de un administrador de derecho. En efecto, muchos son los casos en los que puede apreciarse la falta de capacidad material o real de un administrador de derecho para acceder realmente al bien jurídico protegido. Ello será posible en la medida en que el sujeto que cumple los requisitos formales legalmente exigidos, *no* sea, en realidad, el que *ejercita* el *poder* de gestión y administración de la sociedad⁶⁵².

⁶⁵² En este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 134.

Podrían, entre otros ejemplos, destacarse los casos de administración a través de *fiduciarios o testaferros*, en los que el administrador formalmente nombrado únicamente ejecuta las decisiones tomadas por otro sujeto o, incluso, se mantiene al margen del negocio sin participar en la organización de la esfera de actuación de la empresa. En estos casos, el hombre de atrás –al que posteriormente haré referencia– aparece como el “hombre oculto” y se coloca en una situación, en principio, inalcanzable para el derecho penal⁶⁵³. Respecto a la responsabilidad del administrador de derecho que actúa como simple testaferro, es generalizada la opinión de que el sólo nombramiento y la inscripción en el Registro Mercantil es una apariencia que no fundamenta una responsabilidad penal⁶⁵⁴.

Siguiendo las directrices apuntadas en este trabajo debe afirmarse que dicho sujeto no puede responder penalmente como autor ya que, al no ejercer las funciones esenciales propias de su cargo, le resulta imposible acceder de manera real y efectiva al bien jurídico. Dicho de

⁶⁵³ En este sentido GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 123; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 134 y 135. Sin embargo debe precisarse que con un adecuado concepto de administrador de hecho el hombre de atrás “oculto” puede llegar a responder penalmente como autor del delito en cuestión.

⁶⁵⁴ Vid. por todos CARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. págs. 123 y 124. También en este sentido vid. por todas, STS 7-04-2005 (TOL 639160) y SAP Alicante 20-01-2004 (TOL 358837).

otro modo: *no tiene capacidad material para lesionar el bien jurídico* pues no decide el devenir de la administración y gestión de la empresa que formalmente representa⁶⁵⁵. Por todo ello es *imposible afirmar la pertenencia del hecho a este sujeto*, que aún cumpliendo con los requisitos formalmente establecidos no juega un papel relevante en el ámbito de competencias y responsabilidad que están asignadas a dicho cargo. No obstante ello, el testaferro podrá ser castigado, en función de las circunstancias concretas como partícipe o, en todo caso, como cooperador necesario.

Ahora bien, también puede darse el supuesto en que el administrador de derecho no se mantenga totalmente al margen, sino que por el contrario, asuma determinadas labores de administración. Es decir, asuma la *coadministración* junto a otro sujeto no formalmente nombrado cual es el administrador de hecho. En estos casos, bajo mi punto de vista, deberá analizarse, en primer lugar, la capacidad efectiva y real de acceso al bien jurídico protegido que ostenta tanto el administrador de hecho como el administrador de derecho y, en la medida en que ésta sea

⁶⁵⁵ Contraria a esta opinión vid. NÚÑEZ CASTAÑO, *La responsabilidad penal*, ob. cit. págs. 136 y 137, donde afirma que salvo en casos en los que el testaferro actúa coaccionado, con miedo o, incluso por error (casos de autoría mediata del “hombre de atrás”) dicho sujeto puede responder a título de autoría puesto que siendo consciente de su condición de testaferro, y obedeciendo las órdenes del “hombre de atrás” también conoce y domina, de un modo u otro, el acontecer típico, pues posee toda la información acerca del hecho delictivo e, incluso, en algunos supuestos ejecuta materialmente el hecho, aún cumpliendo órdenes internas.

efectiva para ambos, deberán aplicarse las reglas generales de la coautoría y la participación de dichos sujetos en el delito en cuestión⁶⁵⁶.

Especialmente interesante en cuanto a la negativa de la responsabilidad objetiva o por el cargo, me parece el supuesto de las decisiones en órganos colegiados como el Consejo de Administración. En efecto, la opinión prácticamente unánime de la doctrina aboga por una delimitación de la responsabilidad individual de cada administrador miembro del Consejo de Administración. Para ello deberá atenderse tanto al comportamiento que ha llevado a cabo para configurar la voluntad común del Consejo causante del delito, como a los deberes competenciales que cada uno de los administradores tienen atribuidas en función de su cargo, en caso de división del trabajo⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Específicamente sobre la coadministración entre un administrador de derecho y un administrador de hecho vid. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. págs. 124 – 126.

⁶⁵⁷ Vid. entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. pág. 264; FRISCH, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo” (trad. PAREDES CASTAÑÓN), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, ob. cit. págs. 99 ss.; MATA Y MARTÍN, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, ob. cit. pág. 169; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 121; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 193, 291 ss., destacando en este aspecto la importancia de la causalidad y la imputación objetiva. Así afirma que con el fin de delimitar lo que a cada administrador individualmente puede serle imputado, se tomará en consideración no sólo la forma de la votación (secreta o no secreta, que a su vez puede ser simultánea o no simultánea) y el sentido formal del voto –a favor o en contra de la adopción del acuerdo–, sino también el significado del voto en cuanto que representa el contenido de la voluntad individual de cada administrador. Además –

Esta opinión doctrinal se fundamenta, sobre todo, en el principio penal de culpabilidad⁶⁵⁸ que conlleva el que la responsabilidad penal haya de ser estrictamente personal. Así las cosas, en estos casos se aplicarán las reglas generales sobre autoría y participación, en atención a la aportación individual de cada interviniente, lo que obviamente no excluye el que puedan ser coautores todos o algunos de los componentes del órgano de administración⁶⁵⁹. Atendiendo a estas premisas, en estos supuestos se aprecia claramente la incorrección de la teoría de la infracción de un deber que, siguiendo la lógica en la que se basa, debiera castigar como autores a todos y cada uno de los componentes del Consejo de administración, pues todos ellos infringirían de igual modo y

prosigue- para determinar la responsabilidad, se tendrá en cuenta el conocimiento o previsión de la posible adopción de un acuerdo ilícito. CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 221. De opinión parcialmente diferente y siguiendo la teoría acuñada por JAKOBS de los delitos de responsabilidad por organización MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia 2002, pág. 198.

⁶⁵⁸ Destaca el problema dogmático de la constatación de la relación de causalidad entre la conducta individual de cada uno de los miembros del órgano (básicamente el voto, pero también la abstención o la no presencia) y el hecho delictivo que se deriva del acuerdo finalmente adoptado RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados", RDPC (nº extraordinario 1º) 2000, págs. 176 ss., concluyendo que los criterios para determinar la existencia o no de relación causal no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías (pág. 183).

⁶⁵⁹ Vid. CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 222.

con independencia de su aportación al hecho, el deber extrapenal por el que vienen obligados.

Para finalizar con el ejemplo de las decisiones tomadas por el Consejo de Administración que derivan en un ilícito penal, sólo apuntar que dentro de estos supuestos se distinguen, a su vez, diferentes variantes. Por destacar alguna de ellas, véase el caso de ausencia de un miembro del Consejo en el devenir de la votación que da lugar a una actuación jurídico-penalmente relevante. En estos casos, se ha señalado que el consejero que no participa en dicha reunión no podrá ser, en principio, considerado responsable, ya que no realiza ninguna contribución al hecho, esto es, no puede acceder de manera real y efectiva al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en su ámbito de responsabilidad o competencia. Ahora bien, siempre queda la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal por omisión en la medida en que supiera que se iba a resolver sobre la adopción y ejecución del hecho delictivo y, precisamente por ello, no asistiese⁶⁶⁰. Otra de las variantes es el caso del consejero que emite un voto contrario a la adopción del acuerdo delictivo e intenta, con su voto, impedirlo. En este supuesto parece bastante obvio que el que así actúa quede

⁶⁶⁰ Vid. con casos ejemplificativos JAKOBS, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” (trad. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, ob. cit. págs. 75 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 105, aclara que la simple ausencia de la votación, el voto en contra o la dimisión posterior de cualquier integrante del órgano que adopta el acuerdo delictivo no son datos que puedan servir por sí solos para exonerar de responsabilidad, cuando se trate de una oposición puramente formal y fingida destinada a ocultar el comportamiento realmente perseguido. Por el contrario, la sanción penal ha de conectarse a la conducta material y efectiva de los administradores, y no a elementos que podrían utilizarse precisamente para encubrir y soterrar la actuación realmente desplegada a favor de la decisión delictiva; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 222.

totalmente exento⁶⁶¹ de responsabilidad penal, puesto que no sólo no ha participado ni contribuido al hecho delictivo, sino que con su voto ha intentado impedirlo⁶⁶².

Sin ánimo de exhaustividad⁶⁶³, simplemente quisiera destacar que el criterio aquí expuesto para evitar la responsabilidad objetiva del administrador de derecho en los diferentes supuestos descritos es, a mi juicio, totalmente *trasladable al art. 31. 1 CP*. Ello significa que, por bien que dicho precepto establezca la responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo y si las cumpla la sociedad a la que representa, ello no puede ser motivo para atribuir, automáticamente responsabilidad penal a dicho sujeto⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Sobre las causas de exoneración en el ámbito mercantil vid. arts. 133 LSA y 69.1 LSRL. Analiza estos preceptos PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 51 ss.

⁶⁶² Vid. por todos, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 52 y 53.

⁶⁶³ Específicamente sobre este tema vid. GRACIA MARTÍN, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español”, ob. cit. págs. 81 ss.

⁶⁶⁴ En este sentido vid. FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho Penal económico*, Madrid 2003, pág. 32. De la imposibilidad de atribuir una responsabilidad objetiva hablan expresamente las STS 22-05-2000 (RJ Ar. 2000\4899); SSAP Burgos 11-04-2005 (TOL 638337); Barcelona 10-01-2005 (TOL 580568); Granada 13-09-2004 (TOL 559006); Alicante 29-07-2002 (TOL 214445).

Dicho de otro modo: también en el caso de aplicación del art. 31 en supuestos de delitos especiales en los que los requisitos exigidos por el tipo recaigan en la sociedad, debe demostrarse del administrador –en este caso del administrador de derecho- una capacidad material y fáctica para acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en su ámbito de responsabilidad o competencia. En definitiva, el art. 31 CP no puede interpretarse, en modo alguno, como un criterio de imputación⁶⁶⁵ y responsabilizar automáticamente desde una perspectiva jurídico-penal a los administradores de hecho o de derecho que representan a una sociedad⁶⁶⁶.

Para finalizar con la exposición acerca de la responsabilidad penal del administrador de derecho y habida cuenta que en todo momento se ha hablado sobre conductas activas, es forzoso mencionar, siquiera brevemente, la posible responsabilidad de este sujeto por *omisión*. Se trata, por tanto, de analizar los supuestos en los que los administradores,

⁶⁶⁵ En este sentido vid. GALLEGU SOLER, *Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras organizadas: delincuencia empresarial* (ejercicio inédito presentado en oposición), Universidad de Barcelona 2004, pág. 145.

⁶⁶⁶ Sobre la relación entre el art. 31 CP y el art. 318 CP (“cláusula de extensión de la autoría” en los delitos contra los derechos de los trabajadores) vid. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona 2005, págs. 287 ss.

en este caso de derecho, no realizan actos beneficiosos para sociedad o no impiden conductas o actos lesivos para la misma⁶⁶⁷.

Tal y como se ha visto, los administradores de derecho tienen la obligación, legalmente impuesta, de llevar a cabo sus funciones con diligencia, lealtad y fidelidad. Pues bien, es precisamente en la imposición expresa por parte de la Ley de dichas pautas de conducta, de donde algunos autores deducen el principal motivo en el que fundamentar una verdadera *posición de garante* del administrador de derecho con respecto al patrimonio social⁶⁶⁸. Si además de estos deberes genéricos recordamos la obligación del administrador de informarse sobre la marcha de la sociedad (art. 127. 2 LSA), pocas dudas ofrece la existencia de una obligación de carácter positivo, esto es, que impone un comportamiento activo, una auténtica obligación de actuar para evitar la lesión al patrimonio social⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Vid. CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 425.

⁶⁶⁸ Vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. págs. 102 y 103; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 164, con un análisis anterior exhaustivo de las diferentes concepciones dogmáticas sobre la omisión; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 430.

⁶⁶⁹ En este sentido vid. entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid 1985, pág. 371; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. pág. 557; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 432.

Sin embargo, quisiera precisar que, bajo mi punto de vista, dicha posición de garante del administrador de derecho –difícilmente rechazable a mi parecer– únicamente puede ser predicada de aquellos sujetos que, además de cumplir con las características formales exigidas por la Ley *ejercen realmente su función de gestión y administración*. Es decir, que tengan un acceso al bien jurídico protegido precisamente por ejercer las funciones esenciales propias de su ámbito de responsabilidad o competencia; característica ésta que probablemente no se cumpla por aquellos sujetos que actúan como meros testaferros y que, por definición, no ostentan poder alguno de decisión en el devenir de la gestión de la sociedad a la que formalmente representan.

En este breve análisis puede tomarse como ejemplo, nuevamente, el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)⁶⁷⁰. En primer lugar, debe determinarse –como en cualquier otro delito– si la conducta típica admite su realización omisiva. Entiendo que la referencia, tanto a la disposición de bienes de la sociedad, como a contraer obligaciones a cargo de ésta no ofrecen mayor obstáculo para entender que pueden ser realizadas de manera omisiva⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Debe ponerse de manifiesto que en la medida en que se acepte la comisión por omisión como modalidad comisiva adecuada, únicamente será típica la dolosa, pues la imprudencia queda vetada por el legislador, no sólo en el delito de administración fraudulenta, sino en todos los delitos societarios.

⁶⁷¹ En este sentido vid. por todos, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, ob. cit. págs. 235 y 236 con referencia también al derecho comparado; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 430; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, ob. cit. págs. 61- 63, señalando que la problemática de la comisión por omisión es en materia de autoría y que ningún inconveniente existe en este delito para castigar la participación (a título de cooperación necesaria o de complicidad) en comisión por omisión.

Como ejemplos se citan por la doctrina diferentes supuestos: **a)** el administrador que, encargado de vender unas acciones de la sociedad, no lo hace en el momento oportuno, a sabiendas de que de este modo privará a la sociedad de un mayor lucro; **b)** el administrador que mediante el silencio permite la prórroga de un contrato desventajoso para la sociedad; **c)** el administrador que deja transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando con ello el deber de indemnizar al acreedor social los daños y perjuicios ocasionados e incrementando la deuda principal en los correspondientes intereses a costa, todo ello, del patrimonio social⁶⁷².

En este punto me parece interesante recordar que, para aquellos que se muestran favorables a la teoría de los delitos de infracción de deber y entienden el delito de administración fraudulenta como un claro ejemplo de delito de infracción de deber, la cuestión de la omisión deviene totalmente irrelevante. Todo ello porque, recuérdese, tal teoría equipara absolutamente la modalidad activa y la omisiva.

Hasta aquí la exposición de las principales cuestiones problemáticas que suscita la responsabilidad penal del administrador de derecho. En las líneas que suceden se abordará el estudio de la figura del administrador de hecho que, a pesar de compartir con el de derecho algunos de los problemas dogmáticos aquí apuntados, presenta especiales características

⁶⁷² Ejemplos propuestos por CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 428.

y ofrece otra constelación de ejemplos que justifican, sin duda, un estudio independiente.

CAPÍTULO III: LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

Para concluir esta investigación sólo resta abordar la delimitación del concepto de administrador de hecho. En estas líneas se pretende apuntar, escuetamente, las cuestiones fundamentales que giran en torno a la delimitación conceptual de esta figura. Todo ello intentando seguir idéntica metodología a la utilizada en el análisis del administrador de derecho y, como no, aplicando las conclusiones que en sede de autoría se han extraído de este trabajo.

1. Concepto de administrador de hecho

Junto a la existencia de la figura del administrador de derecho, esto es, un sujeto que formalmente cumple con todos los requisitos legalmente exigidos y que, en principio, lleva a cabo las funciones que de su cargo se derivan, pueden darse otras situaciones, llamémoslas *irregulares*, en las cuales dichas funciones de gestión o propiamente administración y, en ocasiones, también de representación de la sociedad, no son ejercidas por el sujeto formalmente designado para ello. Se trata, por tanto, de supuestos en los que puede apreciarse, claramente, una *escisión entre titularidad del gobierno de la empresa y el gobierno efectivo de la misma*, o lo que es lo mismo, de una divergencia entre situación formal y

situación material⁶⁷³. Esta divergencia ha sido advertida, como es sabido, por nuestro legislador, que tanto en los delitos societarios como en el art. 31 CP recoge una mención expresa tanto al administrador de hecho como al de derecho.

Pues bien, ante esta situación se pretende dilucidar cuál es la *responsabilidad penal* del sujeto que materialmente ejerce el poder de gestión y administración de una sociedad y cuya situación, oculta o no, es de vital importancia en lo que respecta a la toma de decisiones en el devenir de la gestión de una empresa. Estos casos, lejos de ser excepcionales, pueden encontrarse en un sinfín de ocasiones y suponen una verdadera dificultad en el ámbito de la determinación de la autoría en sede de delitos societarios⁶⁷⁴. De ahí la importancia de acotar un concepto jurídico-penalmente válido de administrador de hecho que sea útil, tanto para reconocer e identificar a este sujeto en el ámbito empresarial, como para poder atribuirle después, conforme a las reglas generales de autoría ya determinadas, responsabilidad penal en caso de comisión de un delito.

⁶⁷³ En este sentido vid. GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 149.

⁶⁷⁴ Destaca GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. págs. 149 y 150 que esta situación irregular de escisión entre titularidad y ejercicio efectivo de las funciones de administración es especialmente lacerante en el ámbito de las empresas familiares en las que el administrador inscrito suele ser alguien que no tiene nada que ver con la marcha de la empresa.

El análisis de qué debe entenderse por administrador de hecho se abordará, en primer lugar, desde la perspectiva jurídico-mercantil, para posteriormente determinar si puede compartirse o no su concepción en sede penal.

1.1 El concepto jurídico-mercantil de administrador de hecho

El concepto jurídico-mercantil de administrador de hecho no es una cuestión pacífica en la doctrina. Diversas son las posturas que se han mantenido acerca de qué deba entenderse por tal figura siendo, algunas de ellas, mucho más amplias y flexibles, lo que coincide, como veremos posteriormente⁶⁷⁵, con la noción acorde a las finalidades del Derecho Penal⁶⁷⁶.

Tradicionalmente el concepto de administrador de hecho en la doctrina mercantilista se corresponde, básicamente, con los administradores que ofrecen alguna irregularidad en su situación jurídica,

⁶⁷⁵ Sobre este tema vid. infra Parte III Capítulo III 1.2.

⁶⁷⁶ Vid. PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil", *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.) Pamplona 2002, págs. 133 ss., señalando que la doctrina mercantil no ha tratado específicamente –salvo en contadas ocasiones– el problema de los administradores de hecho, pues la noción de esta figura tiene su origen en el ámbito sancionatorio-penal, ya que se trata, más bien, de depurar responsabilidades administrativas o penales que de determinar la validez de un negocio, la vinculación al mismo de una persona jurídica o la responsabilidad civil de un actuante.

como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado⁶⁷⁷. De este modo, el criterio definitorio es, tal y como señala GALLEGO SOLER⁶⁷⁸, meramente formal, pues sólo puede ser administrador de hecho el que pueda serlo formalmente conforme a la legislación mercantil a pesar de que concurra alguna irregularidad formal.

Sin embargo, debe destacarse que existen otras posturas doctrinales que abogan por una concepción más amplia de administrador de hecho y que da cabida, por tanto, a muchos otros supuestos de administración y gestión *material* que de otro modo no podrían ser recogidos bajo dicho concepto⁶⁷⁹. Me parece de especial interés destacar las posturas que describen la figura del administrador de hecho desde la perspectiva de la

⁶⁷⁷ Vid. entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit. págs. 351 – 356; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. págs. 140 ss. con un exhaustivo análisis de las diferentes posibilidades en cuanto a la falta de requisitos formales en la designación del administrador y sus consecuencias en el ámbito penal; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 45; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. págs. 241 ss. con un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, ob. cit. págs. 72.

⁶⁷⁸ “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 155; también en este sentido DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidades de los administradores*, ob. cit. pág. 217 y págs. 218 – 225 con una extensa exposición acerca de los antecedentes de esta figura.

⁶⁷⁹ De esta opinión vid. por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit. págs. 351 – 353.

notoriedad o apariencia como tal frente a terceros⁶⁸⁰. Desde esta óptica se diferencia entre a) administradores de hecho notorios y b) administradores de hecho ocultos.

a) En el caso del *administrador de hecho notorio* la persona que efectiva y materialmente administra la sociedad tiene la voluntad de presentarse como tal⁶⁸¹, por tanto, *aparece frente a terceros* como el administrador de dicha sociedad, con independencia de que cumpla o no los requisitos formales legalmente exigidos. En estos supuestos, la actuación del administrador notorio de hecho produce una *vinculación por apariencia* con la sociedad, siendo el nexo de imputación de sus actos a esta última la tolerancia manifestada por parte de la sociedad y sus socios⁶⁸². Consecuentemente con esta afirmación, puede aseverarse

⁶⁸⁰ En el ámbito mercantil vid. por todos, PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. págs. 134 ss.; MARTÍNEZ SANZ, "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", *La responsabilidad de los administradores* (ROJO/BELTRÁN coords.), Valencia 2005, págs. 55 ss.; le sigue en la doctrina penal, entre otros, GALLEGU SOLER, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. págs. 154 ss.

⁶⁸¹ En este sentido vid. QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit. págs. 353 ss.; PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 136, señala que en estos casos lo relevante es la *protección del tráfico*, y con ello la apariencia. Se trata, según este autor, de un problema de representación, esto es, de poder imputar los actos del actuante, pues aquél en cuyo interés y con cuya tolerancia se actúa no puede exonerarse del cumplimiento de las obligaciones contraídas por quien notoriamente actuó por él en el tráfico o en la gestión sin mandato o nombramiento de otro.

⁶⁸² Vid. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 119 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (2000), ob. cit. pág. 81; PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 138.

que a dicho sujeto (administrador de hecho notorio) se le podrá exigir todo tipo de responsabilidad como consecuencia del incumplimiento de los deberes impuestos por la Ley, pues éstos obligan a aquél que desempeña el cargo de administrador con independencia del título en virtud del cual lo hace⁶⁸³.

b) En el caso del *administrador de hecho oculto* pueden distinguirse, a su vez, dos variantes, a saber: b') el *administrador de hecho oculto que actúa bajo otra apariencia* y b'') el denominado *administrador de hecho oculto en la sombra*⁶⁸⁴.

b') El primer grupo de casos (*administrador de hecho oculto que actúa bajo otra apariencia*) se caracteriza porque el administrador, aunque actúa externamente, no se presenta como tal frente a terceros, sino que se manifiesta al exterior bajo la apariencia de delegado,

Denomina esta concepción del administrador de derecho como *restrictiva* en contraposición a la concepción amplia, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, ob. cit. págs. 75 y 76; GALLEGOS SOLER, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 155.

⁶⁸³ Vid. PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 140 nota 18, indica que las reglas de gestión son reglas que disciplinan el correcto desarrollo de la actividad de gestión de la sociedad, con independencia de la calificación formal del sujeto que la lleve a cabo. Sobre esta cuestión vid. infra Parte III Capítulo III 3. Afirma la posibilidad por parte de estos sujetos de lesionar el bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP), MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, ob. cit. pág. 67.

⁶⁸⁴ Vid. PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 142.

apoderado o factor de la sociedad⁶⁸⁵. Las razones que pueden llevar a este sujeto a manifestarse de este modo pueden ser de muy diversa índole; por ejemplo la falta de confianza en el administrador de derecho, querer asegurar su posición de control por medio de la condición de apoderado, situaciones familiares en las que, por diversas razones, se nombra a un miembro como administrador de derecho mientras otro ejerce materialmente las funciones propias de este cargo etc. Pues bien, en materia de responsabilidad también en estos casos se podría imputar las consecuencias correspondientes al administrador oculto ya que, aunque sea bajo otra apariencia, se manifiesta al exterior y es quien, de hecho ha gestionado la sociedad⁶⁸⁶.

b'') El segundo grupo de casos se encuentra el denominado *administrador de hecho oculto en la sombra*. Esta nomenclatura hace referencia a los supuestos de quien ejerce una notable influencia sobre los

⁶⁸⁵ Vid. PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. págs. 142 y 143. Afirma la calificación de administrador de hecho de los apoderados en el delito de administración fraudulenta CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 253. De opinión contraria, DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 103.

⁶⁸⁶ Vid. PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho", ob. cit. pág. 143, con referencia a la jurisprudencia del TS favorable a extender la responsabilidad de estos sujetos en las sociedades siempre que, de las pruebas practicadas, se extraiga la conclusión inequívoca que bajo la apariencia de apoderado o de factor mercantil se esconde el auténtico administrador de la sociedad.

administradores de derecho⁶⁸⁷. Este dominio sobre la gestión de la sociedad puede ser tal que el administrador de derecho se convierta en mero ejecutor de las órdenes de aquél, extremo que situaría al administrador con título válido en mero testaferro. Si bien estos supuestos son sumamente complicados, sobre todo en lo referente a la prueba de la influencia que ejerce determinado sujeto, ello no impide que efectivamente se pueda demostrar, a través de indicios, que el sujeto que permanece en la sombra es el verdadero artífice de las decisiones en el devenir de la gestión social.

Hasta aquí el breve análisis del concepto jurídico-mercantil de administrador de hecho. En las líneas que suceden se abordará el estudio de esta figura desde la perspectiva jurídico-penal con la intención de fijar, definitivamente, qué debe entenderse por administrador de hecho, siempre teniendo en cuenta, claro está, la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico en el que se inserta.

1.2 El concepto jurídico-penal de administrador de hecho

La primera cuestión que debe resolverse en este apartado es, al igual que sucediera en el caso del administrador de derecho, si el concepto de

⁶⁸⁷ Vid. PERDICES HUETOS, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. págs. 144 y 145, quien alude como casos paradigmáticos al socio tirano o a determinados acreedores que influyen decisivamente en la gestión de la sociedad.

administrador de hecho acuñado por la doctrina mercantilista resulta válido en el ámbito jurídico- penal. Nuevamente en este punto se suscita la problemática acerca de una concepción unívoca o no de la figura del administrador —en este caso de hecho— para cualquier sector del ordenamiento jurídico. Si bien el concepto de administrador de derecho está perfectamente delimitado y suscita una escasa discusión doctrinal en torno a su significado, no ocurre lo mismo en el caso del administrador de hecho, lo que obliga a detenernos, mínimamente siquiera, en este tema.

Como ya se ha visto, son dos las posturas mantenidas en esta controversia: aquellos autores que abogan por un concepto unívoco de administrador de hecho y de derecho para todo el ordenamiento jurídico⁶⁸⁸ y aquellos que entienden que, especialmente el concepto de administrador de hecho, debe adoptar otra significación en lo que se refiere al ámbito jurídico-penal⁶⁸⁹. Las principales razones esgrimidas por los defensores de un concepto unitario de administrador se basan, principalmente, en el argumento de la unidad del Derecho, esto es, en un

⁶⁸⁸ Vid. por todos, DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal*, ob. cit. pág. 106.

⁶⁸⁹ En este sentido vid. entre otros, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, ob. cit. pág. 268; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. pág. 147; BACIGALUPO, “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, ob. cit. pág. 133; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 100; GALLEGOS SOLER, “El concepto de administrador”, ob. cit. pág. 159.

necesario mantenimiento de los conceptos jurídicos que dote de unidad y armonía al conjunto del ordenamiento⁶⁹⁰.

En cambio, los partidarios de una concepción autónoma de administrador de hecho ajustada a las características propias del Derecho Penal, esgrimen el argumento de la autonomía de este sector del ordenamiento jurídico para elaborar sus propios conceptos basada, precisamente, en las diferentes finalidades que persigue. En efecto, mientras en el ámbito civil o mercantil la finalidad se centra en determinar la validez de un negocio o, a lo sumo, determinar la responsabilidad del administrador a efectos de resarcir los daños a la sociedad, a sus socios o a terceros, el Derecho Penal se encarga de *imputar delitos*. Es decir, este sector del ordenamiento necesita delimitar una *responsabilidad individual* que permita imponer una *pena* como

⁶⁹⁰ En este sentido vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial* (vol. II) (BAJO FERNÁNDEZ dir.), Madrid 1998, pág. 575, destacando que el intérprete penal, a la hora de determinar el alcance de los tipos se encuentra condicionado por el significado que los términos empleados en su configuración ostentan en la rama jurídica de la que proceden. De especial interés me parece destacar aquí lo expuesto por GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 159 nota 59, al señalar que en el delito de apropiación indebida no se cuestiona ni doctrinal ni jurisprudencialmente que el concepto de cosa mueble adopta un significado diferente en Derecho Penal, pues lo definitorio a efectos penales es la posibilidad de aprehensión física, precisamente para permitir la operatividad de un delito apropiatorio como es éste. Señala esta diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Civil con respecto al delito de apropiación indebida QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, ob. cit. págs. 336 ss.

consecuencia de la comisión de un hecho punible⁶⁹¹ y todo ello con la firme intención de proteger bienes jurídicos.

Aunque parezca obvio, debe recordarse que la delimitación conceptual del administrador de hecho servirá para dotar de contornos la figura del *intraneus* en aquellos delitos cuyo sujeto activo se reduce, entre otros, al administrador de hecho. Pues bien, me parece destacable esta cuestión puesto que, bajo mi punto de vista, una correcta acotación de este concepto puede suprimir muchos de los problemas de autoría y participación en estos delitos especiales. En efecto, como se verá posteriormente, si se opta por una concepción amplia de administrador de hecho la participación o autoría de algunos sujetos —que *a priori* no podrían ser calificados de *intraneus* desde un punto de vista jurídico-mercantil restrictivo— no presenta problema alguno, pues dichos sujetos, amén de poderseles imputar objetiva y subjetivamente el hecho, cumplirán con los requisitos exigidos por el tipo en sede de autoría.

Desde el punto de vista jurídico-penal me parece bastante evidente que la interpretación altamente restrictiva que ofrece un sector de la

⁶⁹¹ En sentido similar vid. entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. pág. 147; LA MISMA, *Los delitos societarios* (2000) ob. cit. pág. 77; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 50; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 115; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 77; NÚÑEZ CASTAÑO, *La responsabilidad penal en la empresa*, ob. cit. pág. 78; GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. págs. 160 y 161.

doctrina mercantil no es aceptable, pues es muestra de un formalismo que pretende y debe evitar el Derecho Penal. Este sector del ordenamiento jurídico está destinado a la *protección de bienes jurídicos* y para ello impone, como resultado de la comisión de un hecho objetiva y subjetivamente típico, una pena. Por esta razón, el Derecho Penal no puede anclarse en formalismos que pretenden, entre otras cosas, determinar la validez o no de un negocio jurídico. El Derecho Penal, por el contrario, debe sancionar la conducta del sujeto con *potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico* en juego, potencialidad que no reside exclusivamente en los sujetos formalmente designados para ejercer la función de administrador⁶⁹².

En cambio, la visión *material* ofrecida por otros autores⁶⁹³ en la doctrina mercantil entiendo se acomoda mejor a las características propias del Derecho Penal⁶⁹⁴. A mi juicio, la principal nota definitoria de

⁶⁹² En parecidos términos vid. MATA Y MARTÍN, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, ob. cit. pág. 168; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona 1996, págs. 59 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 115. En este sentido la STS 11-07-2005 (TOL 674664) hace referencia a que, por bien que el sujeto no podía representar de manera legal, sí puede considerarse como administrador de hecho y tiene idéntica capacidad de acceso al bien jurídico.

⁶⁹³ Vid. entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit. pág. 351 – 353; PERDICES HUETOS, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. págs. 134 ss.

⁶⁹⁴ En este sentido afirma SILVA SÁNCHEZ, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en CDJ *Empresa y delito en el nuevo*

la figura del administrador de hecho debe ser el *ejercicio efectivo de las funciones de gestión y administración*, bien sea *por ellos mismos* o bien *a través de terceros* en quienes influyen decisivamente o a quienes interponen como meros testaferros para evitar ser reconocibles, lo que implicaría, a su vez, la absoluta impunidad de sus actos en sede mercantil y penal.

Así las cosas, poco importa que dicho sujeto aparezca o no frente a terceros como administrador, o bajo otra apariencia, si puede demostrarse que el artífice de las decisiones acerca de la gestión social son obra suya. Desde esta perspectiva, se aceptaría incluido en el término administrador de hecho no sólo al que hemos denominado *administrador de hecho notorio*, sino también al *administrador de hecho oculto* tanto en el caso de actuar bajo otra apariencia como en los casos en los que permanece en la sombra⁶⁹⁵. Aceptada esta postura, no existirían grandes diferencias

Código Penal, 1997, págs. 33 ss., que con la alusión en el Código Penal a la figura del administrador de hecho se ha legalizado una perspectiva fáctica, que va, más allá incluso, de las consecuencias derivadas de la teoría del “levantamiento del velo”.

⁶⁹⁵ A favor vid. por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, ob. cit. pág. 370, afirmando que el concepto administrador de hecho alude a algo tan simple como a la persona que, en realidad, *manda en la empresa*, persona que puede ser un alto directivo, sin necesidad de formar parte del Consejo de Administración. De otro modo –prosigue– se dejaría sin cubrir una importante esfera del mundo real de los negocios y supondría una subordinación del Derecho Penal a conceptos comerciales. En contra de esta opinión vid. entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), ob. cit. pág. 148, alude a la necesaria existencia de un mínimo formal, reconducible por lo menos a la tolerancia de su actuación como tal por la sociedad respecto de la cual deba considerársele órgano fáctico, esto es, un reconocimiento de hecho o tácito; GALLEGU SOLER, “El concepto de

entre la concepción mercantil y la propuesta para el ámbito del Derecho Penal.

Entiendo que ello puede defenderse si se acude a los criterios que determinan la autoría y que ya han quedado fijados en este trabajo. Sin obviar que, naturalmente, a dicho sujeto debe serle imputado previamente el hecho objetiva y subjetivamente –primera y segunda línea de imputación- *el que ejerce realmente las funciones de administración*, esto es, el sujeto que tiene la capacidad material y fáctica de llevar a cabo la conducta indicada en el tipo penal⁶⁹⁶, es el que *tiene posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido*. Todo ello porque asume un *status* que le sitúa en una posición cercana y por ende, especialmente peligrosa para dicho bien jurídico⁶⁹⁷. Sentado lo anterior, por *administrador de*

administrador de hecho”, ob. cit. pág. 167 que exige de igual modo una actuación con efectos externos no bastando una pura influencia interna en la dirección empresarial para cumplir con las condiciones que fundamentan penalmente la figura del administrador de hecho.

⁶⁹⁶ Es destacable en este punto la opinión de GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 160, cuando afirma que el concepto de administrador de hecho sólo puede obtenerse a partir de un detallado análisis de la conducta típica de los delitos en los que puede ser sujeto activo, es decir, orientando dicho concepto a la salvaguarda del bien jurídico-penal protegido. En mi opinión esta afirmación debiera comportar también la aceptación del administrador de hecho oculto como verdadero administrador de hecho puesto que este sujeto tiene igual capacidad de lesión que aquél que se presenta ante terceros como tal careciendo de determinadas características. Parece de similar opinión a GALLEGO SOLER para el delito de administración fraudulenta, CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob.cit. pág. 240.

⁶⁹⁷ En parecidos términos vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, ob. cit. pág. 98 al hablar de dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente

hecho debe entenderse toda persona que pueda acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia propio, esto es, la de gestión social asumida fácticamente.

Debe ponerse de relieve que la definición aquí aportada perfila, únicamente, un concepto genérico de administrador de hecho que, claro está, debe ser concretado en cada uno de los delitos en los que éste pueda ser sujeto activo. Cada uno de estos tipos aportará elementos concretos y diferenciados en sus conductas típicas, lo que obligará a analizar, en todos ellos, si el sujeto tiene posibilidad de acceso al bien jurídico, es decir, si realiza o puede realizar una función esencial en el ámbito concreto que determina el tipo.

2. El deber del administrador de hecho

Toda vez que se ha analizado el concepto de administrador de hecho, tanto desde la perspectiva jurídico-mercantil como desde la jurídico-penal debe abordarse, para seguir con la metodología propuesta, el estudio del *deber*. Se trata de determinar si el deber extrapenal que obliga de manera expresa al administrador de derecho rige también en el

relevante del bien jurídico; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico*, ob. cit. pág. 350.

caso del administrador de hecho o si, por el contrario, se trata de un deber impuesto pero desde el propio ordenamiento jurídico-penal.

2.1 El deber extrapenal del administrador de hecho

La previsión expresa realizada por la ley no deja lugar a dudas acerca de la obligación que pesa sobre el administrador de actuar conforme a unas determinadas normas de conducta. En efecto, tomando como ejemplo la LSA ya vimos como en sus arts. 127 a 127 quáter se imponen los genéricos deberes de diligencia, fidelidad y lealtad, de los que derivan otros mucho más concretos, tales como el deber de prohibición de utilización del nombre de la sociedad en operaciones propias (art. 127 ter 1 LSA), la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio (art. 127 ter 2 LSA), la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés (art. 127 ter 4 LSA), el deber de comunicación de participaciones y cargos en sociedad competidora y de competencia (art. 127 ter 4) y, finalmente, el deber de secreto (art. 127 quáter LSA).

Ahora bien, cabe destacar que cuando la LSA habla de estos deberes que obligan al administrador no concreta si deben ser referidos únicamente al administrador de derecho o si, por el contrario, obligan de igual modo también al administrador de hecho. Acerca de la obligación

que pesa sobre el administrador de derecho la cuestión es fácilmente resoluble: este sujeto reúne todos los requisitos exigidos por la Ley, por tanto, como tal administrador (de derecho), aunque lo sea sólo de manera formal, debe cumplir con dichas obligaciones en el caso de llevar a cabo las funciones propias de gestión y representación.

Sin embargo, en torno a la figura del administrador de hecho la LSA no se pronuncia expresamente en los ya citados arts. 127 a 127 quáter. En todos ellos habla, simplemente, de administrador, sin especificar ni hacer referencia a la distinción entre administrador de hecho y de derecho. Esto podría suscitar la *duda* acerca de si la figura del administrador de hecho resta igualmente obligada por los mismos deberes que el administrador de derecho. Esta cuestión era debatida por la doctrina mercantil con anterioridad a la última reforma de la LSA introducida por la Ley de transparencia de 2003, existiendo, no obstante, cierta unanimidad en la aceptación de la aplicación al administrador de hecho de las normas sobre la responsabilidad de los administradores⁶⁹⁸.

⁶⁹⁸ Vid. por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, ob. cit. pág. 353; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid 1995, pág. 397; EL MISMO, *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona 2002, págs. 35 ss.; EL MISMO, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 220.

La cuestión que se acaba de plantear la resuelve, no obstante, el **art. 133. 2 LSA**⁶⁹⁹ en sede de responsabilidad. Este artículo, en su nueva redacción conforme a la Ley 26/2003 de 17 julio, impone a la figura del administrador de hecho idénticos deberes que para quienes formalmente ostentan con arreglo a la ley la condición de administrador, es decir, el denominado administrador de derecho. Así las cosas, en la actualidad no debe albergarse duda alguna acerca de los deberes que deben guiar la conducta del administrador de hecho, pues ***expresa y legalmente son los mismos*** que se exigen en el administrador formalmente designado para esta función⁷⁰⁰.

Siendo ello así, la responsabilidad en la que incurre el administrador de hecho que no se acoge a las normas de conducta concretadas en los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad, debe ser ***idéntica*** a del administrador de derecho. De este modo, el sujeto que pueda ser calificado como administrador de hecho y actúe en el ejercicio material de las funciones propias de esta figura incumpliendo los deberes

⁶⁹⁹ **Art. 133.2 LSA** El que actúe como ***administrador de hecho*** de la sociedad ***responderá*** personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause ***por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.***

⁷⁰⁰ En este sentido MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ob. cit. págs. 58 y 59.

señalados por la ley, responderá por el *daño* causado⁷⁰¹, tanto a la propia sociedad, como a los socios o a terceros acreedores, de idéntica manera que el administrador que ostenta un título válido⁷⁰².

2.2 La infracción del deber extrapenal: ubicación y consecuencias en el ámbito penal

Tras el análisis realizado, ha quedado patente la existencia de un deber extrapenal de diligencia, fidelidad y lealtad —y los que a su vez se derivan de éstos— en el ejercicio de las funciones de gestión, administración y representación del administrador de hecho. En definitiva, se ha demostrado que la figura que ahora nos ocupa debe atenerse también a las normas de conducta impuestas por la Ley o los estatutos sociales. Por esta razón, deben servir en este lugar todas las observaciones realizadas con ocasión del estudio de la ubicación y consecuencias, en el ámbito penal, de la infracción del deber impuesto por el ordenamiento jurídico-mercantil al administrador de derecho⁷⁰³.

⁷⁰¹ Así lo afirma MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ob. cit. págs. 62 ss.

⁷⁰² Sobre la responsabilidad del administrador de derecho vid. supra Parte III Capítulo II 2.2

⁷⁰³ Vid. supra Parte III Capítulo II 2.2

Tal y como se dijo, este deber no puede obviarse cuando se analiza la figura del administrador desde la perspectiva del Derecho Penal, antes al contrario. Si se parte de la definición aquí aceptada de administrador de hecho como toda persona que pueda acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia propio, esto es, la de gestión social asumida fácticamente, el deber que infringe dicho sujeto es, justamente, el inherente al **cargo** que ocupa *materialmente*.

Si esto lo trasladamos a un ejemplo concreto la obviedad es mucho mayor. Recurramos nuevamente al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP). Como es sabido, este precepto exige que el daño causado a los sujetos pasivos traiga causa de una disposición *fraudulenta* de los bienes de la sociedad o de la asunción de obligaciones a cargo de ésta *con abuso de las funciones propias del cargo*. Ya se adelantaba que estas expresiones pueden albergar un requisito típico, cual es la infracción del deber de administrar diligentemente⁷⁰⁴. Pues bien, *el administrador de hecho puede infringir exactamente el mismo deber que el administrador de derecho en lo referente a este tipo* y, con ello, cumpliría, amén del resto de circunstancias exigidas, uno de los *elementos típicos* necesarios de este delito.

⁷⁰⁴ Vid. supra Parte III Capítulo II 2.2.

Ello se debe a que, si bien no ostenta ningún *cargo* formalmente, si lo hace *materialmente*. El administrador de hecho, en cualquiera de las variantes expuestas (administrador de hecho notorio u oculto)⁷⁰⁵ administra material y fácticamente a la sociedad en cuestión, actividad ésta en la que se exige, sea cual fuere el sujeto que la ejerce, diligencia, fidelidad y lealtad. No obstante ello, puede apreciarse una clara diferencia con respecto a lo señalado en el caso del administrador de derecho.

En los supuestos de administración por parte de un sujeto formalmente nombrado para tal función, recordemos que se advertía sobre la necesidad añadida de que el administrador de derecho reuniese, además de los requisitos formales legalmente exigidos en su nombramiento, la posibilidad real y efectiva de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia, esto es, en la gestión y representación de la sociedad. Este requisito de potencial lesión del bien jurídico devenía absolutamente indispensable para poder calificar a dicho sujeto como verdadero sujeto activo de, por ejemplo, un delito de administración fraudulenta (art. 295 CP).

⁷⁰⁵ En contra de la responsabilidad del administrador oculto vid. entre otros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), pág. 149; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 239, realizando una propuesta definitoria de *lege ferenda* del concepto de administrador de hecho como "quienes sin ser formalmente administradores, sin embargo, aparenten en el tráfico lo contrario y puedan representar a la sociedad con eficacia frente a terceros".

Nótese que, habida cuenta de la definición ofrecida en estas líneas del concepto de administrador de hecho, no es necesario exigir dicho requisito, pues éste es ya inherente a la propia concepción de administrador de hecho. De este modo, en los supuestos de administración fáctica no se darán casos en los que exista una infracción objetiva del deber sin tener acceso al bien jurídico protegido, ya que es, precisamente esta característica, la que dota de contenido la figura estudiada en este lugar.

2.3 Equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho

Para concluir el análisis del deber extrapenal del administrador de hecho, quisiera apuntar en este lugar una de las consecuencias que, a mi juicio, se derivan claramente de lo expuesto hasta el momento: la *equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho*. Todo ello por varias razones:

a) Desde la perspectiva del *ordenamiento jurídico-mercantil* ya se ha comprobado que es la propia Ley la que equipara ambas figuras imponiéndoles, a las dos, los mismos deberes y normas de conducta en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Así las cosas, tanto el

administrador de derecho como el de hecho, pueden infringir idénticos deberes en el devenir de su actuación que, junto al daño culpable⁷⁰⁶ causado, implicará la responsabilidad frente a la sociedad, a sus socios y/o a terceros, restando obligados a resarcir el daño causado. Todo ello, recuérdese, en virtud de la actual redacción del art. 133. 2 LSA.

b) No sólo en el ámbito jurídico privado existe la equiparación del administrador de hecho y de derecho. En lo que respecta al *ordenamiento jurídico-penal* la igualdad es, si cabe, mucho más evidente⁷⁰⁷. En primer lugar, porque los preceptos que reducen su autoría al administrador lo hacen citando expresamente al de hecho o de derecho, lo que supone, en mi opinión, un deseo evidente de equiparación en lo que respecta a la posibilidad de ser sujeto activo de estos delitos. Esto ocurre no sólo en la mayoría de los delitos societarios, sino también en el art. 31. 1 CP en el que se recoge la denominada cláusula del actuar en lugar de otro. Esta cláusula adquiere una particular relevancia en lo referente a los delitos especiales en los que las condiciones, cualidades o

⁷⁰⁶ Excede con mucho a la intención de estas líneas el análisis de la noción de “culpabilidad” desde la perspectiva jurídico-mercantil, sólo cabe, por tanto, una remisión a la doctrina en este ámbito. Exhaustivamente sobre este tema vid. por todos, DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, ob. cit. págs. 42 ss.

⁷⁰⁷ En este sentido, vid. entre otros, MATA Y MARTÍN, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, ob. cit. pág. 168; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la empresa*, Madrid 1995, pág. 81; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 113.

relaciones exigidas por el delito o falta son cumplidas únicamente por la sociedad a la que el administrador representa⁷⁰⁸.

Tal y como ha quedado reflejado a lo largo de este trabajo, para que el administrador de derecho pueda ser calificado de sujeto activo de un delito societario, como por ejemplo del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) requiere, además de la condición de administrador –concretada en este caso por un título válido– la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido. Esta posibilidad de acceso se valorará en la medida en que ejerza, realmente, una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia, esto es, la gestión o representación de la sociedad⁷⁰⁹. Sólo de este modo, podrá situarse en una posición idónea para lesionar el bien jurídico protegido. Cumpliendo estos requisitos estará en condiciones de llevar a cabo la conducta típica en toda su extensión, incluida la infracción del deber

⁷⁰⁸ Particularmente sobre este tema vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, “La «cláusula del actuar en lugar de otro» en el Código Penal español”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires 1998, págs. 175 ss. Se muestran favorable a la aplicación de este precepto únicamente en los delitos especiales entre otras las STS 20-06-2003 (TOL 305489); SAP Barcelona 21-03-2005 (TOL 631034).

⁷⁰⁹ De la misma opinión, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. págs. 244 ss., puesto que califica el delito de administración fraudulenta como delito de dominio. Debe tenerse en cuenta la constante alusión de la doctrina al delito de *Untreue* recogido en el ordenamiento jurídico alemán. En esta parte de la investigación me he limitado exclusivamente al análisis del Derecho español, por esta razón se han obviado las referencias a esta figura. Para un análisis exhaustivo de este delito vid. entre otros, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, ob. cit. págs. 14 ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. págs. 143 ss.

extrapenal que supone, en el caso del delito de administración fraudulenta, el abuso de las funciones propias del cargo; o lo que es lo mismo, una actuación contraria a los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad impuestos por el ordenamiento jurídico-mercantil.

En el caso del administrador de hecho la posibilidad de acceso al bien jurídico por el ejercicio material y efectivo de las funciones propias del ámbito de responsabilidad o competencia del cargo de administrador, no supone obstáculo alguno. En efecto, dicho requisito es, tal y como hemos visto, inherente a la propia definición de administrador de hecho. Es decir, se califica a un sujeto como tal precisamente porque ejerce materialmente dichas funciones, extremo éste que le coloca en un *status* idóneo y con potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico⁷¹⁰. En lo relativo a la cuestión de la infracción del deber extrapenal, no existe, en la actualidad, ninguna duda acerca de la posibilidad de que, también el administrador de hecho, esté obligado por los mismos deberes que el de derecho, pues en sede de responsabilidad así lo establece el art. 133. 2 LSA.

Así las cosas, el administrador de hecho queda situado en idéntica posición que el de derecho ante la posible comisión de un delito como el de administración fraudulenta, ya que cumple con el requisito

⁷¹⁰ En parecidos términos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, ob. cit. pág. 65.

indispensable exigido en sede de autoría para ser calificado como autor — pues es precisamente este indicativo el que permite calificarlo como administrador de hecho- y también puede infringir el deber extrapenal que parece recoger la expresión “con abuso de las funciones propias del cargo”.

Sentado lo anterior, sólo cabe concluir que las figuras del administrador de hecho y de derecho son absolutamente equiparables. Por ello, poco importa que el sujeto activo de un delito especial que reduzca su círculo de posibles sujetos activos de este modo, sea llevado a cabo por uno u otro. En cualquier caso, ambos deben reunir los mismos requisitos, tanto en sede de autoría como en lo relativo al cumplimiento de los elementos exigidos en la conducta típica. En definitiva, puede aseverarse que cualquiera de las posibles formas que adopte la figura del administrador pueden devenir idóneas para ser calificadas como sujetos activos de este delito. *Lo indispensable es, a la postre, que tenga capacidad efectiva y material para llevar a cabo la conducta típica en toda su extensión.*

Sin ánimo de exhaustividad por exceder a la intención de estas líneas quisiera, no obstante, hacer una pequeña referencia al hecho de que el *socio* se haya contemplado como posible sujeto activo del delito de administración fraudulenta. Simplemente poner de manifiesto que el socio, por el mero hecho de serlo no, puede ser, bajo ningún concepto sujeto activo de dicho delito. Para

ello debiera ostentar la capacidad material suficiente para acceder al bien jurídico protegido por el tipo, capacidad que será ratificada en la medida en que ejerza funciones esenciales en el ámbito de la gestión y administración de la sociedad. Pues bien, si se acepta esta postura, debe concluirse que *la mención al socio como posible sujeto activo de este delito es absolutamente innecesaria*. En la medida en que este sujeto (el socio) cumpla con los requisitos que se acaban de exponer ya no será entendido como un mero socio, sino que podrá ser equiparado –pues de hecho lo será– al administrador de hecho⁷¹¹.

⁷¹¹ Expongo esta misma postura con anterioridad en FERNÁNDEZ BAUTISTA, “Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295CP)”, ob. cit. pág. 119. En el mismo sentido vid. entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 123; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 271; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 142. Justifican, por el contrario la mención al socio en el delito de administración fraudulenta, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. pág. 94; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Parte Especial* (BAJO FERNÁNDEZ dir.), ob. cit. pág. 588, mencionando la limitada capacidad de gestión directa que el socio tiene dentro de la sociedad. No obstante –aclara el autor– ello puede suceder cuando el socio se constituye en órgano de la sociedad (Junta General) o en los supuestos en los que es titular de la totalidad del capital social. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (2000), ob. cit. págs. 350 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, ob. cit. pág. 67, encontrando su justificación en la mención a las sociedades en formación, puesto que en ellas resulta discutible entender que exista, en puridad de principios, un administrador de hecho, habida cuenta de que será un socio el que realizará las actividades de gestión y el que, por tal motivo, tendrá facultades para disponer de los bienes de la sociedad. Sin embargo, acepta este autor que si se asume una configuración puramente fáctica del concepto de administrador de hecho es indudable que el socio que posea facultades de disposición en las sociedades en formación tiene cabida en la noción de administrador de hecho. Se pronuncia a favor de la innecesaria mención al socio por ser reconducible a casos de administración de hecho AAP Castellón 23-09-2002 (TOL 160662).

3. La responsabilidad penal del administrador de hecho

Tal y como se ha definido en este trabajo, la figura del administrador de hecho puede parecer, *a priori*, un concepto excesivamente amplio. Sin embargo, no debe olvidarse que la noción aquí defendida pretende ser un concepto general que, obviamente, debe ser aplicado a cada uno de los delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos se circunscriba a tal figura. La descripción típica de cada precepto concretará las posibilidades de actuación del administrador de hecho y delimitará, en cada caso, cuáles son las posibilidades de actuación de este sujeto⁷¹².

En definitiva, cada uno de los delitos especiales que contemplen al administrador de hecho como posible sujeto activo marcará las posibilidades que éste tiene de actuación, pues *en función del bien jurídico protegido* en cada uno de ellos, se determinará si el pretendido administrador de hecho es capaz de acceder a él en el ejercicio de una *función* esencial propia de su ámbito de responsabilidad o competencia.

⁷¹² En este sentido, GALLEGO SOLER, “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 160. En concreto para el delito de administración fraudulenta vid. por todos, CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 240, afirma que se parte de una premisa errónea: la existencia de un único concepto de administrador de hecho, válido para todos los delitos societarios, siendo esto imposible. Concluye este autor diciendo que el concepto de administrador de hecho en el delito de administración social fraudulenta es más restringido que en otros delitos societarios porque exige, para poder ser autor (de hecho o de derecho), capacidad legal para vincular a la sociedad frente a terceros.

De este modo, y resumiendo mucho, sólo podrá ser sujeto activo de este delito aquel que se encuentre en una posición idónea para lesionar el bien jurídico⁷¹³.

A este respecto, quisiera traer a colación la postura de ROBLES PLANAS sobre los denominados *delitos de posición*. Este autor –como ya se vio⁷¹⁴– diferencia, en el ámbito de los delitos con restricciones en sede de autoría, entre los delitos especiales de deber y los delitos de posición. En estos últimos se incluirían aquellos tipos que exigen una determinada cualificación en el sujeto activo. Esta especial cualificación obedece a que se hallan en una *posición idónea para lesionar el bien jurídico*. Tal y como afirma este autor, la posición opera en esta clase de delitos especiales como requisito típico para otorgar relevancia penal a la conducta⁷¹⁵. En estos supuestos, por regla general, será autor del delito de posición aquel que la ocupe, pues precisamente es esta

⁷¹³ De esta opinión, como ya se ha dicho, GALLEGO SOLER “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 160. A pesar de estar de acuerdo en lo esencial con este autor, no comparto la división aceptada por él entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Su postura sobre la definición de administrador de hecho está basada en criterios de acceso al bien jurídico, esto es, en posibilidad de acción por parte del sujeto activo. Pues bien, estos criterios que parecen ser coherentes con el dominio del hecho son, bajo mi punto de vista, incompatibles con respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber. Esta construcción dogmática únicamente atiende al deber extrapenal infringido por el sujeto y no a la capacidad o potencialidad de lesión o puesta en peligro por asunción fáctica de una función. Así las cosas, manteniendo dicha definición de administrador de hecho no podría fundamentarse la comisión por parte de este sujeto de un delito de infracción de deber.

⁷¹⁴ Vid. supra Parte III Capítulo I 4.

⁷¹⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, ob. cit. pág. 241, poniendo como ejemplos el delito fiscal (art. 306 CP) y el delito publicitario (art. 282 CP).

circunstancia la que otorgará a su conducta un papel destacado dentro del círculo de intervinientes.

No me parece descabellado aplicar la idea desarrollada por ROBLES PLANAS a aquellos delitos en los que el sujeto activo se reduce al administrador de hecho o de derecho –al menos de manera clara en el delito de administración fraudulenta-. La construcción expuesta por este autor entiendo que casa perfectamente con la descripción dada en este trabajo tanto del administrador de hecho como del derecho. En ambos se exige, como requisito ineludible, que materialmente se hallen en un *status* idóneo que le permita acceder al bien jurídico protegido ejerciendo las funciones propias de su ámbito de responsabilidad o competencia, caracterización ésta utilizada por ROBLES PLANAS para dotar de contenido a los delitos de posición.

La delimitación conceptual aquí defendida del administrador de hecho resuelve, en mi opinión, algunos de los problemas que en sede de autoría y participación presentan estos delitos especiales. Pensemos, por ejemplo, en el tan citado supuesto de utilización de un administrador de derecho como mero testaferro. Entiendo que en estos casos no existe problema alguno para afirmar la autoría mediata –siempre que se cumplan los requisitos necesarios en el instrumento- del hombre de atrás⁷¹⁶, ni tan siquiera el hecho de la necesaria cualificación de

⁷¹⁶ Parece estar en contra GALLEGU SOLER “El concepto de administrador de hecho”, ob. cit. pág. 169 cuando indica que la cuestión de si puede existir, en estos casos responsabilidad penal del administrador de hecho sin la de derecho, parece poder resolverse recurriendo a la figura del “autor tras el autor”. Con esto desecha la posibilidad de que el administrador de derecho sea considerado un verdadero instrumento. En parecidos términos ya se pronunciaba SILVA SÁNCHEZ,

administrador requerida por el tipo. Esta posible dificultad se salva si se acepta que el sujeto que tiene posibilidad de acceder al bien jurídico ejerciendo las funciones esenciales propias de un administrador es, en definitiva, administrador de hecho. De este modo, el autor mediato pasaría a ser, automáticamente, un *intraneus*, resolviendo el posible obstáculo de la especial cualificación requerida en el sujeto activo.

En el resto de supuestos imaginables, en primer lugar deberá determinarse si los sujetos intervinientes reúnen, *a priori*, los requisitos necesarios para ser autor de estos delitos, es decir, si pueden ser calificados como administrador de hecho o de derecho. Posteriormente se procede a aplicar las reglas generales que delimitarán, en función de su aportación, la (co)autoría o la participación de los mismos⁷¹⁷. Con esta afirmación se pone de relieve que también en estos delitos puede diferenciarse, no sólo entre autores *intraneus* y partícipes *extraneus*, sino entre autores y partícipes cuando todos ellos son especialmente cualificados (*intranei*)⁷¹⁸.

“Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, ob. cit. págs. 26 ss.

⁷¹⁷ Un supuesto de cooperación necesaria de un administrador en el delito societario imputado a otro administrador de derecho se encuentra en STS 2-11-2004 (TOL 514624).

⁷¹⁸ Sobre la teoría de los delitos de infracción de deber vid. *supra* Parte II Capítulo II.

Recuerdese que esta posibilidad es impensable si se acepta la teoría de los delitos de infracción de deber, al menos en sus versiones más estrictas. Como ya se apuntó, para los partidarios de esta construcción dogmática la mera infracción del deber da lugar, automáticamente, a la autoría del delito que así se configura, sin tener en consideración la aportación del especialmente obligado al hecho punible. Todo ello impide la posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes en el círculo de los *intranei* (especialmente obligados), relegando esta categoría únicamente para los *extranei*.

Para finalizar con la exposición acerca de la responsabilidad penal del administrador quisiera destacar, brevemente, la posible responsabilidad de este sujeto por *omisión*. Esta cuestión adquiere relevancia únicamente en el caso de desechar la infracción de un deber como criterio válido –y único– en la delimitación de la autoría. Según esta teoría la diferenciación entre la comisión activa y omisiva carece de relevancia alguna, pues de uno u otro modo se infringe el deber por el que el sujeto viene obligado⁷¹⁹. Ahora bien, desde la perspectiva aceptada en este trabajo dicha cuestión requiere, cuanto menos, de una breve fundamentación de la posición de garante que puede ocupar el administrador de hecho.

⁷¹⁹ Sobre la omisión en la teoría de los delitos de infracción de deber vid. supra Parte II Capítulo II 1.4 y 2.3.3.

La constatación de una verdadera posición de garante en el caso del administrador de derecho era una cuestión fácilmente resoluble. Los arts. 127 a 127 quáter LSA imponen a los administradores la obligación de llevar a cabo sus funciones con diligencia, lealtad y fidelidad, deberes de los que se derivan otros mucho más concretos como el deber de información. Esta alusión expresa realizada por la ley servía, en el caso del administrador de derecho, para fundamentar una verdadera posición de garante con respecto al patrimonio social⁷²⁰, con la correlativa posibilidad de imputarle el delito en cuestión en comisión por omisión⁷²¹.

Si bien con anterioridad a la reforma introducida en la LSA por la Ley 26/2003 de 17 julio podía cuestionarse la existencia de una

⁷²⁰ Vid. entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, ob. cit. págs. 102 y 103; afirmando que la necesidad de los administradores de ajustar su conducta al criterio del ordenado comerciante incluye, como una de sus principales manifestaciones, una labor de control y de vigilancia en cuanto a la correcta actuación de los demás integrantes del órgano de administración y a la utilización que pueda hacerse de las distintas prerrogativas sociales. Por ello –prosigue– el administrador que permita o facilite la comisión de cualquier delito societario con su actitud ausente u omisiva podrá ser condenado penalmente, de estimarse que ha incumplido sus obligaciones legales y que ha creado, de esta forma, una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores*, ob. cit. pág. 164, con un análisis anterior exhaustivo de las diferentes concepciones dogmáticas sobre la omisión; CASTRO MORENO, *El delito societario*, ob. cit. pág. 430. Específicamente sobre el delito de administración fraudulenta GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit. pág. 246; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, ob. cit. pág. 61.

⁷²¹ En relación a la regulación de la comisión por omisión contenida en el art. 11 CP actual vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, págs. 51 ss.

verdadera posición de garante del administrador de hecho con respecto al patrimonio social, en mi opinión, con la redacción actual del art. 133. 2 LSA no puede albergarse duda alguna. El administrador de hecho es poseedor de los mismos deberes y de idénticas normas de conducta en el ejercicio de sus funciones que el administrador de derecho. Esto significa, por tanto, la ***posibilidad de imputar en comisión por omisión*** aquellos delitos en los que la autoría se circunscribe a los administradores.

La razón es, a mi modo de ver, bastante evidente: es la propia Ley la que impone un deber de garante al sujeto que realiza las funciones de administrador cumpliéndose, por ende, una de las principales exigencias del art. 11 CP⁷²². Así las cosas, deben darse por reproducidas en este lugar las argumentaciones expuestas en el análisis de la omisión del administrador de derecho⁷²³, extremo que confirma, una vez más, la absoluta equiparación entre ambas figuras.

Sin ánimo de exhaustividad –por ser una labor extremadamente minuciosa y con infinidad de variantes- se han apuntado los principales

⁷²² Obviamente deberá analizarse en cada caso la existencia de todos los requisitos exigidos para constatar la posibilidad de imputar en comisión por omisión como son la posición de garante y la equivalencia con la comisión activa. Sobre este aspecto vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, ob. cit. pág. 65 ss.; EL MISMO, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, ob. cit. págs. 14 ss.

⁷²³ Vid. supra Parte III Capítulo II 3.

problemas en relación a la responsabilidad penal del administrador de hecho. Valga decir, como escueto resumen, que algunos de los complicados problemas que presentan los delitos especiales en relación a la autoría y la participación son salvables con una adecuada delimitación conceptual de la figura del administrador de hecho. Más allá de esto, sólo cabe acudir a las reglas generales establecidas en la Parte General, para concretar en virtud de qué título debe responder penalmente este sujeto.

CONCLUSIONES

1. El *concepto unitario de autor* se basa en el rechazo a la distinción entre las categorías de la autoría y la participación, consecuencia ésta a la que se llega a través de argumentaciones basadas, principalmente, en teorías causales. La negativa a apreciar diferencia relevante alguna entre las distintas formas de intervención en un hecho implica, a su vez, la *negación de todo vínculo de accesoriedad* entre las responsabilidades de los distintos participantes en el mismo, concibiéndose éste como obra de varias personas, no de una ayudada por otras.

1.1. Las versiones más clásicas de las teorías que defienden un concepto unitario de autor encuentran acogida en la *teoría de la equivalencia de las condiciones*. Esta teoría afirma que cualquiera que participe en el hecho aportando una condición del resultado producido causa, en definitiva, el resultado, y siendo las condiciones (causas) equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado. Ello comporta que todo sujeto interviniente en el hecho merezca ser calificado como autor.

1.2. En esta línea de argumentativa, otras versiones, también defensoras del concepto unitario de autor, han criticado la identificación de la autoría unitaria con la pura causalidad, acudiendo a argumentos

como *la peligrosidad o el merecimiento de pena* para fundamentar este concepto de autor. Sin embargo, a pesar del intento de aportar nuevos argumentos, siguen concluyendo en el rechazo a la distinción entre autor y partícipe, siendo consecuentes, por tanto, con la principal premisa de la que parte un concepto unitario de autor.

2. Las principales objeciones vertidas acerca del concepto unitario de autor se basan en la imposibilidad del mismo para diferenciar el desvalor concreto de la acción de cada interviniente en el hecho. Así, las intervenciones de cada uno de los sujetos son entendidas por el concepto unitario de autor como equivalentes, de tal manera que no se puede valorar cuál de las aportaciones al hecho es cuantitativa o cualitativamente más importante. Otra de las críticas más usuales guarda una estrecha relación con el fundamento causal del que parte. La doctrina entiende que, al conformarse dicho concepto con cualquier contribución causal a la realización del tipo para castigar como autoría, provoca una falta de limitación de lo típico.

3. En el ámbito español, la doctrina parece ser unánime en que el Código Penal no recoge un concepto unitario de autor, pues distingue expresamente entre autoría y participación. Así el art. 28 CP diferencia entre las categorías de autoría, inducción y cooperación necesaria mientras que el art. 29 CP recoge la de la complicidad. Sin embargo, esta distinción expresa no constituye el fundamento último para rechazar de

pleno la adopción de un concepto unitario de autor en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Para ello únicamente podría esgrimirse como razón fundamental, la opinión prácticamente unánime de la doctrina acerca de la conveniencia de mantener el principio de accesoriedad de la participación. En virtud de este principio, sólo puede ser castigado el partícipe si existe un hecho, como mínimo, típico por parte del autor, extremo que deviene absolutamente incompatible con las premisas básicas de las que parte el concepto unitario de autor, en el que cada interviniente en el hecho va a ser castigado de manera absolutamente independiente a la del resto de sujetos (autores).

4. Una de las clases de delitos en los que un concepto unitario de autor encuentra mayores problemas de vigencia y efectividad a la ahora de explicar y legitimar el fundamento de la autoría son los ***delitos especiales***. Esta clase de delitos se caracteriza por condicionar la afirmación de la autoría a la concurrencia en el sujeto de una serie de cualidades, relaciones o circunstancias. Por esta razón, ante la participación de diversos sujetos en esta clase de delitos, deberá diferenciarse entre aquellos en los que concurren los requisitos típicos exigidos (*intraneus*) y aquellos en los que no concurren (*extraneus*). El hecho de que el concepto unitario de autor sitúe en plano de igualdad a *intraneus* y *extraneus* parece llevar a la conclusión de que las especiales características que el tipo exige para poder afirmar la autoría de un sujeto en los delitos especiales, son obviadas por dicho concepto.

4.1. El hecho de que el concepto unitario de autor parta de un criterio que atienda a si el sujeto interpone o no una causa del resultado para determinar la autoría, es entendido por la doctrina como incompatible e insuficiente para explicar la esencia de los delitos especiales. Se afirma que la esencia de esta constelación delictiva atiende precisamente a las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo, siendo estos elementos típicos los que determinan que el injusto de los delitos especiales sea, en realidad, un injusto especial. Precisamente es este extremo el que fundamenta el menor desvalor de la conducta del *extraneus*, pues la falta de cualificación exigida lo distancia –más que en los casos normales de participación- del ámbito de lo típico en esta clase de delitos. Así las cosas, la distinción entre sujetos en quienes concurren los elementos referidos y aquellos en quienes no concurren, considerando a los primeros autores y a los segundos meros partícipes, será el único modo de respetar la esencia de la autoría en los delitos especiales, esencia que, según esta interpretación, no contempla el concepto unitario de autor.

5. El hecho de que algunos tipos penales reduzcan el círculo de posibles autores a sujetos en los que se exige la concurrencia de determinadas características, ha llevado a un sector de la doctrina a catalogar dichos delitos como ***delitos de infracción de deber***. Tal y como se formula por ROXIN, esta categoría dogmática atiende exclusivamente

al deber extrapenal que ostenta un determinado sujeto como único criterio en el que basar la afirmación de la autoría. Así las cosas, el elemento que decide sobre la autoría se limita exclusivamente a la infracción del deber que, de manera extrapenal, obliga al sujeto, siendo éste el único que, precisamente por infringir dicho deber, puede ser considerado autor. Por el contrario, aquellos sujetos en los que no concurra el deber extrapenal no podrán ser considerados autores, calificando su aportación al hecho como de mera participación.

5.1. Siendo la infracción del deber el único criterio válido para fundamentar la autoría, cualquier aportación al hecho de un sujeto que resulte obligado por un deber especial se convierte automáticamente en una aportación a título de autoría. Ello es así porque lo determinante en los delitos de infracción de deber no es si la aportación al hecho del sujeto deviene cuantitativa y cualitativamente suficiente, sino precisamente si en su actuación infringe o no el deber por el que viene obligado. Así las cosas, existiendo la posibilidad de distinción entre autoría (*intraneus*) y participación (*extraneus*) en los delitos de infracción de deber no puede hablarse de un concepto unitario de autor en esta clase de delitos, pues es precisamente la imposibilidad de diferenciación entre autoría y participación una de las principales consecuencias de la aceptación de un sistema no diferenciado como es el concepto unitario, extremo que, como se ha puesto de manifiesto, no se daría en los delitos de infracción de deber. Por ello el concepto unitario se presenta, también

en esta constelación delictiva como inidóneo para la determinación de la autoría.

6. El *concepto extensivo de autor*, a diferencia del concepto unitario, se caracteriza por admitir la distinción entre las categorías de autoría y participación, concibiendo esta última como excepción a la autoría general, esto es, como causa de restricción de la punibilidad o la tipicidad. Este concepto de autor, partiendo de la exigencia legal que obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad, pretende la búsqueda de criterios diferenciadores que permitan la delimitación entre autoría y participación.

6.1. El concepto extensivo de autor se ha fundamentado tanto en teorías objetivas como en teorías subjetivas. Las *teorías objetivas* tienen como punto de partida teorías causales, sin embargo, y a pesar de partir de las mismas premisas que el concepto unitario de autor, aceptan la diferencia entre autoría y participación entendiendo que la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad en la valoración jurídica. Es lo que se ha denominado concepto extensivo-objetivo de autor. Las *teorías subjetivas*, por el contrario, parten de la idea de que en el plano objetivo no es posible establecer diferencias entre los distintos intervinientes. Por ello acuden al plano subjetivo, en el cual se podrá distinguir a los sujetos que actúen con *animus auctoris* y los que lo

hagan con *animus socii*, siendo los primeros considerados autores y los segundos partícipes.

6.2. En el marco del concepto extensivo-subjetivo de autor, las denominadas ***teoría del dolo*** y ***teoría del interés*** ofrecen diferentes criterios mediante los cuales pueda determinarse cuándo un sujeto actúa con *animus auctoris* o con *animus socii*. Así, la ***teoría del dolo***, basa la determinación del *animus auctoris* y del *animus socii* en la autonomía de la voluntad para el primer supuesto y la dependencia de la misma en el segundo. En cambio, la ***teoría del interés*** ofrece como criterio diferenciador entre ambas categorías en el interés propio (*animus auctoris*) o ajeno (*animus socii*) del sujeto en la comisión del hecho.

6.3. Las teorías subjetivas han sido rechazadas fundadamente por la doctrina, con el argumento de que resultan extremadamente difusas y vacías de contenido. Estas teorías muestran la ausencia de una clara delimitación en sus fronteras, pudiendo por ello dar lugar a cualquier resultado. Se afirma también, que pugnan con el principio estructural del Derecho Penal vigente. Debe tenerse en cuenta que este sector del ordenamiento jurídico se manifiesta en tipos descritos y delimitados preferentemente de modo objetivo, lo que impediría adoptar criterios basados exclusivamente en el plano subjetivo para dotar de contenido lo que, expresa y legalmente, queda fijado por parámetros objetivos.

7. En lo que se refiere al *Código Penal español*, debe concluirse que, un concepto extensivo de autor basado en teorías subjetivas, difícilmente puede ser mantenido desde la perspectiva del derecho positivo. En efecto, el art. 28 II CP se refiere tanto al inductor como al cooperador necesario a través de criterios claramente objetivos, cuales son “inducir directamente” o “cooperar a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. En definitiva, estamos ante criterios ciertamente objetivos que nada tienen que ver con el *animus socii* – voluntad dependiente según la teoría del dolo o interés ajeno según la teoría del interés- que, con arreglo a las teorías subjetivas, debe concurrir en un sujeto para tipificar su contribución al hecho a título de participación. También el análisis del art. 29 CP en el que se recoge la complicidad muestra la incompatibilidad de las teorías subjetivas con el Código Penal español. Dicho artículo describe esta figura como “cooperar a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, criterios estos eminentemente objetivos y por ende opuestos a la delimitación subjetiva que las teorías del dolo o del interés realizan de la autoría y la participación.

8. El concepto extensivo de autor se nos representa como especialmente incompatible con los denominados *delitos especiales*, pues parte de la idea de que la condición de autor debe atribuirse a todo sujeto que, interponiendo una causa del resultado sin la que éste no se habría producido, obre con *animus auctoris*. Este planteamiento permitiría

afirmar que no sólo el *intraneus* va a poder ser calificado como verdadero autor de un delito especial, sino que también cualquier *extraneus* que interponga una causa del resultado, y actúe a su vez con *animus auctoris*, va a recibir la misma calificación. De este modo, sería factible que un sujeto que no reúna la cualidad, relación o circunstancia exigida legalmente por el tipo pueda erigirse finalmente en autor del delito, todo ello por haber intervenido *causalmente* en el hecho y por actuar con una *voluntad autónoma* (teoría del dolo) o bien en *interés propio* (teoría del interés).

8.1. La posibilidad de calificar a un *extraneus* como verdadero autor de un delito especial, es entendida por un sector de la doctrina no sólo como incompatible con la propia esencia de los delitos especiales, sino incluso como claramente ***opuesta al principio de legalidad***. Se afirma que, salvo que la ley disponga lo contrario, convertir a un sujeto no cualificado en autor de uno de aquellos delitos en los que la propia ley se encarga de limitar el círculo de posibles autores a los sujetos cualificados por el tipo, constituye un evidente atentado contra el principio de legalidad. Esto es así porque presupone obviar, en la afirmación de la autoría, una circunstancia que viene exigida legal y expresamente por el tipo penal.

9. En lo referente a los ***delitos de infracción de deber***, aceptar las teorías subjetivas implicaría obviar la principal característica y

fundamentación de estos delitos, a saber: sólo el sujeto especialmente obligado puede llegar a erigirse en autor de dicho delito, pues sólo el (los) obligado(s) ostentan una especial relación con el injusto que deriva, precisamente, del deber que extrapenalmente se le ha impuesto al sujeto. Por tanto, algo esencialmente objetivo como es la concurrencia o no de un especial deber, se sustituiría por un criterio meramente subjetivo cual es el ánimo o voluntad con la que actúa el sujeto. Así las cosas, puede concluirse que el concepto extensivo de autor no respeta, en definitiva, con la esencia de los delitos de infracción de deber.

10. El *concepto restrictivo* de autor se enmarca dentro de un sistema diferenciador, siendo su principal característica la *posibilidad de distinguir diferentes grados de responsabilidad en la intervención de un hecho delictivo*. Esta diferenciación entre autoría y participación es posible gracias a que el concepto restrictivo parte de la existencia de *diferencias objetivas*, basadas en la clase de contribución al hecho, entre la conducta del autor y la del partícipe. Asimismo, dicho concepto mantiene que, no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo. En definitiva, el concepto restrictivo de autor abandona la causalidad como criterio que fundamenta la autoría y niega la equiparación entre *causación* y *realización* del delito.

10.1. Partiendo, el concepto restrictivo de autor, de la premisa de que no todos los intervinientes en el hecho delictivo son autores, las formas especiales de participación, como la inducción y la complicidad, no pueden ser consideradas como formas de verdadera autoría. Sin embargo, tanto la inducción como la complicidad, son concebidas como jurídico-penalmente relevantes, es decir, que dichas categorías son merecedoras también de un reproche penal. De este modo, las formas de intervención que no constituyen autoría van a ser concebidas por el concepto restrictivo de autor como *causas de extensión de la pena*.

10.2. Esta concepción de la participación como ampliación de la punibilidad, se fundamenta en la idea de que, a falta de normas que castiguen dicha forma de intervención, es decir, a falta de previsión expresa por la ley, aquélla debiera ser necesariamente impune. Ello es así porque, desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, las acciones que pueden ser catalogadas como de participación, a pesar de constituir aportaciones causales, quedan situadas fuera del tipo, pues ninguna de ellas *realiza todos* los elementos de la descripción típica.

12. La adopción del *principio de accesoriedad* implica que el castigo de las diferentes formas de participación depende de la existencia de un hecho principal imputado a título de autoría. Así las cosas, la participación se sitúa en una relación de dependencia con respecto al hecho principal, es decir, con respecto al hecho del autor. De este modo,

puede afirmarse que, para el concepto restrictivo, la participación se encuentra en una relación de *dependencia cualitativa* con respecto al hecho del autor, pues se exige que este hecho principal muestre ciertas cualidades mínimas.

12.1. En cuanto a las mínimas cualidades que debe reunir el hecho principal del autor para poder castigar la intervención en un hecho delictivo a título de participación, se manifiestan las diferentes teorías que, desde diversas posturas, defienden el principio de accesoriedad. Así, la teoría de la accesoriedad máxima exige que el hecho principal sea típicamente antijurídico y personalmente imputable (“culpable”); por el contrario, para la teoría de la accesoriedad mínima basta que el hecho del autor sea típico y, finalmente, para la *teoría de la accesoriedad limitada*, el hecho del autor debe ser típicamente antijurídico careciendo de relevancia alguna la imputación personal.

13. Las características que presenta el concepto restrictivo de autor, lo convierten, en el criterio más adecuado para la determinación de la autoría en Derecho Penal. Así, el concepto restrictivo se presenta como el más acorde con el *principio de responsabilidad individual*, en tanto que principio básico e informador del ordenamiento jurídico. En efecto, la distinción entre autoría y participación que propicia la adopción de dicho concepto, posibilita el castigo de cada uno de los intervinientes en un

hecho delictivo con arreglo a su propia conducta, es decir, con arreglo al alcance y relevancia jurídico-penal de su intervención.

14. El concepto restrictivo de autor, a diferencia del concepto unitario y del concepto extensivo, *sí* observa la peculiaridad que en el ámbito de la autoría presentan los *delitos especiales*, peculiaridad que, como ya se ha dicho, conforma la verdadera esencia de esta clase de delitos. En efecto, un sistema basado en las premisas de la autoría restrictiva únicamente puede calificar como autor de un delito especial a aquel sujeto que, no sólo realice la acción típica, en los términos descritos en el precepto en cuestión, sino que reúna en su persona las cualidades, relaciones o circunstancias que dicho precepto exige.

14.1. De este modo, el concepto restrictivo de autor únicamente va a poder imputar un delito especial a título de autoría al denominado *intraneus*, vetando esta posibilidad a todo aquel sujeto que no reúna las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo (*extraneus*). Pues bien, es precisamente la imposibilidad del *extraneus* de erigirse en autor de un delito especial y, por tanto, el respeto a la esencia de dichos delitos, uno de los motivos que hacen preferible, en detrimento del concepto unitario y extensivo, la adopción de un concepto restrictivo de autor.

14.2. Ciertamente, la exigencia por parte del concepto restrictivo de todos los requisitos legalmente establecidos en cada uno de los preceptos de la Parte Especial –tanto sede de conducta típica como de cualificación especial del sujeto- para afirmar la autoría, demuestran que un sistema basado en estas premisas respeta absolutamente aquello que la ley ha querido que sea entendido como autoría. Los motivos hasta ahora expuestos bastan para afirmar que, a diferencia de lo que sucede con el concepto unitario y extensivo, el concepto restrictivo de autor se revela como el más acorde y respetuoso con *el principio de legalidad* a la par que muestra una mejor conformidad a las exigencias del Derecho Penal de un *Estado de Derecho*.

15. En el marco del concepto restrictivo de autor, varias son las teorías elaboradas para la delimitación de la autoría y la participación: la teoría objetivo-formal y las teorías objetivo-materiales.

15.1. La teoría *objetivo-formal* define la figura del autor como aquel sujeto que *ejecuta* por sí mismo, total o parcialmente, las *acciones descritas en los tipos de la Parte Especial*. Por el contrario, será calificado como partícipe todo aquel sujeto que lleve a cabo una acción preparatoria o colabore durante la ejecución del delito, pero con una actividad meramente auxiliadora. Así, bajo las premisas de la teoría objetivo-formal, la no ejecución de acciones pertenecientes al tipo impide el castigo como autor, quedando relegadas las conductas realizadas al

castigo con arreglo a alguna de las formas de participación. El *fundamento* de la teoría objetivo-formal se ha buscado por la doctrina básicamente en dos argumentos. En primer lugar, la mayor reprochabilidad o gravedad de la conducta del autor y, en segundo lugar, el pretendido acomodo de la concepción de la autoría que mantiene la teoría objetivo-formal con el “lenguaje común”.

15.2. A pesar de las críticas que puedan dirigirse contra su fundamento, así como los inconvenientes que presenta en sede de autoría mediata y coautoría, la teoría objetivo-formal presenta una gran *ventaja* – añadida por supuesto al hecho de diferenciar, por situarse dentro del concepto restrictivo de autor, la autoría de la participación– cual es, *reconducir la autoría a la sede del tipo*. En definitiva, la teoría objetivo-formal y su entendimiento de la autoría pone de manifiesto una de los grandes logros del concepto restrictivo de autor: el hecho de que no toda aportación causal va a ser considerada como verdadera autoría.

15.3. Las *teorías objetivo-materiales* surgen con la intención de evitar el principal defecto que presentaba la teoría objetivo-formal: la ausencia de criterios materiales que precisaran cuáles eran las acciones ejecutivas del tipo y permitieran, de este modo, delimitar la figura del autor. Es por ello, que en el intento por superar estos impedimentos formales, las teorías objetivo-materiales no se contentan con la mera remisión a la descripción típica e intentan buscar *criterios materiales*

que permitan establecer una demarcación conceptual de la autoría y la participación.

15.4. Las doctrinas que pueden ser agrupadas bajo la denominación común de teorías objetivo-materiales atienden al valor *objetivo* de la contribución realizada por cada sujeto evitando cualquier criterio subjetivo. De este modo, sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante. A su vez, se afirma que en la mayoría de estas concepciones renace la idea de la causalidad, acudiendo concretamente a teorías causales diferenciadoras. Bajo esta perspectiva se afirma que el autor es la causa y el partícipe la condición del resultado. Así, bajo esta denominación se encuentran la *teoría de la necesidad*, la *teoría de la simultaneidad*, la *teoría de la causalidad física y causalidad psíquica*, y finalmente la *teoría de la supremacía*.

15.5. Las teorías objetivo-materiales no aportan criterios válidos para la diferenciación de las figuras de la autoría y la participación pues, en ese intento, no sólo acuden en muchas ocasiones a teorías causales, sino que también desconocen la importancia de lo subjetivo para la determinación de la relevancia de cada contribución al hecho. Además, las doctrinas enmarcadas en el ámbito de las teorías objetivo-materiales, en el esfuerzo por ofrecer criterios que determinen cuál es la aportación material al hecho más relevante, introducen criterios desvinculados de la

valoración legal que además son, en la mayoría de las ocasiones, difícilmente precisables.

16. Finalmente, en el marco de un concepto restrictivo de autor, surgen las *teorías relacionadas con el dominio del hecho*. Este criterio puede concretarse, a grandes rasgos, en un poder sobre el devenir y la configuración misma del hecho que debe ostentar un sujeto (autor) o varios sujetos (coautores) para poder ser calificados como autores del hecho punible.

17. Quizá el autor que más ha desarrollado esta teoría sea ROXIN, cuyo punto de partida metodológico pasa por concebir al autor como *figura central* del acontecer en forma de acción. El criterio formal que representa la concepción del autor como “figura central”, será posteriormente dotado de contenido acudiendo a diferentes criterios en función de la clase de delito que se trate. Pues bien, uno de estos criterios es el dominio del hecho, que adoptará diferentes formas atendiendo a la concreta dinámica delictiva. Es decir, se concretará, para cada grupo de casos y en función de las distintas formas de intervención en el suceso delictivo, cómo debe entenderse la mencionada teoría de dominio del hecho. De este modo, las formas de dominio del hecho se concretan en: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio del hecho funcional.

18. Una de las variantes más relevantes en el marco de las teorías relacionadas con el dominio del hecho es, sin duda, la construcción de DÍAZ Y GARCÍA. Este autor afirma que en la *autoría inmediata individual* se ha de exigir que el sujeto determine objetiva y positivamente el hecho. En la *autoría mediata* debe tenerse en cuenta, en primer lugar, cuáles son los criterios que fundamentan la existencia de una actuación a través de otro, es decir, cuándo una persona se sirve de otra como instrumento. En segundo lugar y, siendo coherente con el criterio mantenido para delimitar la autoría inmediata individual, también debe comprobarse que el *instrumento determina objetiva y positivamente el hecho*, pues sólo entonces el sujeto que actúa detrás habrá realizado a través de otro una acción determinante, es decir una acción de autoría, y podrá ser calificado como autor mediato.

18.1. Finalmente, para los casos de *coautoría* habrá que determinar cuándo se puede decir que estructuralmente varios realizan un hecho conjunto. En estos casos, habrá que precisar si lo realizado entre varios sujetos realmente domina el hecho, es decir, si lo determina objetiva y positivamente. Únicamente aquella acción conjunta que posea la característica de la determinación objetiva y positiva del hecho fundamentará la coautoría y posibilitará la calificación de quienes la llevan a cabo como verdaderos coautores.

18.2. La imperiosa necesidad de que el sujeto lleve a cabo una acción susceptible de ser calificada como *acción típica nuclear* para poderlo tildar de autor del delito en cuestión, es el motivo del que derivan las principales objeciones que cabe dirigir contra el dominio “objetivo” del hecho. En efecto, tal concepción, impide apreciar la coautoría en algunos delitos cuya dinámica delictiva propicia la cooperación de diversos sujetos, en los que, obviamente, no todos pueden realizar la acción típica nuclear necesaria para ser calificados como (co)autores según el criterio de la determinación objetiva del hecho.

18.3. En el ámbito de los *delitos especiales*, valga aquí sólo apuntar que desde la perspectiva de la determinación objetiva y positiva del hecho no se acepta la autoría mediata del *intraneus* que “utiliza” a un sujeto no cualificado (*extraneus*) que actúa con total libertad y conocimiento. La solución más adecuada para estos supuestos es, para DÍAZ Y GARCÍA, la impunidad tanto del *intraneus* como del *extraneus*. Todo ello porque el que determina objetiva y positivamente el hecho (*extraneus*) carece de la calificación requerida por el tipo, lo que le impediría responder por un delito de estas características. Por otra parte, el *intraneus*, por bien que reúna la especial cualificación que exige el tipo, no determina objetiva y positivamente el hecho a través del *extraneus* puesto que no se dan en él los presupuestos que permitan afirmar que es un verdadero instrumento. Así las cosas, el *intraneus* sería

un partícipe en un hecho atípico y, en virtud del principio de accesoriedad limitada, tampoco podría responder penalmente por él.

18.4. En relación a los *delitos de infracción de deber*, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho se presenta absolutamente incompatible. En efecto, desde esta perspectiva, la consideración de la infracción de deber como único criterio delimitador de la autoría no puede ser en absoluto sostenida, pues la actuación del especialmente obligado (*intraneus*) debiera ser, en todo caso, una acción que determine objetiva y positivamente el hecho, es decir, realizar la conducta que más directamente realice el injusto típico: la acción típica nuclear.

18.5. En mi opinión, la incompatibilidad de la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber y la determinación objetiva y positiva del hecho no deriva únicamente de la amplitud o restricción en los criterios delimitadores de la autoría que defienden respectivamente. Por el contrario, entiendo que ambas posturas se sitúan en planos absolutamente diferenciados en cuanto a la concepción de aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. Mientras que el dominio “objetivo” del hecho se concibe como un criterio válido en la determinación de la autoría para cualquier clase de delito, la teoría de los *Pflichtdelikte* se manifiesta como verdadero fundamento de la restricción del círculo de autores en dichos delitos, lo que forzosamente reduce su aplicación a esta constelación delictiva.

19. Otra de las teorías que puede ser destacada en el marco de las relacionadas con el dominio del hecho es la teoría de la pertenencia del hecho desarrollada por MIR PUIG. En su opinión, lo decisivo para la imputación del hecho a título de autor es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*, esto es, que pueda predicarse una relación de pertenencia exclusiva o compartida, entre el sujeto (autor) y el hecho punible. Dicha relación de pertenencia podrá ser afirmada de aquel o aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización. Sin embargo, debe destacarse que, bajo la perspectiva que ofrece la teoría de la pertenencia del hecho, la ejecución material o control efectivo del mismo (dominio material o fáctico del hecho) puede ser, a lo sumo, un criterio más que permita afirmar dicho protagonismo, pero ello no siempre será así.

19.1. Para poder afirmar dicha relación de pertenencia debe comprobarse, como mínimo, que el sujeto ha (co-) causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la *imputación objetiva y subjetiva del resultado*. En definitiva, puede afirmarse que la relación de pertenencia presupone, cuanto menos, la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia. La relación de autoría entre el sujeto y el hecho objetiva y subjetivamente imputable, es entendida por MIR PUIG

como una relación perteneciente a lo que él denomina un “**segundo nivel de la imputación objetiva**”. La inclusión de la relación de autoría dentro de ese segundo nivel de la imputación objetiva presupone una clara distinción de, como mínimo, **dos niveles** en el ámbito de la imputación.

19.2. Así lo manifiesta expresamente este autor que entiende que el primero de estos niveles está referido al contenido de la **imputación objetiva en sentido estricto** (imputación objetiva de primer nivel). Para poder afirmar la posibilidad de imputación objetiva en sentido estricto se exige la concurrencia de una determinada relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta. Por otra parte, este autor diferencia, un **segundo nivel de imputación objetiva (imputación objetiva en sentido amplio)** cuya configuración da cabida a criterios que no tienen acogida en el concepto de imputación en sentido estricto, pero que indudablemente también determinan cuándo y en qué medida se puede imputar el hecho a un sujeto.

19.3. Los criterios susceptibles de inclusión en este segundo nivel de imputación objetiva son, a juicio de MIR, la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría y la participación punible y participación impune entre otros. Pues bien, debe destacarse que la agrupación de estos diversos criterios en un segundo nivel de imputación se fundamenta en el hecho de que todos ellos obedecen a una idea o nexo común. Según MIR,

la distribución de la imputación entre sujetos mediante la *delimitación de sus esferas de responsabilidad* es la idea que subyace a todos aquellos criterios que según este autor pueden incluirse en el ámbito de la imputación objetiva en sentido amplio.

19.4. En definitiva, la argumentación aquí expuesta defiende la necesidad de establecer la relación de autoría en la medida en que el hecho se manifieste ya como objetiva y subjetivamente típico. Ello implica que dicha relación de autoría no pueda referirse únicamente a la parte objetiva del tipo pues, en este caso, se imputaría un hecho a un sujeto que todavía carece de la concreción de una parte del tipo: el aspecto subjetivo.

19.5. Admitido que la imputación de un hecho a su autor debe serlo por la previa concurrencia tanto del tipo objetivo como del subjetivo, no parece descabellado afirmar que la determinación de la *autoría* se encuentra situada, no ya en un segundo nivel de imputación, sino en el *tercer nivel de imputación*. En efecto, acorde con los argumentos aquí esgrimidos, el primer nivel de imputación se correspondería con la imputación objetiva en sentido estricto, el segundo nivel con la determinación del tipo subjetivo (imputación subjetiva) y, finalmente, procedería determinar de la relación de autoría, situada ahora en un tercer nivel de imputación.

19.6. Bajo la óptica de esta teoría se acepta en relación a los *delitos especiales*, los supuestos de instrumento doloso no cualificado. No se afirma sólo que se debe castigar al *intraneus* como autor mediato, sino que además –y lo que es más importante- *se puede* castigar así al sujeto especialmente cualificado que utiliza un *extraneus* que ejecuta materialmente el hecho típico de manera libre y consciente. La posibilidad de imputar al *intraneus* la autoría del delito deriva de la concepción que de ésta categoría mantiene la teoría de la pertenencia del hecho que parte, como criterio determinante para la imputación a título de autor, no de un dominio efectivo o realización fáctica del hecho, sino de una *relación de pertenencia*.

19.7. De este modo, debe procederse, en primer lugar, a la constatación de la imputación objetiva del resultado, esto es, la verificación de que el hecho constituye la realización del riesgo de la conducta del *intraneus*. En segundo lugar y, siempre que se acepte la autoría como parte de una tercera línea de imputación, es forzoso comprobar la concurrencia o no de dolo en la persona del *intraneus* (imputación subjetiva). Tras la confirmación de la posibilidad de imputar tanto objetiva como subjetivamente el hecho al *intraneus* se podrá proseguir con la imputación a título de autor, y si resulta ser positiva, aseverar entonces que ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputarle dicha relación de pertenencia con el hecho.

19.8. De este modo, en la delimitación de la autoría de aquellos tipos en los que se exigen legalmente determinadas *condiciones*, *cualidades* o *relaciones* en el sujeto activo se le dará la mayor importancia a la concurrencia de esta exigencia, que aparece ligada ineludiblemente a la idea de *responsabilidad* presente, a su vez, en la determinación de la autoría como parte u objeto de un juicio de imputación. Por otro lado, entiendo que la posibilidad de acceso y lesión del bien jurídico-penalmente protegido por parte del sujeto que ostenta las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige, amén del especial deber de salvaguarda para con el bien jurídico que de ello se deriva, puede ser el criterio que relegue en importancia al dominio material o fáctico del hecho y permita, prescindiendo del dominio, la afirmación de la autoría del sujeto del que se pueden predicar dichas cualidades.

19.9. En relación a los *delitos de infracción de deber*, debe destacarse la incompatibilidad de ambas teorías. En resumen, la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber analiza tanto el fundamento como las cuestiones de autoría en aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos resta delimitado. Ambas cuestiones, fundamentación y criterios de autoría aparecen indefectiblemente unidas, lo que impide aplicar este criterio de autoría (mera infracción de un deber) a otros tipos que no compartan dicha fundamentación. En cambio, la teoría de la pertenencia del hecho se

presenta únicamente como criterio delimitador de la autoría, que si bien puede tener en cuenta las particularidades de esta clase de delitos, no pretende explicar su fundamento, sino adecuarse a él –sea cual fuere– para obtener una solución satisfactoria en lo que a la delimitación de la autoría se refiere.

20. Con la denominación *delitos especiales* se hace referencia a una determinada clase de tipo penal. De entre las posibles clasificaciones que pueden realizarse de los diferentes tipos penales –según las modalidades de acción (delitos de acción/ omisión; delitos de mera actividad/ resultado etc.), según la relación con el bien jurídico (delitos de lesión/ peligro)- una de ellas es en *atención al sujeto activo*. Según este criterio de clasificación de los tipos penales, cuando la ley no limita el ámbito de posibles sujetos estaremos ante *delitos comunes*, es decir delitos que pueden ser cometidos por “cualquiera”. Por el contrario, cuando expresa o tácitamente dicho círculo de posibles autores se somete a la concurrencia de determinadas condiciones, cualidades o relaciones estaremos ante un *delito especial*. Éstos, a su vez, pueden dividirse entre delitos especiales *propios* o *impropios*. Los primeros se caracterizan por no existir un delito común paralelo, mientras que los segundos si guardan, empero, correspondencia con un delito común del que puede ser autor el sujeto no cualificado.

21. En cambio, con la denominación de *delito de infracción de deber* en realidad se alude, no ya a un criterio de clasificación de los diferentes tipos penales en atención al sujeto activo, sino que, dada su peculiar configuración se convierten en un verdadero *criterio delimitador de la autoría*. Cuando se indica que un determinado delito es un delito de infracción de deber, se está asumiendo que el criterio a utilizar para concretar la figura del autor es la infracción del deber especial que obliga al sujeto.

22. Así las cosas, lo que *distingue* a los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio –denominación ésta que se refiere a la alternativa clasificatoria en este ámbito de concreción- no es una mera cuestión clasificatoria en atención al sujeto activo, como sucedía en el binomio delito especial/delito común, sino que la diferencia reside en que ambos constituyen criterios de determinación de la autoría absolutamente dispares: infracción del deber para los delitos de infracción de deber y dominio del hecho para los delitos de dominio.

22.1. En definitiva, la clasificación de un tipo penal como delito especial o común, o como delito de infracción de deber o delito de dominio, se situaría en *planos diferenciados*. La primera alternativa haría referencia a una clasificación en atención al sujeto activo. En cambio, la opción de calificar un tipo penal como delito de infracción de deber o de dominio evidenciaría la necesidad de adoptar un específico criterio de

determinación de la autoría para los delitos así catalogados. De este modo, delitos especiales y delitos de infracción de deber podrían tener un nexo común si se aceptara que en algunos delitos especiales el criterio de determinación de la autoría debe ser la infracción de un deber.

22.2. Por el contrario, si en algunos delitos especiales se considerara preferente otro criterio de delimitación de la autoría distinto a la infracción del deber, ambas clasificaciones no convergerían. En estos casos nos hallaríamos ante delitos especiales cuya calificación como delitos de infracción del deber no sería factible. Ahora bien, también podría darse el caso de delitos de infracción del deber que no puedan ser calificados de delitos especiales, esto es, delitos en los que el criterio delimitador de la autoría deba ser la infracción del deber, pero que no puedan ser precisados como delitos con restricciones en sede de autoría desde la perspectiva de los delitos especiales.

23. Tal y como han sido planteadas ambas concepciones de los delitos de infracción de deber, bien podrían ser, en principio, aplicables en aquellos delitos en los que el sujeto activo se circunscribe al administrador de hecho o de derecho. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos en los que también existen restricciones en sede de autoría, parece ser que los delitos societarios pueden ser catalogados como verdaderos *Pflichtdelikten* —en la concepción de ROXIN— o bien

como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” – atendiendo a la construcción de JAKOBS-.

23.1. En el primer caso, desde la teoría de los *Pflichtdelikte* los delitos societarios –cuanto menos el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) habida cuenta de la similitud con la figura delictiva recogida en el StGB- podían ser calificados como delitos de infracción de deber. La existencia de un deber extrapenal que obligaba únicamente al sujeto especialmente cualificado (administrador) a velar por el patrimonio ajeno (deber de administrar diligentemente) así lo propicia.

23.2. Atendiendo a la segunda de las construcciones dogmáticas estudiadas, parece deducirse de las distintas argumentaciones y ejemplos propuestos, que las relaciones entre individuos basadas en una especial confianza son entendidas por JAKOBS como una verdadera institución positiva. No parece descabellado entender que la calificación de administrador obedece a una relación de estas características (especial confianza), lo que permitiría calificar los delitos cuyo sujeto activo se concreta en esta figura como delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*”.

23.3. En cualquier caso, atendiendo a una u otra teoría de los delitos de infracción de deber, la principal **consecuencia** que debiera asumirse es idéntica: el sujeto especialmente cualificado, es decir, el **administrador**

de hecho o de derecho será, en todo caso, *autor* del delito en cuestión. En lo esencial, tal afirmación es *absolutamente compartible*, no sólo porque también atendiendo a la clasificación entre delito común/ delito especial deba llegarse a la misma conclusión sino, sobre todo, porque desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor sólo el sujeto especialmente cualificado puede ser autor de un delito que exija tales características en sede de autoría.

23.4. Tampoco puede obviarse que el administrador de hecho o de derecho ostenta, en principio, un *especial deber* de diligencia con respecto al patrimonio que administra, deber que obviamente no alcanza a terceros que no puedan ser calificados como tales. En definitiva, puede predicarse de la figura del administrador una especial cercanía con el patrimonio administrado, extremo que le permite únicamente a él, o a él con más facilidad que a otros, lesionar el bien jurídico en juego. Pues bien, todas estas afirmaciones, hasta cierto punto obvias, recogen simplemente una *delimitación* palmaria y, si se quiere meramente *formal*, del círculo de autores por parte del legislador en algunos tipos penales. Esta restricción no se le escapa a las teorías de la infracción de un deber, que es recogida en toda su extensión y, por ello, en este punto, sus conclusiones deben ser, necesariamente, compartidas.

23.5. No obstante, lo que *no* puede –en mi opinión– ser *admitido* es el *criterio* a través del cual se va a determinar la responsabilidad a título

de autor del sujeto especialmente cualificado, cual es, *la mera infracción del deber* –que recuérdese en el caso de los *Pflichtdelikte* (ROXIN) era un criterio que determinaba la autoría, pero en el caso de los delitos de “*responsabilidad por competencia institucional*” (JAKOBS) constituye incluso el fundamento del injusto-. Lo que se *rechaza* es, precisamente, la *esencia* que particulariza a los delitos de infracción de deber y que, a su vez, los sitúa en planos absolutamente diferenciados a la distinción entre delitos especiales y delitos comunes.

23.6. En efecto, atender a la infracción del deber como único criterio que delimite, cuanto menos, la autoría, por bien que garantice el respeto a la legalidad en esta sede, no atiende a los requisitos que en el ámbito de la *conducta típica* establece el delito en cuestión. Todo ello porque, recuérdese, cualquier “causar” infractor del deber puede ser tildado como suficiente para imputar el delito a título de autoría al sujeto especialmente cualificado. Es cierto que el legislador, por unas u otras razones, delimita el círculo de posibles sujetos activos en algunos delitos, pero también lo es que en atención al mandato de certeza y determinación delimita además la conducta que se entiende jurídico-penalmente relevante.

23.7. Los sujetos que por su especial cualificación tienen acceso al bien jurídico protegido, o mayor facilidad de acceso al mismo, deben responder de la lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico de una manera muy concreta: a través de una conducta que cumpla los requisitos

típicos establecidos (objetivos y subjetivos), ya sea realizada por él mismo o través de otro sujeto al que utilizan como instrumento.

23.8. Por el contrario, una supuesta lesión o puesta en peligro del bien jurídico sobre el que se tiene un especial deber de salvaguarda, pero realizada ésta de modo no acorde con la descripción típica debe, necesariamente, ser atípica. En definitiva no se acepta, desde la perspectiva de este trabajo, una consecuencia prácticamente inevitable de las teorías (puras) de los delitos de infracción de deber: una ***responsabilidad quasi objetiva*** –responsabilidad por el cargo si se quiere- del sujeto especialmente obligado.

24. En mi opinión, la ***sustitución*** total de los criterios del dominio del hecho por los de titularidad del deber ***no*** es adecuada para la determinación de la autoría y participación en aquellos delitos que presentan especiales restricciones en sede de autoría y, en especial, para aquellos cuyo sujeto activo resulta ser el administrador de hecho o de derecho. El *quantum* –en palabras de JAKOBS- que aporta el criterio del dominio deviene indispensable, bajo mi punto de vista, para delimitar los casos de coautoría y participación de *intraneus*.

25. Desde la opinión aquí mantenida, es necesario, en primer lugar, distinguir entre autores y partícipes, no sólo en el caso de que concurren *intraneus* y *extraneus* –lo cual es absolutamente inevitable habida cuenta

de la imposibilidad del *extraneus* de ser autor en estos delitos- , sino muy particularmente cuando todos los intervinientes sean sujetos especialmente cualificados. Para hacer posible esta distinción y, garantizar de este modo un absoluto respeto a las normas legales que describen delitos con especiales restricciones en sede de autoría, el ***criterio del dominio*** deviene un aspecto esencial para determinar en qué términos y bajo qué título debe imputársele a cada uno su conducta.

26. Por todo lo anteriormente expuesto, ***no*** me parece de recibo ***aceptar*** la ***denominación*** de “***delitos de infracción de deber***” para aquellos delitos cuyo círculo de posibles sujetos activos se reduce a la figura del administrador de hecho o de derecho, ni en general para aquellos tipos que presentan especiales restricciones en sede de autoría. Con esto quiero poner de manifiesto que utilizar la nomenclatura delitos de infracción de deber lleva implícitas una serie de consecuencias que, salvo aclaración en contra, son asumidas en la medida en que se califica un delito como tal.

27. Descartada esta calificación conceptual, entiendo ***preferible denominar*** a esta constelación delictiva ***delitos especiales***. Este concepto recoge, como ya se ha dicho, la idea de una restricción en sede de autoría patente en algunos tipos delictivos, extremo que casa perfectamente con lo que sucede en aquellos delitos cuyo sujeto activo se circunscribe a la figura del administrador. Bajo mi punto de vista, calificar así estos delitos

permite situarlos correctamente en una categoría dogmática que recoge una característica común a numerosos delitos: el hecho de que el sujeto activo de los mismos no puede ser cualquiera. Esta afirmación no implica, por el contrario, que todos ellos deban obedecer a idéntico fundamento, siendo factible una subcategorización que los particularice atendiendo a las diferencias que cada uno de ellos presenta.

28. Ante las posturas claramente diferenciadoras y carentes de unidad sistemática en sede de autoría como son las construcciones dogmáticas basadas en la infracción de un deber, surgen intentos en la doctrina, por retomar dicha unidad. Este esfuerzo unificador se ha realizado desde muy diversas posturas. Algunas de ellas lo han hecho procurando aunar el criterio del dominio y del deber en la delimitación de la autoría de los delitos con especiales restricciones en este ámbito. Otras, por el contrario, optando por un único criterio normativo que, gracias a su flexibilidad, sea válido en la determinación de la autoría de cualquier constelación delictiva.

28.1. Esta postura se ve claramente en la teoría del “*dominio sobre el fundamento del resultado*” acuñada por SCHÜNEMANN. En efecto, es el propio autor el que pone de relieve que dicho criterio nace con vocación de *aplicación general*, es decir, para delimitar la figura del autor en cualquier tipo delictivo. Para ello, le resulta imprescindible concebir el “dominio sobre el fundamento del resultado” como un nexo

común o *supraconcepto* que englobe lo que el define como “dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico” y “dominio sobre una causa esencial del resultado”. Criterios éstos que se adecuarán en cada momento a las necesidades de cada uno de los tipos penales en lo que a la determinación de la autoría se refiere.

28.2. Si bien creo que puede afirmarse que SCHÜNEMANN consigue la tan deseada unidad sistemática en torno a los criterios delimitadores de la autoría bajo mi punto de vista *no* puede decirse lo mismo de la teoría del “dominio social” defendida por GRACIA MARTÍN. Tal y como el propio autor reconoce, este criterio no puede ser aplicado a la totalidad de los delitos recogidos en la Parte Especial, es decir, no todos pueden definirse como delitos de dominio social.

28.3. De este modo, GRACIA MARTÍN asume la coexistencia de más de un criterio delimitador de la autoría, siendo el dominio del hecho un concepto residual útil para aquellos delitos no susceptibles de ser calificados como de dominio social y que, por definición, no podrán albergar una “actuación en lugar de otro”. Esto pone de manifiesto, a mi juicio, la inexistencia en la formulación de GRACIA MARTÍN de un *supraconcepto* que pueda englobar ambas formas de dominio, sin restar importancia y valía a su teoría en la que se le da una especial relevancia a la lesionabilidad del bien jurídico, extremo que me parece altamente compatible.

30. Una de las aportaciones más destacables de estas teorías es, sin duda, la importancia otorgada a la relación entre la *autoría* y la posibilidad de *acceso al bien jurídico* protegido. Este criterio es, en mi opinión, no sólo esencial en lo relativo a los delitos especiales, sino también en los delitos comunes. De todos es sabido, que el Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”. Así las cosas, se afirma que el Derecho Penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”.

30.1. Por todo ello, la intervención penal se justifica por su función de *protección* de la sociedad mediante la evitación de lesiones o puestas en peligro de dichos bienes jurídicos, en concreto, de aquellos que merezcan ser calificados como bienes jurídicos-penales. Si, tal y como se ha dicho, se pretende evitar la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos, parece obvio que deba castigarse únicamente a aquellos sujetos que ostenten la posibilidad de lesionarlos o ponerlos en peligro, en definitiva, a aquellos sujetos con posibilidad de acceso al bien jurídico.

30.2. Esta posibilidad de acceso es, en ocasiones, factible para cualquier sujeto, es el caso de los delitos comunes. En efecto, en determinados tipos penales la posibilidad de lesionar o poner en peligro

el bien jurídico protegido es ostentada por cualquiera, por eso el legislador no establece limitación alguna del círculo de posibles sujetos activos –ni de manera expresa ni a través de la descripción de la conducta típica-. Ahora bien, existen otra clase de delitos en los que sólo determinados sujetos, o ellos de manera especialmente peligrosa, pueden lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico. Precisamente por este motivo, el círculo de posibles sujetos activos en esta constelación delictiva queda restringido a los que de este modo, especialmente peligroso, pueden actuar, esto es, sujetos que reúnen determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Es el caso, obviamente, de los delitos especiales.

31. Ahora bien, la posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que el tipo penal pretende proteger, debe verse como un criterio *necesario pero no suficiente* para la determinación de la autoría. Ello significa, también en el caso de los delitos especiales, que dicha posibilidad de lesión o puesta en peligro no debe existir sólo formalmente, sino que debe ser *materialmente* factible.

31.1. No basta, pues, con ostentar un determinado *status* o condición para ser calificado como autor de un delito especial sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta *función*. A través de la realización efectiva de esta función, el *intraneus* debe controlar el *ámbito de responsabilidad* que de él *depende* y en el que está

implicado el bien jurídico protegido. Únicamente de este modo se evitará la posibilidad de castigar como autor a quien ostente, sólo de manera formal, el *status* exigido por el tipo.

31.2. Ante estas cuestiones puede afirmarse que el principal criterio al que debe atenderse para determinar la relación de pertenencia entre el hecho y el autor es, precisamente, el ***acceso (posibilidad de acceso) al bien jurídico protegido*** por parte del sujeto al que objetiva y subjetivamente puede imputársele el hecho en cuestión. Este será, por tanto, el primer ***indicio*** a través del cual emprender el estudio acerca de la existencia o no de relación de autoría, es decir, relación de pertenencia entre hecho y autor.

32. En los denominados ***delitos comunes***, el acceso al bien jurídico no resta limitado a sujetos especialmente cualificados. En esta constelación delictiva cualquiera está en disposición de acceder al ámbito donde se encuentra insito el bien jurídico que la norma pretende proteger a través de la tipificación del delito. Este motivo puede ser entendido como una de las razones por las cuales el legislador no establece, en estos tipos, limitación alguna en sede de autoría. Sin embargo, ***también*** en esta clase de delitos no basta con un mero acceso formal al bien jurídico protegido, sino que ello debe materializarse en una posibilidad efectiva o material de lesionarlo o ponerlo en peligro.

32.1. Precisamente por este motivo, es decir, por la teórica posición idónea de cualquier sujeto para acceder al bien jurídico, debe buscarse un criterio que permita concretar, de entre todos ellos, aquel del que se puede predicar la pertenencia del hecho jurídico-penalmente relevante. En definitiva se trata de identificar al sujeto al que puede atribuirse el hecho como *suyo*. En estos casos, no me parece desdeñable acudir al criterio del dominio como factor coadyuvante en la delimitación de la autoría. Ahora bien, este dominio debe darse en un ámbito de *responsabilidad* o competencia propia del sujeto pues, sólo de este modo, el *acceso al bien jurídico* de éste se revela como verdaderamente *factible* y deja de ser una posibilidad simplemente teórica.

33. En los *delitos especiales*, en cambio –al menos los que desde la perspectiva de este trabajo interesan particularmente por reducir la autoría a la figura del administrador de hecho o de derecho- el ámbito en el que se halla el bien jurídico protegido por la norma deviene, como ya sabemos, de acceso limitado a aquellos sujetos que ostentan un determinado *status*. En estos casos, podría presumirse que dichos sujetos, precisamente por el dato objetivo de su especial cualificación, controlan el ámbito propio de su responsabilidad. Ahora bien, dicho dato formal no puede, en absoluto, ser suficiente.

33.1. Al igual que sucediera en los delitos comunes, será *imprescindible* la comprobación de que ese supuesto acceso al bien

jurídico protegido pueda materializarse efectivamente. Ello será factible, bajo mi punto de vista, en la medida en que dicho sujeto ejerza realmente una *función* propia de su *status*. De este modo, el dato meramente formal de la especial cualificación del sujeto se ve completado por un *criterio material* que permite afirmar que el sujeto, no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real al mismo, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro por el hecho de ejercer las funciones propias de su *status*.

33.2. La postura expuesta en relación a los criterios que permiten afirmar la pertenencia de un hecho, es decir, la posibilidad de imputar un hecho a un sujeto como *suyo* en el caso de los delitos especiales puede resumirse del siguiente modo: *acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función relevante o esencial en el ámbito de responsabilidad del sujeto*. Ahora bien, como ya se dijo, el criterio del dominio como *quantum* de aportación del sujeto no es en absoluto desechable. Por este motivo, cuando más de un sujeto se halle en la misma posición de idoneidad para poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico – precisamente por ejercer una función relevante en su ámbito de responsabilidad- podrá tenerse en cuenta el criterio del dominio para poder discernir, de entre todos los intervinientes que pueden acceder de igual modo, a cuál de ellos le pertenece el hecho no pudiéndole disputar los demás dicha pertenencia.

33.3. El concepto de pertenencia dota de ***unidad sistemática*** en el ámbito de determinación de la autoría, pues se puede predicar esta relación entre hecho y autor tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. Si bien es cierto que existirían algunas pequeñas diferencias entre ambas constelaciones delictivas, dicho concepto de la pertenencia se define a través de criterios en absoluto contradictorios sino, por el contrario, homogéneos. ***En ambos casos*** se tendrá en cuenta la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido por parte del autor, así como el ámbito de responsabilidad o competencia donde el sujeto ejerce sus funciones.

34. Según lo aquí expuesto, los delitos societarios deben ser calificados como ***delitos especiales***, puesto que el legislador ha querido, expresamente en este caso, restringir el ámbito de posibles sujetos activos. De este modo, el criterio que delimite la autoría en estos supuestos no puede ser otro que el establecido de modo genérico: ***pertenencia del hecho como acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.***

34.1. Los delitos societarios, en la medida en que sólo pueden ser cometidos en su gran mayoría por un administrador son, como ya sabemos, delitos especiales. Es más, habida cuenta de la inexistencia de

un tipo paralelo de posible comisión por cualquier sujeto, en el caso del delito de administración fraudulenta podría precisarse esta afirmación diciendo que estamos ante un *delito especial propio*. Pues bien, como es sabido, en estos casos es absolutamente indispensable identificar quien reúne las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo exige.

34.2. Para ser coherente con la postura mantenida en este trabajo, el concepto de administrador *debe estar* íntimamente ligado a los criterios delimitadores de la autoría establecidos. De este modo, se pretende evitar algunas incongruencias en la construcción del propio concepto de administrador. En efecto, el alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal alejada de los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un determinado delito. Todo ello puesto que, especialmente este concepto, resta ligado al ejercicio de una determinada *función* cuya realización puede afectar al bien jurídico protegido por la norma con independencia de cualquier nombramiento formal. Así las cosas, deben ser los criterios establecidos previamente en la determinación de la autoría los que concreten los contornos de dicho concepto de administrador.

35. Por *administradores de derecho* puede entenderse a aquellos sujetos que, habiendo sido *designados conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente, han aceptado dicha designación y la misma ha sido debidamente inscrita en los oportunos*

registros públicos. Sin embargo, para conocer realmente el alcance de dicha figura deben delimitarse también las funciones básicas atribuidas al órgano de administración.

35.1. Las funciones asignadas a dicho órgano son, fundamentalmente, las de **gestión y representación** de la sociedad, es decir, es el órgano a través del cual la sociedad actúa tanto en la esfera interna, como en el ámbito externo en sus relaciones frente a terceros. Los administradores, por tanto, tienen un amplio margen en sus competencias, pues no sólo poseen facultades de disposición, sino también poder de determinar la política empresarial.

35.2. En el ámbito de la actuación **interna** se ubica la gestión o propiamente administración de la sociedad destinada a la consecución del fin establecido por la sociedad en cuestión. En cambio, la esfera o ámbito **externo** se refiere a las facultades de representación de la sociedad que ostenta el administrador, pudiendo, por tanto, contratar en nombre de aquélla vinculándola con terceros (por ej. arts. 128 y 129 LSA). Como puede observarse, el margen de actuación propio del órgano de administración es sumamente amplio. Ahora bien, en este gran marco de actuación delimitado por el ordenamiento jurídico-mercantil en el que se establecen las directrices de actuación básicas propias de un administrador, la **concreción exacta** de las competencias de este órgano se deja en manos de los **estatutos sociales**.

35.3. A pesar de esta delimitación formal, será exigible, en todo caso, que el sujeto calificado como administrador de derecho ostente materialmente el *acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia*. Así las cosas, reunir las condiciones formal y legalmente exigidas para el cargo de administrador de derecho, podrá ser, a lo sumo, un indicio en lo referente a la autoría de dicho sujeto, pero no una condición suficiente para calificarlo como autor de un delito especial como por ejemplo el delito societario de administración fraudulenta (art. 295 CP).

35.4. En un esfuerzo de síntesis, podría decirse que la obligación de los administradores consiste en desempeñar su cargo persiguiendo los intereses de la sociedad con *diligencia, fidelidad y lealtad*, pues así se deduce de los arts. 127, 127 bis, 127 ter y 127 quáter LSA. Junto a estos deberes tan genéricos no debe olvidarse la existencia de *otros deberes más concretos* perfectamente reconocibles en el actual articulado de la LSA. Tales deberes son la prohibición de utilización del nombre de la sociedad en operaciones propias, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio, la obligación de no intervenir en caso de conflicto de interés, el deber de comunicación de participaciones y cargos en sociedad competidora y de competencia y, finalmente, el deber de secreto.

35.5. Para los casos de incumplimiento de las normas de conducta concretadas en los diferentes deberes por los que viene obligado el administrador, el ordenamiento jurídico-mercantil prevé diferentes vías sancionatorias para los que así actúen. En efecto, tanto la acción social como la acción individual de responsabilidad, son mecanismos que permiten dirimir la responsabilidad del administrador en caso de que se produzca un **daño** a la sociedad por **actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos** o por los realizados **incumpliendo los deberes** inherentes al desempeño del cargo imponiéndoles, a los que así actúan la **obligación de resarcir** a la sociedad.

35.6. El deber que obliga al administrador debe ubicarse, y encontrar acomodo en el posible delito cometido por el administrador. Si se toma como referencia el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) sólo cabe aceptar la existencia de la infracción de un deber al tiempo de la comisión del delito. Aceptado lo anterior, el deber extrapenal sería condición necesaria en la comisión del delito de administración fraudulenta (art. 295 CP) por ser éste un **elemento más del tipo** que forzosamente debe ser cumplido por el autor. Elemento del tipo del mismo modo que lo son las exigencias de la conducta típica, que en su vertiente objetiva requiere de una disposición de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta y que, en la vertiente subjetiva requiere, en todo caso, una conducta dolosa junto al tradicional ánimo de lucro. Ahora bien, **no** será en absoluto **suficiente** la infracción del deber

de diligencia, lealtad y fidelidad, ni siquiera la imputación objetiva y subjetiva de la conducta típica, sino que le será exigible, como a todo sujeto activo de cualquier delito de la Parte Especial, que cumpla con los requisitos establecidos por los criterios delimitadores de la autoría.

35.7. Dicho de otro modo, un sujeto que pueda ser calificado de administrador de derecho únicamente responderá a título de autor en sede penal en la medida en que *real y materialmente* acceda al bien jurídico del delito en cuestión en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de su responsabilidad o competencia cumpliendo, de este modo, con el criterio delimitador de la autoría que se ha concretado como válido en este trabajo. Pues bien, es precisamente esta característica fundamental la que en muchas ocasiones no puede predicarse de un administrador de derecho. En efecto, muchos son los casos en los que puede apreciarse la falta de capacidad material o real de un administrador de derecho para acceder realmente al bien jurídico protegido. Ello será posible en la medida en que el sujeto que cumple los requisitos formales legalmente exigidos, *no* sea, en realidad, el que *ejercita* el *poder* de gestión y administración de la sociedad.

35.8. Podrían, entre otros ejemplos, destacarse los casos de administración a través de *fiduciarios o testaferros*, en los que el administrador formalmente nombrado únicamente ejecuta las decisiones tomadas por otro sujeto o, incluso, se mantiene al margen del negocio sin

participar en la organización de la esfera de actuación de la empresa. En estos casos, el hombre de atrás aparece como el “hombre oculto” y se coloca en una situación, en principio, inalcanzable para el derecho penal. Siguiendo las directrices apuntadas en este trabajo debe afirmarse que dicho sujeto no puede responder penalmente como autor ya que ***no tiene capacidad material para lesionar el bien jurídico*** pues no decide el devenir de la administración y gestión de la empresa que formalmente representa. Por todo ello es ***imposible afirmar la pertenencia del hecho a este sujeto***, que aún cumpliendo con los requisitos formalmente establecidos no juega un papel relevante en el ámbito de competencias y responsabilidad que están asignadas a dicho cargo. No obstante ello, el testaferro podrá ser castigado, en función de las circunstancias concretas como partícipe o, en todo caso, como cooperador necesario.

35.9. Tal y como se ha visto, los administradores de derecho tienen la obligación, legalmente impuesta, de llevar a cabo sus funciones con diligencia, lealtad y fidelidad. Pues bien, es precisamente en la imposición expresa por parte de la Ley de dichas pautas de conducta, de donde algunos autores deducen el principal motivo en el que fundamentar una verdadera ***posición de garante*** del administrador de derecho con respecto al patrimonio social. Si además de estos deberes genéricos recordamos la obligación del administrador de informarse sobre la marcha de la sociedad (art. 127. 2 LSA), pocas dudas ofrece la existencia de una obligación de carácter positivo, esto es, que impone un

comportamiento activo, una auténtica obligación de actuar para evitar la lesión al patrimonio social.

35.10. Sin embargo, quisiera precisar que, bajo mi punto de vista, dicha posición de garante del administrador de derecho –difícilmente rechazable a mi parecer- únicamente puede ser predicada de aquellos sujetos que, además de cumplir con las características formales exigidas por la Ley *ejerzan realmente su función de gestión y administración*. Es decir, que tengan un acceso al bien jurídico protegido precisamente por ejercer las funciones esenciales propias de su ámbito de responsabilidad o competencia; característica ésta que probablemente no se cumpla por aquellos sujetos que actúan como meros testaferros y que, por definición, no ostentan poder alguno de decisión en el devenir de la gestión de la sociedad a la que formalmente representan.

36. Junto a la existencia de la figura del administrador de derecho pueden darse otras situaciones *irregulares*, en las cuales dichas funciones de gestión o propiamente administración no son ejercidas por el sujeto formalmente designado para ello. Se trata, por tanto, de supuestos en los que puede apreciarse, claramente, una *escisión entre titularidad del gobierno de la empresa y el gobierno efectivo de la misma*. Son los casos de administración de hecho.

36.1. Desde el punto de vista jurídico-penal me parece bastante evidente que la interpretación altamente restrictiva que ofrece un sector de la doctrina mercantil no es aceptable, pues es muestra de un formalismo que pretende y debe evitar el Derecho Penal. Este sector del ordenamiento jurídico está destinado a la **protección de bienes jurídicos** y para ello impone, como resultado de la comisión de un hecho objetiva y subjetivamente típico, una pena. Por esta razón, el Derecho Penal no puede anclarse en formalismos que pretenden, entre otras cosas, determinar la validez o no de un negocio jurídico. El Derecho Penal, por el contrario, debe sancionar la conducta del sujeto con **potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico** en juego, potencialidad que no reside exclusivamente en los sujetos formalmente designados para ejercer la función de administrador.

36.2. En cambio, la visión **material** ofrecida por otros autores en la doctrina mercantil entiendo se acomoda mejor a las características propias del Derecho Penal. A mi juicio, la principal nota definitoria de la figura del administrador de hecho debe ser el **ejercicio efectivo de las funciones de gestión y administración**, bien sea **por ellos mismos** o bien **a través de terceros** en quienes influyen decisivamente o a quienes interponen como meros testaferros para evitar ser reconocibles, lo que implicaría, a su vez, la absoluta impunidad de sus actos en sede mercantil y penal.

36.3. Así las cosas, poco importa que dicho sujeto aparezca o no frente a terceros como administrador, o bajo otra apariencia, si puede demostrarse que el artífice de las decisiones acerca de la gestión social son obra suya. Desde esta perspectiva, se aceptaría incluido en el término administrador de hecho no sólo al que hemos denominado *administrador de hecho notorio*, sino también al *administrador de hecho oculto* tanto en el caso de actuar bajo otra apariencia como en los casos en los que permanece en la sombra.

36.4. Entiendo que ello puede defenderse si se acude a los criterios que determinan la autoría y que ya han quedado fijados en este trabajo. Sin obviar que, naturalmente, a dicho sujeto debe serle imputado previamente el hecho objetiva y subjetivamente –primera y segunda línea de imputación- *el que ejerce realmente las funciones de administración*, esto es, el sujeto que tiene la capacidad material y fáctica de llevar a cabo la conducta indicada en el tipo penal, es el que *tiene posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido*. Todo ello porque asume un *status* que le sitúa en una posición cercana y por ende, especialmente peligrosa para dicho bien jurídico. Sentado lo anterior, por *administrador de hecho debe entenderse toda persona que pueda acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia propio, esto es, la de gestión social asumida fácticamente*.

36.5. En la actualidad no debe albergarse duda alguna acerca de los deberes que deben guiar la conducta del administrador de hecho, pues ***expresa y legalmente son los mismos*** que se exigen en el administrador formalmente designado para esta función (art. 133. 2 LSA). Siendo ello así, la responsabilidad en la que incurre el administrador de hecho que no se acoge a las normas de conducta concretadas en los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad, debe ser ***idéntica*** a del administrador de derecho. De este modo, el sujeto que pueda ser calificado como administrador de hecho y actúe en el ejercicio material de las funciones propias de esta figura incumpliendo los deberes señalados por la ley, responderá por el ***daño*** causado, tanto a la propia sociedad, como a los socios o a terceros acreedores, de idéntica manera que el administrador que ostenta un título válido.

36.6. En relación al deber extrapenal del administrador de hecho, si se parte de la definición aquí aceptada de esta figura como toda persona que pueda acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia propio, esto es, la de gestión social asumida fácticamente, el deber que infringe dicho sujeto es, justamente, el inherente al ***cargo*** que ocupa ***materialmente***. Pues bien, si retomamos el ejemplo del delito de administración fraudulenta, sólo cabe concluir que ***el administrador de hecho puede infringir exactamente el mismo deber que el administrador de derecho en lo referente a este tipo*** y, con ello, cumpliría, amén del resto de

circunstancias exigidas, uno de los *elementos típicos* necesarios de este delito.

36.7. De lo expuesto hasta el momento se deriva, en mi opinión, la *equiparación del administrador de hecho al administrador de derecho. Lo indispensable es, a la postre, que el sujeto en cuestión tenga capacidad efectiva y material para llevar a cabo la conducta típica en toda su extensión*, todo ello con independencia del título bajo el que la lleve a cabo.

36.8. Si bien el concepto de administrador de hecho aquí ofrecido puede parecer excesivamente amplio, no debe olvidarse que cada uno de los delitos especiales que contemplen al administrador de hecho como posible sujeto activo marcará las posibilidades que éste tiene de actuación, pues *en función del bien jurídico protegido* en cada uno de ellos, se determinará si el pretendido administrador de hecho es capaz de acceder a él en el ejercicio de una *función* esencial propia de su ámbito de responsabilidad o competencia.

36.9. Siendo el administrador de hecho poseedor de los mismos deberes y de idénticas normas de conducta en el ejercicio de sus funciones que el administrador de derecho, puede afirmarse también para él la *posibilidad de imputarle en comisión por omisión* aquellos delitos en los que la autoría se circunscribe a los administradores. La razón es, a

mi modo de ver, bastante evidente: es la propia Ley la que impone un deber de garante al sujeto que realiza las funciones de administrador cumpliéndose, por ende, una de las principales exigencias del art. 11 CP.

JURISPRUDENCIA CITADA

1) Sentencias del TS

- STS 12-02-1997 (TOL 408338)
- STS 14-05-1998 (RJ Ar. 1998\4424)
- STS 22-05-2000 (RJ Ar. 2000\4899)
- STS 18-11-2000 (TOL 8562)
- STS 29-05-2001 (TOL 279664)
- STS 20-06-2001 (RJ Ar. 2001\7264)
- STS 20-07-2001 (RJ Ar. 2001\7294)
- STS 23-11-2001 (TOL 130178)
- STS 14-09-2002 (TOL 222596)
- STS 23-10-2002 (TOL 226023)
- STS 25-10-2002 (TOL 229864)
- STS 14-01-2003 (RJ Ar. 2003\542)
- STS 7-03-2003 (TOL 265544)
- STS 9-03-2003 (RJ Ar. 2004\2679)
- STS 30-04-2003(RJ Ar. 2003\5202)
- STS 12-05-2003 (TOL 275623)
- STS 20-06-2003 (TOL 305489)

- STS 14-07-2003 (RJ Ar. 2003\6189)
- STS 9-06-2003 (TOL 305439)
- STS 1-10-2003 (TOL 316512)
- STS 31-05-2004 (RJ Ar. 2005\3045)
- STS 19-06-2004 (RJ Ar. 2004\4647)
- STS 26-07-2004 (TOL 483697)
- STS 28-10-2004 (RJ Ar. 2004\7517)
- STS 15-09-2004 (RJ Ar. 2004\7485)
- STS 2-11-2004 (TOL 514624)
- STS 23-11-2004 (RJ Ar. 2005\792)
- STS 14-01-2005 (RJ Ar. 2005\894)
- STS 28-01-2005 (RJ Ar. 2005\1743)
- STS 17-03-2005 (RJ Ar. 2005\4308)
- STS 7-04-2005 (TOL 639160)
- STS 28-06-2005 (TOL 697832)
- STS 7-07-2005 (TOL 703370)
- STS 11-07-2005 (TOL 674664)
- STS 14-07-2005 (TOL 674821)

2) Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP Alicante 29-07-2002 (TOL 214445)
- AAP Castellón 23-09-2002 (TOL 160662)
- SAP Alicante 20-01-2004 (TOL 358837)
- SAP Granada 13-09-2004 (TOL 559006)
- SAP Barcelona 10-01-2005 (TOL 580568)
- SAP Castellón 18-02-2005 (TOL 645199)
- AP Barcelona 21-03-2005 (TOL 631034)
- SAP Burgos 11-04-2005 (TOL 638337)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona 2003.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Madrid 1996.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona 1998.

- “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en delito de administración desleal”, en RDPC (nº extraordinario 1º) 2000, págs. 353 a 363.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.): *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Madrid 1998.

- “La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español”, en LH-Tiedemann, Madrid 1995, págs. 385 a 400.
- “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en CPC (69) 1999, págs. 521 a 536.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el por el producto* (MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA dirs.), Barcelona 1996, págs. 17 a 34.

- “Administración desleal y apropiación indebida”, en LL (5229) 2001, págs. 1 a 11.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial* (vol. II), Madrid 1998.

BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE: *Derecho Penal Económico*, Madrid 2001.

BAUMANN, Jürgen: “Täterschaft und Teilnahme”, en JuS 1963 págs. 51 y ss.

BAUMANN/ WEBER/ MITSCH: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed. Bielefeld 2003.

BLOY, René: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín 1985.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid 1995.

BOLEA BARDON, Carolina: *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia 2000.

- *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona 2004.

BOTTKE, Wilfried: Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?, en *Wistra* (Heft 3) 1991, págs. 81 a 91.

- Empfiehlt es sich, einen Tatbestand der Wirtschaftsschädigung in das Strafgesetzbuch aufzunehmen?, en *Wistra*, (Heft 6) 1991, págs. 201 a 205.
- “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* (SILVA SÁNCHEZ ed.) LH Roxin, Barcelona 1995 (trad. CORCOY BIDASOLO), págs. 309 a 322.

BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil* (vol. I), 11ª ed. Madrid 2002.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: *El tipo Penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona 2002.

CASTRO MORENO, Abraham: *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Madrid 1998.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Penal (Tomo III)*, Madrid 2000.

- *Comentarios al Código Penal (Tomo IX). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (arts. 273 a 304)*, Madrid 2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999.

- “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, págs. 613 a 649.
- *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed. Buenos Aires 2005.

CORCOY BIDASOLO (dir.) /CARDENAL MONTRAVETA/
FERNÁNDEZ BAUTISTA/ GALLEGU SOLER/ GÓMEZ MARTÍN/

HORTAL IBARRA: *Manual práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2004.

CÓDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Tomo I y II), Madrid-Barcelona 2004.

CORTÉS ROSA, Manuel: “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, en ZStW (90) 1978, págs. 413 a 441.

CUERDA RIEZU, Antonio: “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* (SILVA SÁNCHEZ ed.) LH Roxin, Barcelona 1995, págs. 281 a 303.

DEICHMANN, Marco: *Grenzfälle der Sonderstraftat. Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, Berlín 1994.

DÍAZ ECHEGARAY, José: *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid 1995.

- *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid 1997.
- *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona 2002.

- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Navarra 2004.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991.

- “«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal* (SILVA SÁNCHEZ ed.) LH Roxin, Barcelona 1997, págs. 295 a 330.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, en CDJ *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal* (27) 1996, págs. 217 a 255.

EBERT, Udo: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed. Heidelberg 2001.

EIDAM, Gerd: *Unternehmen und Strafe*, 2ª ed. Köln 2001.

EMBED IRUJO, José Miguel (coord.): *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Valencia 2005.

FARALDO CABANA, Patricia: “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en EPC (XIX) 1996, págs. 169 a 201.

- *Los delitos societarios*, Valencia 1996.

- *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia 2000.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia: “Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, págs. 109 a 129.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid 1998.

- *Estudios de Derecho Penal económico*, Madrid 2003.
- “Comentario al art. 295 CP”, en *Comentarios al Código Penal (Tomo IX). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (arts. 273 a 304)*, (COBO DEL ROSAL dir.), Madrid 2005, págs. 571 a 594.

FIANDACA / MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed. (3ª reimpresión), Bolonia 1996.

FREUND, Georg: *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln 1992.

FRISCH, Wolfgang: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del

trabajo” (trad. PAREDES CASTAÑÓN) en, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA dirs.) Barcelona 1996, págs. 99 a 127.

- *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid 2004 (trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO).

FRISCH / ROBLES PLANAS: *Desvalorar e imputar*, Barcelona 2004.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio: “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, págs. 147 a 175.

- *Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras organizadas: delincuencia empresarial* (ejercicio inédito presentado a oposición) Universidad de Barcelona, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona 1999.

- “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, en RDPC (9) 2002, págs. 103 a 140.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1996.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1984 (reimpresión 1987).

- “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, en LL (4237) 1997, págs. 1 a 4.
- “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en LL (4680) 1998, págs. 1 a 4.
- “El dominio del hecho en la autoría. Validez y límites”, en *Estudios Penales*, Madrid 2001, págs. 113 a 136. (igual en ADPCP I 1984).

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Los delitos especiales*, Barcelona 2003 (Tesis doctoral). En la red: <http://www.tdx.cesca.es>

- *Los delitos especiales* (manuscrito inédito cedido por el autor)⁷²⁴

GONZÁLEZ RUS, Juan José: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Problemas de autoría* CDJ (39) 1994, págs. 57 a 133.

⁷²⁴ Las citas referidas a esta obra figuran sin página puesto que no ha sido posible contar con la obra maquetada para ser publicada.

GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal (I) Teoría general*, Zaragoza 1985.

- *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal (II). Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza 1986.
- “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro”, en LH Tiedemann, Madrid 1995, págs. 81 a 124.

GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Berlín 2001.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia 2001.

HEINE, Günter: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada 1996.

- “Imputación objetiva versus dominio del hecho”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, LH Cerezo Mir, Madrid 2002, págs. 735 a 762.

HERZBERG, Rolf Dietrich: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín 1972.

- “Die problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht”, en ZStW 1976, págs. 75 y ss.
- *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München 1977.
- “Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, en GA 1991 págs. 145 a 184.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona 2005.

JAKOBS, Günter: *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Madrid 1995.

- *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1996 (trad. CANCIO MELIÀ/ SUÁREZ GONZÁLEZ).
- “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” (trad. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), en *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA dirs.), Barcelona 1996, págs. 75 a 98.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid 1996 (trad. CANCIO MELIÁ/ FEIJÓO SÁNCHEZ).
- *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1997 (trad. PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELIÁ).
- *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Lima 2000 (trad. CANCIO MELIÁ/ FEIJÓO SÁNCHEZ/ PEÑARANDA RAMOS/ SANCINETTI/ SUÁREZ GONZÁLEZ).

JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel: *Conferencias sobre temas penales*, Buenos Aires 2000.

JESCHECK/ WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (OLMEDO CARDENETE trad.), 5ª ed. Granada 2002.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed. Barcelona 2003.

JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del CP: grupos de casos y tratamiento jurisprudencial*, Barcelona 1999.

KIENAPFEL, Diethelm: *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1971.

- *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. Wien 1997.

KINDHÄUSER, Urs : *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1ª ed. Baden-Baden 2005.

KÜHL, Kristian : *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed. München 2002.

LANGER, Winrich : *Das Sonderverbrechen*, Berlín 1972.

LLEBOT MAJÓ, José Oriol : *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel: “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (Comentario a la STS 27-1-1984)”, en *Derecho Penal de la Circulación*, Barcelona 1985 págs. 83 a 106.

- “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado” en ADPCP (III) 1989, págs. 889 a 913.
- *Estudios Penales*, Barcelona 1991.
- *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Madrid 1996.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B.: *Criminalidad de Empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia 2002.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: “El delito societario de administración fraudulenta”, en EPC (XVII), 1994, págs. 262 a 352.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *El delito societario de administración desleal*, Valencia 2001.

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2ªed., Valencia 2005.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: “El delito societario de administración fraudulenta”, EPC (XVII) 1994.

MARTÍNEZ SÁNZ, Fernando: “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en *La responsabilidad de los administradores* (ROJO/BELTRÁN coords.), Valencia 2005, págs. 55 a 81.

MATA y MARTÍN, Ricardo: “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en RdS (5) 1996, págs. 164 a 176.

- “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, en *Empresa y Derecho Penal(I)* CDJ 1998, págs. 337 a 407.

MAYO CALDERÓN, Belén: *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de lege ferenda*, Granada 2005.

MIR PUIG, Santiago: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, en EPC (XIV) 1991 págs. 202 a 215.

- *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994.
- “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, Madrid 2001, págs. 389 a 408.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires 2002.
- *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona 2004.

MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA (coords.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona 1996.

MORILLAS JARILLO, Mª José: *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid 2002.

MÜLLER-GUGENBER/ BIENECK (dir.): *Wirtschafts-Strafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und- Ordnungswidrigkeitenrechts*, 3ª ed. Münster – Köln 2000.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Valencia 2004.

NIETO MARTÍN, Adán: *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996.

NOLTENIUS, Bettina: *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Frankfurt am Main 2003.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena: *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia 2000.

OTTO, Harro: “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, en Jura, 1985, págs. 246 y ss.

- *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed. Berlin 2004.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid 1990.

PERDICES HUETOS, Antonio: “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY dir.), Pamplona 2002, págs. 131 a 146.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada 1998.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de atribución*, Barcelona 1997.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid 1999.

PIZARRO BELEZA, Teresa: “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* (SILVA SÁNCHEZ ed.) LH Roxin, Barcelona 1995 (trad. FELIP I SABORIT), págs. 337 a 350.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4ª ed., Barcelona 2002.

- “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en CDJ *Derecho Penal económico* (II) 2003, págs. 41 a 85.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Valladolid 1985.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Navarra 2002.

RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia 2000.

RANSIEK, Andreas: *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassunsrecht, Regelungsalternativen*, Heidelberg 1996.

ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid – Barcelona 2003.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid 1997.

- “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, en RDPC (nº extraordinario 1º) 2000, págs. 171 a 197.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en CÓRDOBA RODA /
RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal español I*,
Artículos 1 – 22, Barcelona 1972.

ROJO/ BELTRÁN (coords.): *La responsabilidad de los administradores*,
Valencia 2005.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *Los delitos societarios en el Código
Penal de 1995*, Valencia 1998.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*,
Granada 2002.

ROXIN, Claus: “Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht”, en
JZ, 1966, págs. 293 y ss.

- *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona 1972 (trad.
MUÑOZ CONDE).
- *Leipziger Kommentar*, 11ª ed. Berlín 1994, § 25 – 27 y § 28 – 32.
- Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten
Kriminalität, en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999,
págs. 549 a 561.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 6ª ed., Madrid-Barcelona 1998 (Traducción de la 6ª ed. 1994 CUELLO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO).
- *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Madrid-Barcelona 2000 (Traducción de la 7ª ed. 1999 CUELLO CONTRERAS/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO).
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.

RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles: “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, en RDPC 2ª época (8) 2001, págs. 127 a 165.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona 1996.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 27ª ed. Madrid 2005.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid 2005.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1998.

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona 2002 (versión traducida y ampliada por el mismo autor de

su obra *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1998).

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada 2004.

SCHLÖSSER, Jan: *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage de Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlín 2004.

SCHMIDT, Eberhard: “Die Mittelbare Täterschaft”, en FS-Frank (II), 1930, págs. 106 a 133.

SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafrechtlichen Gutachtens*, 4ª ed. Bremen 2005.

SCHUMANN, Heribert: *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, Berlín 1979.

- *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr - Tübingen 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtliche Methodenlehre*, Göttingen 1971.

- *Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln 1979.
- “Die Bedeutung der "Besonderen persönliche Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer und Vertreterhaftung” (1. Teil), en *Jura* (Heft 7) 1980, págs. 354 a 583.
- “Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, en *Wistra* (Heft 2) 1982, págs. 41 a 50.
- “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”, en *GA*, 1985, págs. 341 a 380.
- “Prevención de riesgos laborales” (trad. SACHER/ BOLEA BARDON), en *La política criminal en Europa* (MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO dir.), Barcelona 2004, págs. 253 a 269.
- “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro” (trad. SACHER), en *LH a Rodriguez Mourullo*, Pamplona 2005, págs. 981 a 1005.

SILVA CASTAÑO, M^a Luisa: *Delito de apropiación indebida y la administración de dinero ajeno*, Madrid 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en CDJ *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, págs. 9 a 58.

- *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997.
- “La «cláusula del actuar en lugar de otro» en el Código Penal español”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires 1998, págs. 175 ss.
- “Comentario al art. 31 CP”, en *Comentarios al Código Penal (Vol. III)* (COBO DEL ROSAL dir.), Madrid 2000, págs. 369 a 414.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Derecho Penal Económico CGPJ* (14) 2001, págs. 307 a 363.

STEIN, Ulrich: *Die Strafrechtliche Beteiligungsformlehre*, Berlín 1986.

STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed. Köln 2000.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, en SILVA SÁNCHEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *La*

dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública, Lima 2001, págs. 149 y ss.

- “Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en *Derecho Penal de la Empresa* (CORCOY BIDASOLO dir.) Pamplona 2002, págs. 209 a 218.

TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Derecho Penal de la empresa*, Madrid 1995.

TIEDEMANN, Klaus: “Die strafrechtliche Vertreter un Unternehmenshaftung”, en NJW (Heft 30) 1986, págs. 1842 a 1846.

TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Wien 1994.

URBAN, Carolin: *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen 2004.

VICENT CHULIÀ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª ed. Valencia 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás (Coord): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996.

VOGEL, Joachim: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1992.

WAGNER, Heinz: *Amtsverbrechen*, Berlín 1975.

WESSELS/ BEULKE : *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 34ª ed. Heidelberg 2004.

WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed. Berlín 1969.

WITTECK, Lars: *Der Betreiber im Umweltstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten*, Gießen 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal. Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos*, 3ª ed. Valencia 1993.

- “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal”, LH-Valle Muñiz, Pamplona 2001, págs. 885 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ PÉREZ ALONSO (coord.): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Valencia 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed Pamplona 2003.