



Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación

Ana Isabel Pérez Cepeda

Profesora Titular de la Universidad de La Rioja

I. Introducción

Un fenómeno inherente a la globalización de la economía ha sido el desarrollo de la delincuencia organizada, lo que representa un grave e inminente peligro para los sistemas de organización social, política y economía vigentes. La acumulación económica se ha convertido en una "fuente" de nuevas y específicas formas de criminalidad organizada, que traspasa las fronteras de los Estados nacionales, brindando a su vez mayores oportunidades para regularizar beneficios ilícitos, por lo que cada vez es más frecuente que la criminalidad organizada entre en el sistema económico, comportándose como un auténtico actor económico¹. Aunque la criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada industrial, siendo los sectores comerciales más usuales la producción y distribución de estupefacientes, el blanqueo de capitales, el tráfico ilegal de personas, etc.²: También es verdad que, la tendencia actual de las organizaciones criminales es que evolucionan hacia empresas duales que llevan a cabo, al mismo tiempo, actividades ilegales pero también legales. De este modo, se ha visto superado el concepto inicial de criminalidad de empresa, que partía de la inserción de conductas ilícitas en el contexto de una actividad y de una política de empresa por lo demás lícita. Por todo ello, la criminalidad de em-

presa se ha convertido en un fenómeno actual de nuestro tiempo que pone a prueba el sistema dogmático penal garantista. Ante la gravedad del problema y las dificultades de prueba un sector doctrinal opta porque las garantías cedan en aras de la salvaguarda social. Incluso, cada vez más con mayor énfasis se defiende la responsabilidad penal de la organización empresarial misma³. Esta última cuestión la dejaremos de lado, en la medida en que, con independencia de la solución que se adopte, siempre que sea posible se deberá imputar el hecho delictivo a los individuos que al amparo de la persona jurídica cometen tales actos. Razón por la que he decidido centrar el estudio en los problemas especiales que plantea la determinación del título de imputación de cada una de las contribuciones realizadas por los intervinientes, en el contexto de un plan común, para la comisión de un delito a través de una empresa.

Las estructuras básicas de imputación a título de autor o partícipe pasan por analizar la intervención de una pluralidad de personas en un hecho delictivo, teniendo como elemento característico en la criminalidad de empresa el progresivo alejamiento de la atribución de responsabilidad del hecho de la ejecución material. Normalmente, los dirigentes de la empresa, que permiten, deciden y ordenan la práctica de delitos, no llegan a tomar parte activa en su ejecución. La doctrina,

1. Vid., E. ANARTE BORRALLO, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Eds. FERRÉ/ANARTE), Universidad de Huelva, 1999, pág. 46. En el mismo sentido, L. FOFFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", en *Revista Penal*, nº 7. Enero 2001, págs. 57 y ss. En nuestros días, como ha señalado L. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, "Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas", en *Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI de la AIDP en Bucarest*. Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 1999, pág. 60, se trata de un hecho constatado que la criminalidad organizada necesita de empresas para los diferentes ciclos del delito: comisión de delitos (p. ej. societarios), o su encubrimiento (p. ej. blanqueo de dinero); o bien, para la financiación de la comisión del delito (p. ej. los casos de creación y utilización de empresas para financiar el terrorismo).

2. Vid., W. BOTKE, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, nº 2, julio 1998, pág. 2.

3. Vid., entre otros, L. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2001, quien siguiendo las teorías de LAMPE Y HEINE, defiende la responsabilidad de las personas jurídicas con base en un dominio funcional, sistémico de la organización.

con el fin de identificar a los verdaderos culpables e imputar la responsabilidad de todos aquellos que de alguna forma intervienen en la comisión de un delito realizado a través de una empresa, ha desarrollado dos tesis: la primera, la tesis tradicional o determinación de la responsabilidad de abajo hacia arriba, parte del sujeto que ejecuta inmediatamente el hecho delictivo, para después con las reglas clásicas de la imputación penetrar en el esquema jerarquizado de la empresa hasta determinar la responsabilidad de aquellos que integran los órganos de dirección de la empresa. La segunda tesis o determinación de la responsabilidad de arriba hacia abajo, examina, inicialmente, la responsabilidad del superior o superiores sobre la base de que en numerosas ocasiones los sujetos que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, aunque realizan materialmente la conducta típica, no son responsables criminalmente. Entre las razones que se han argumentado para avalar esta segunda tesis son, por una parte, que político-criminalmente se debe castigar y perseguir a los verdaderos responsables del hecho punible, es decir, a quienes trazan el plan delictivo común para la comisión de un hecho delictivo, por la otra, la falta de efectividad preventiva de las normas penales cuando se castiga penalmente al ejecutor inmediato del hecho, situado en el escalón más bajo de la jerarquía⁴.

Destacar que, cuando se trata de determinar la responsabilidad del ejecutor material e inmediato de hecho, situado en los escalones más bajos de la jerarquía, así como la del superior a título de autor o partícipe, siguiendo la tesis tradicional, podemos plantearnos la posibilidad de aplicar las tesis de delincuencia organizada a la criminalidad de empresa, siempre y cuando las excepciones o adaptaciones propuestas de la teoría de la autoría y participación en la delincuencia organizada sean aplicables al ámbito empresarial. Ello, nos lleva a profundizar en nuestro estudio sobre la alternativa de determinar criterios comunes de asignación de responsabilidad en las estructuras jerár-

quicas, que normalmente presenta cualquier organización delictiva y empresarial.

No obstante, a pesar de resultar evidente no sólo las similitudes sino también la osmosis existente entre la criminalidad de empresa y la criminalidad organizada⁵, se trata de dos tipos de delincuencia que presentan problemas dogmáticos comunes, aunque tienen un cariz diferente. En principio, para evitar excesivas generalizaciones no parece conveniente que exista un tratamiento único, sino que surge la necesidad de realizar una serie de matices dependiendo del ámbito en el que se desarrolle la actividad delictiva. Por ende, no debemos olvidar que, en la organización criminal empresarial, presenta problemas específicos, dado que habitualmente el plan delictivo común parte de una decisión adoptada por un órgano colegial —el Consejo de Administración— y existe una delegación de competencias. Estos fenómenos, aunque pueden presentarse también en la criminalidad estatal —el Consejo de Ministros— y organizaciones complejas, no suelen ser característicos del resto de la delincuencia organizada. También aparecen problemas particulares en la atribución de responsabilidad penal de los delitos cometidos a través de una organización empresarial, puesto que éstas se estructuran en el plano horizontal a través de la división del trabajo y en el plano vertical se apoya en el principio de jerarquía⁶. Precisamente, en el plano vertical, que existe en cualquier organización jerárquica (empresarial o no), por el desplazamiento de las estructuras, no sólo surgen cuestiones acerca de si junto a la responsabilidad del ejecutor directo del delito (subordinado) deben responder penalmente el superior o superiores, sino también, si estos últimos en la empresa quedan exonerados de pena o no cuando, en su caso, hubiera habido una delegación de competencias. Ahora bien, cualquier intervención de varias personas ordenada jerárquicamente en la comisión de un hecho delictivo, cuando la conducta delictiva del subordinado se debe a que ha recibido una orden o instrucción,

4. B. SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas", ADPCP, 1988, pág. 531, nos ofrece las siguientes razones, la primera de ellas atiende a que debido a la división del trabajo y la insuficiente información que poseen del funcionamiento de global de la empresa, el ejecutor material del hecho no se percata plenamente del alcance de las consecuencias derivadas de su acción; la segunda razón obedece a la poca resistencia que pueden poner los sujetos subordinados frente a una "actitud criminal de grupo"; la tercera razón estriba en la circunstancia de que los miembros situados en los escalones más bajos son eminentemente fungibles, lo que provoca que la motivación de la norma penal sólo puede tener una efectividad limitada.

5. La criminalidad organizada aglutina a diferentes tipos que van desde las organizaciones criminales con ánimo de lucro hasta organizaciones con fines políticos subversivos, pudiéndose constatar en los últimos tiempos el fenómeno de la criminalidad organizado es por naturaleza económica y de la criminalidad económica es cada vez más organizada. En este sentido, vid., L. FOFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", op. cit., pág. 56.

6. Vid., entre otros, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 193.

tiene como presupuesto el análisis de la posible exención de responsabilidad penal, conforme a las teorías de la justificación y la exculpación⁷.

El presente trabajo trata de abordar estas cuestiones, no sin antes exponer previamente los problemas específicos que en la criminalidad de empresa aparecen cuando se pretende determinar la responsabilidad penal omisiva atribuible al órgano directivo por el comportamiento de sus subordinados y a la hora de individualizar la responsabilidad de cada miembro del órgano de dirección cuando el plan delictivo parte del mismo.

II. Primer nivel de responsabilidades

a) El plan delictivo común parte de una decisión adoptada por el órgano colegial⁸

El tema de la atribución de hechos delictivos realizados en el marco de la actividad empresarial plantea una serie de cuestiones dogmáticas penales, cuando se trata de determinar la responsabilidad penal a partir de lo que cada interviniente ha realizado u omitido en el contexto de un plan común. Normalmente, será de un órgano de dirección de una empresa, con facultades de organización y delegación, de donde parta el plan delictivo común para lesionar un bien jurídico en el seno una empresa. Los primeros esfuerzos doctrinales pretenden abordar dificultades de prueba que en la práctica presenta la individualización de la responsabilidad penal, cuando el delito ha sido cometido mediante un consejo de administración. En esta línea, RENDE formuló el delito colegial como categoría autónoma, quien estima que dicho delito es el realizado, no por personas que se unen con el propósito de ejecutar delitos, sino por personas constituidas por la Ley en Junta, como órgano de una persona jurídica, pública o privada, que cometen uno o más delitos en el ejercicio de sus funciones⁹. El propio autor de esta tesis reconoce que, el acto colegial no puede constituir un haz que aglutine a todos los administradores tratándolos en igualdad de condiciones¹⁰ con independencia de cual ha sido su comportamiento individual en la adopción del acuerdo. En conse-

cuencia, debe excluirse que la naturaleza unitaria del acto colegial signifique la responsabilidad penal para todos los componentes del colegio; la responsabilidad de unos no condiciona la responsabilidad de los otros, pudiendo desaparecer por completo en determinados casos. Esto, nos lleva a afirmar que, resulta necesario una indagación acerca de la responsabilidad individual de cada miembro del consejo. Entre otras razones para evitar las contradicciones en la que incurren los defensores del delito colegial, debido a que no se puede hablar de mayoría absoluta y relativa, como requisito suficiente para conformar la voluntad colectiva, y de prueba liberatoria, entendida como manifestación que exime de responsabilidad (salvar el voto disidente), porque ambas circunstancias están contradiciendo la afirmación del principio de colegialidad, cuya principal consecuencia, como sabemos, es la responsabilidad indiscriminada y general para todos los miembros del consejo. En efecto, en concordancia con la mayoría de la doctrina actual, puede decirse que la teoría del delito colegial no es más que una pretensión absurda de convertir a un conjunto de sujetos activos, que participan en un mismo hecho delictivo, en un sujeto colectivo o global, atribuyéndoles una personalidad unitaria real.

En la misma línea está ANTOLISEI que, como sabemos, formuló la denominada teoría de la asociación criminal. Esta teoría logra superar los problemas relativos a la imputación individual del injusto a cada administrador. Pero, está insertada también dentro de un concepto unitario de autor, al negar la diferenciación entre contribuciones principales e independientes, constitutivas de autoría y las contribuciones accesorias y dependientes, constitutivas de participación. Entiende que, la acción realizada por cada partícipe no pertenece a cada sujeto individualmente sino que todas las aportaciones son partes de una única operación, es decir, pertenecen a todos y cada uno de los miembros de esta asociación. Por ello, no sólo es autor del delito aquél sujeto que realiza la acción sino todos los miembros del *socius sceleris*¹¹. Puede observarse cómo esta teoría utiliza criterios funcionales para delimitar el ámbito de la autoría,

7. Cuestiones que han sido puestas de relieve por K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", en *Revista Penal*, enero de 2000, nº 5, pág. 91.

8. Vid., más ampliamente, A. I. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades, Criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 283 y ss.

9. Así Vid., D. RENDE, «Saggio di una teoría del delito collegiale», *Persiero Guiridico penale*, 1943, pp. 444-445.

10. *Ibidem*.

11. Vid., F. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale. Parte generale*, 13ª edición, revisada y puesta al día por L. Conti, i Milán, 1994, pág. 426.

siendo criticable por no distinguir entre las intervenciones que son principales y las intervenciones que son accesorias en la realización conjunta del hecho delictivo.

En cambio, en sistema penal como el nuestro, esta concepción resulta imposible, en la medida en que la exigencia de responsabilidad debe ser individual y rige un sistema diferenciador entre la autoría y la participación. En el ámbito horizontal, los distintos intervinientes tendrán una determinada responsabilidad y pena, distinta en función de sus características y de la relevancia de sus aportaciones. La adopción de un acuerdo común para delinquir no supone ya la realización del tipo, cuando son varias las personas que intervienen en la comisión del delito. Dicho acuerdo, únicamente, es el cumplimiento de uno de los requisitos que debe cumplir la coautoría, siendo necesario, además, que la contribución aportada por cada interviniente realice conjuntamente el hecho.

Con relación a la responsabilidad en comisión por omisión, la obligación de los administradores, miembros de un órgano colegial, de impedir los delitos que puedan cometer el resto de los administradores del Consejo, no puede justificarse en el ordenamiento penal, donde el respeto al principio de autonomía imposibilita cualquier intento de legitimación de culpa colectiva. Aunque es cierto que, en ocasiones el deber de salvaguarda del bien jurídico es asumido conjuntamente por varios sujetos, nadie tiene la obligación de que los demás traten de evitar un resultado lesivo para el bien jurídico, sino sólo de comportarse él conforme al compromiso adquirido de impedir que un riesgo o un peligro concreto para la empresa, socios o terceros se realice en el resultado. Por ello, el interviniente en el acuerdo que vota en contra, el ausente o, incluso, el que vota en blanco sólo serán responsables si tienen una posición de garante específica. Ahora bien, esto no impide que distingamos entre autor y cómplice, dependiendo de si la no-contención del riesgo, a la que venían obligados, se realiza directamente o sólo colabora a la ejecución del hecho, porque no han participado en la configuración de la voluntad delictiva¹².

Invita a reflexionar la conclusión a la que llega MUÑOZ CONDE, quien plantea que podría aplicarse con reservas la regla que establece el Código respecto a decisiones colegiadas en el ámbito de la Administración pública, esto es, la fórmula de hacer responsables únicamente aquellos que votaron a favor de adoptar un acuerdo o resolución ilícita, aplicable a los delitos urbanísticos (art. 320.2 CP), contra el patrimonio histórico (art. 322.2 CP) y contra el medio ambiente (art. 329.2 CP). A mi entender, esta solución, que simplifica la atribución de responsabilidad individual a los miembros de los órganos colegiales de la Administración pública, no hace más que ratificar las reglas generales de la autoría y participación antes mencionadas, que permiten considerar coautor al sujeto que en un organismo colegiado vote dolosamente en favor de acuerdo delictivo, exonerando de responsabilidad al miembro que votó en contra, se abstuvo o estaba ausente, salvo que pueda imputársele el delito en comisión por omisión, cuando asume un compromiso específico ante un riesgo concreto de impedir que se realice en el resultado.

Por último, conviene precisar que, en aquellos supuestos en que el acuerdo para cometer un delito no llega a ejecutarse, por razones ajenas a la voluntad de los miembros del Consejo de Administración de la empresa, será punible la coautoría mediata o coautoría en grado de tentativa, siempre que el hecho haya sido intentado por al menos uno de los intervinientes en el plan delictivo. También en aquellos delitos de la Parte Especial que expresamente prevean el castigo de la conspiración y la proposición, la simple intervención en la adopción del acuerdo será punible aunque no se haya realizado ningún acto ejecutivo; cuando todos o alguno de los intervinientes en la adopción del mismo prevean realizar conjuntamente el hecho delictivo responderán a título de conspiración, o bien cuando el acuerdo se trata de una orden para que ejecute el hecho delictivo un subordinado, que no intervino en la adopción del mismo y que finalmente no ejecuta, responderán a título de proposición¹³.

12. Vid., más ampliamente al respecto en A. I. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades, Criterios de atribución*, op. cit., 291 y ss.

13. Esta solución, según nuestra legislación vigente, sería acorde con las previsiones de los Estados de la Common Law (conspiracy) y para Francia (association de malfaiteurs), siempre que se mantenga abierta la posibilidad de punición de la Parte Especial. Por el contrario, Italia en el art. 115 del Codice Penale, declara impune la inducción intentada, por tanto, la punición comienza sólo desde el momento en que el hecho ha sido intentado al menos por uno de los intervinientes. K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", op. cit., pág. 94, aboga por una punición más amplia como solución armonizadora en la UE, la posibilidad de castigar la inducción intentada siempre que la tentativa al hecho al que se pretende inducir sea punible.

B) La delegación

Resulta un fenómeno habitual la descentralización y delegación de actuaciones en la vida económica, que modifica las situaciones de competencia de partida. En el Derecho Mercantil permanece un deber de vigilancia no exhaustivo en todos aquellos casos en los que exista una delegación de gestión ordinaria, basado en la obligación de ejercer la administración social, facultades de dirección, programación y coordinación que no pueden ser delegadas. Pero lo que aquí interesa es que en el ámbito de la responsabilidad penal, aun cuando se reconoce, por algún sector de la doctrina¹⁴, con carácter general la posición de garantía de directores de empresa y personas con poder de decisión o de control dentro del poder de la empresa, si existe delegación de funciones y el delito es cometido en contra de la empresa o los socios, no puede afirmarse la relación existente entre los administradores garantes con el peligro porque no era un riesgo previsible, además, delegar funciones, está dentro del riesgo permitido.

En esta línea, algunos autores entienden que se podrá delegar y transferir la posición de garante tanto a un subordinado como a uno de los miembros del Consejo¹⁵. Cabe inferir que, para que la delegación exonere de responsabilidad penal, se ha de tener en cuenta una serie de exigencias formales: la jurisprudencia italiana requiere una cierta dimensión de la empresa y una complejidad de su organización, así como, la jurisprudencia francesa exige que sea suficientemente cierta, para lo que es necesario que se acompañe de un mínimo de publicidad¹⁶. Por ende, la delegación quedaría excluida cuando se trate de deberes básicos que el responsable debe cumplir el mismo¹⁷.

La delegación de la posición de garante, desde el criterio material del control sobre la evitación del resultado, no resulta problemática, en la medida en que tiene el dominio cualquiera que actúe en nombre de la empresa o de los administradores¹⁸. Hay quienes defienden que, a través de la cláusula general de "la actuación en lugar de otro" el sujeto se subroga en la misma posición en que se encuentra el representado. Empero, se alza la opinión contraria que entiende que la posición de garante es personal y sólo puede dar lugar a una delegación, cuando es posible verificar: primero, que el tipo en cuestión es susceptible de comisión por omisión; segundo, que los elementos de la omisión realizada por el sujeto se corresponden con los de la acción desde el punto de vista del contenido del injusto y, por último, cuando un sujeto se coloca en la posición objetiva de un garante no necesita de la cláusula de la actuación en nombre de otro porque asume él mismo dicha posición específica de garante, es decir, el compromiso efectivo de actuar como barrera de contención ante un peligro en concreto. En consecuencia, en aquellos supuestos, como ha señalado GRACIA MARTÍN, que el representante o subordinado, no actúa sometido al superior jerárquico, al poseer un poder autónomo, adquiere él mismo responsabilidad jurídico-penal¹⁹. Dicho de otro modo, cuando se trata de cumplir unas determinadas directrices de la política empresarial, pero el subordinado tiene autoridad para poder decidir, los miembros del Consejo de administración responderán a título de inductores o cooperadores necesarios. Pues bien, si no se ha emitido ninguna orden ni directiva, el sujeto cualificado queda exonerado de responsabilidad, salvo que se pruebe que conocía el peligro causado

14. Vid., K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *op. cit.*, pág. 96. Cfr., A. I. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades. Criterios de atribución*, *op. cit.*, pág. 163 y ss.

15. Vid., B. SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, (Gimbernat/Schünemann/Wolter), Jornadas de Derecho Penal en Honor de Claus Roxin, Univ. Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994; K. TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Verlag C.H. Beck, München, 1972, pág. 56.

16. K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *op. cit.*, pág. 96

17. Así, por ejemplo, K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *op. cit.*, pág. 97, recoge que son deberes básicos y estrictamente personales los deberes de control de una sociedad de capitales (Alemania, Francia, España), los deberes de declarar rentas sujetas a tributación y pago de tasas de aduaneras (Italia), así como los deberes de control de encargados específicos de seguridad en el trabajo, protección del medio ambiente, etc. (Alemania).

18. Así, B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, pág. 153.

19. L. GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. El delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*, *op. cit.*, pp. 32 y ss. Cfr., entre otros, K. TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Verlag C.H. Beck, München, 1972, pág. 56, quien estima al igual que Schünemann, que la actuación en lugar de otro supone una asunción de la posición de garante.

por el delegado con anterioridad a la realización del delito.

En suma, si se dan estos requisitos formales, pienso que, puede darse una transmisión de la posición de garantía específica, que exonere de responsabilidad al delegante, siempre y cuando el sujeto delegado asuma de forma concreta el control sobre un determinado riesgo y realice con su omisión o con su acción el tipo penal. Esta delegación se materializa en la dotación del dominio necesario, entendido éste como la capacidad financiera o las facultades de paralización de directrices. La falta de este requisito deja a la aceptación de la transmisión de la posición de garante en inoperante y la delegación en intento.

En este contexto, el modelo de regulación europeo en el art. 13 del *Corpus iuris*²⁰ prevé en el apartado 2) lo siguiente: "La delegación de las facultades sólo libera de responsabilidad jurídico-penal si la delegación es exacta, especial y limitada, se corresponde con las necesidades de la organización de la empresa y coloca a los delegados de hecho en una situación de ejercer las funciones transferidas. La delegación no excluye la responsabilidad general por la selección, supervisión y control del personal y carece de validez en los que se refiere a las tareas propias de la dirección de la empresa, en especial, de la organización general de las relaciones laborales en la empresa". Por todo ello, no conviene obviar que, la delegación supone el aumento del deber de selección, información, formación, coordinación y dotación de medios y la relajación del deber de vigilancia. Por tanto, los miembros del Consejo antes de delegar competencias en un Consejero o en un subordinado tienen una serie de deberes, que inciden en una atribución de responsabilidad. Así, cuando los administradores o los miembros del Consejo de administración infringen el deber objetivo de cuidado a la hora de seleccionar o instruir al personal, responderán a título de autoría o participación activa u omisiva en el delito imprudente²¹, siempre y cuando el tipo prevea expresamente la comisión imprudente, mientras que los subordinados serán responsables de un delito activo u omisivo, imprudente o doloso, dependiendo de su intervención en el acontecimiento que lleva

al resultado lesivo. En el supuesto de que un subordinado haya asumido esa posición de garante por delegación de los miembros del Consejo de administración, la responsabilidad por el delito imprudente se traslada a estos últimos, cuando haya infringido el deber objetivo de cuidado necesario para seleccionar el sujeto idóneo, es decir, la persona capaz de salvaguardar el fin jurídico que los administradores están obligados a proteger. La solución es diferente cuando se trata de una infracción de deber objetivo de cuidado por falta de instrucción e información adecuada a los delegados, ya que estos últimos no son responsables cuando actúan bajo error invencible. En consecuencia, los delegantes podrán ser imputados a título de coautores o partícipes activos o en comisión por omisión imprudente, si el error es vencible y en el supuesto de que los delegados actúen bajo error invencible pueden ser imputados como coautores mediatos²².

Ejemplo: en un Hospital sus responsables no instruyen correctamente ni dotan de medios necesarios al personal médico para realizar los controles anti-sida que debe practicarse a la sangre antes de una transfusión y, a consecuencia de ello, resultan infectadas varias personas. Es evidente que el personal médico que practica las transfusiones son los que realizan las aportaciones causales directas a la producción del resultado lesivo, pero carecen de los medios necesarios para cumplir eficazmente con su función de prevención del posible contagio. Pueden darse dos hipótesis: la primera es que el personal médico desconozca la existencia de esos medios y actúen bajo error de tipo invencible, están exentos de responsabilidad penal; la segunda es cuando el personal sabe o puede conocer que está transfundiendo sangre sin los controles oportunos y el riesgo era previsible. Entiendo que, de darse esta segunda hipótesis no puede excluirse la responsabilidad penal del personal sanitario, alegando que el proceso de producción del resultado queda fuera de su esfera de control, porque no es cierto, siempre tienen la posibilidad de negarse a transfundir la sangre o a asumir el tratamiento sobre los pacientes que necesiten de las transfusiones, argumentando que carecen de los medios necesarios. Mantener la po-

20. El *Corpus iuris* para un espacio europeo común en la protección de los intereses financieros de la CE (editado en versión francesa e inglesa por Delmas-Marty) publicado en 1997 y elaborado por encargo del Parlamento Europeo y bajo la dirección de la Comisión del CE (Dirección General XX).

21. Cfr., L. GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho español», en la Comisión por omisión, Dir. Gimbernat, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 92 y ss., para quien cuando el riesgo era previsible teniendo en cuenta la capacidad del sujeto, fundamentaría una posición de garante específica del tipo delictivo en comisión por omisión.

22. Podría acudir en estos casos a la teoría del error y a la autoría mediata, vid., LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pág. 270.

sición de excluir de responsabilidad penal a los ejecutores inmediatos porque no tienen el control suficiente sobre la realización del riesgo en el resultado, supone negar que el personal sanitario tenga una esfera de control, competencias y deberes individuales respecto al paciente. Desde esta perspectiva, el personal médico que mantiene su posición de deber a sabiendas que no va poder cumplir con el deber que ha asumido, pueden apreciarse, los elementos estructurales de *la actio libera in causa*, que impide eximirles de responsabilidad²³.

En ambas hipótesis la delegación del Jefe del Servicio de hematología al personal médico es inoperante, por haber infringido el deber objetivo de cuidado en la prestación de medios necesarios, mantiene la posición de garante específica de control sobre los riesgos del contagio. No obstante, el título de imputación varía atendiendo a si el ejecutor inmediato es responsable penalmente o no. En la primera hipótesis, el Jefe del Servicio puede ser imputado a título de autor mediato en comisión por omisión imprudente. En la segunda hipótesis, ambos son responsables a título de coautores en comisión por omisión imprudente, puesto que de ambos depende la contención del riesgo y no hacen nada por evitarlo.

Con todo, cabe la posibilidad de que el Jefe del Servicio sea a su vez delegado del director de Hospital, que es quien decide no otorgar los medios necesarios para analizar la sangre. Tampoco aquí es efectiva la delegación de competencias, dado que el Director mantiene una posición de garante específica, que le obliga a proporcionar los medios necesarios para evitar el contagio. El problema, sigue siendo el mismo, ¿tienen el jefe del servicio y el médico capacidad para asumir conjuntamente con el director el control específico sobre el riesgo? En otras palabras, a pesar de no haber recibido los medios necesarios para realizar el control sobre la sangre, ¿pueden el jefe del servicio o el médico conseguir esos medios? Parece que si la respuesta es negativa, ambos son responsables culpables por

asunción y, en consecuencia, responsables a título de imprudencia.

Este problema se repite en los delitos especiales impropios, ¿cabe la delegación en estos supuestos de la posición de garantía en un sujeto no cualificado? En opinión de GRACIA MARTÍN, debido a la falta de capacidad del delegado sería una delegación inadecuada y, por tanto, se ha infringido doblemente el deber objetivo de cuidado. Por un lado, el delegante que infringió el deber objetivo en la selección de personal y, por otro, el delegado que asumió una función de garantía para la que no estaba capacitado²⁴. Sin embargo, la imprudencia por asunción del delegado es impune, ya que no puede ser responsable al faltar la cualificación específica de la autoría. Sobre la responsabilidad del delegante y el título de imputación, nos pronunciaremos al final del presente trabajo.

Puede observarse que en ningún momento se ha hecho referencia a un deber de supervisión para fundamentar la responsabilidad del superior jerárquico, el delegante. Ello se debe a que, a mi entender, si la delegación es efectiva en el ámbito penal no debe mantenerse ningún deber de vigilancia genérico²⁵. Los deberes que tienen los delegantes (deber de información, instrucción, selección y coordinación) son previos al acto de la delegación y, precisamente, la infracción de los mismos fundamenta la responsabilidad penal porque la delegación o transmisión ha sido inoperante. El mantenimiento del deber de vigilancia o supervisión a pesar de la delegación de competencias en este ámbito supondría el fin de las grandes organizaciones empresariales, dado el excesivo celo y control que deberían ejercer unos administradores sobre otros y sobre sus subordinados. Ahora bien, una vez que la delegación ha sido efectiva, si se demuestra que el superior jerárquico (delegante) conocía que el delegado no realiza ningún control sobre el riesgo, sobre el cual había asumido el compromiso para su evitación, y no le instó a ejercer el control, como retiene ciertos deberes genéricos, inherentes a su cargo, es respon-

23. Esta tesis es defendida por SILVA SÁNCHEZ, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas" en Cuadernos de Derecho Judicial, *Empresa y delito en el Nuevo Código penal*, 1997, págs. 24 y ss., aunque sólo para determinar la responsabilidad del Jefe del servicio de Hematología en la relación vertical con el Director del hospital, en el caso del personal médico parece optar por eximirles de responsabilidad.

24. *Ibidem*. Cfr., LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, op. cit., pp. 272, para quien la acción del delegado no sería imprudente, sino una actuación precedente peligrosa, que fundamenta la posición de garante por injerencia. Esta conclusión, resulta comprensible, ya que este autor defiende la injerencia unida a la idea de aceptación, cosa que en estos supuestos existe.

25. Cfr., LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, op. cit., pp. 272 y ss., que defiende la existencia de un deber de vigilancia y SILVA SÁNCHEZ, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", op. cit., págs. 17 y ss.

sable de una participación en comisión por omisión²⁶.

También nos planteamos la pregunta de si el principio de confianza exime de responsabilidad a los miembros del Consejo de administración, cuando no adoptan las medidas de protección a las que supuestamente están obligados por falta de información o cognoscibilidad del peligro, debido a la falsedad de la información otorgada por el técnico especialista que tenía encomendada la función de elaboración del informe sobre un determinado asunto. En este supuesto, nos encontramos ante una delegación de funciones a un subordinado, que es quien asume el deber de garante específico de protección del bien jurídico, pero no tiene una total autonomía, puesto que los miembros del Consejo retienen competencias, al ser quienes finalmente deciden sobre la adopción o no de medidas. Ante esta situación, si tenemos en cuenta el principio de confianza, los miembros del Consejo quedarán exonerados de responsabilidad porque no tienen razón para desconfiar del informe aportado por el experto²⁷.

En cambio, el desconocimiento puede ser por un error vencible, cuando los miembros del Consejo han delegado un asunto sobre el que tiene la obligación de protección asumida previamente, supone un aumento del riesgo previsible. En consecuencia, tanto el técnico como los miembros del Consejo serán responsables. La responsabilidad de los integrantes del Consejo aparece fundamentada en un delito de acción por infracción del deber de cuidado.

Pero, cuando la información del experto es veraz y alerta sobre el peligro ha cumplido con su deber de información y, por consiguiente, ya no tiene ninguna posición de garantía sobre la decisión del Consejo. Exclusivamente, podrá ser responsable de una omisión pura, cuando proceda, por no impedir la no-ejecución de las medidas de aseguramiento del Consejo. Por el contrario, la Sala del BGH, en la sentencia del "Leder-spray"²⁸, analiza el supuesto en el cual se emite una información real imprudente, que aconseja no tomar las medidas de control pertinentes, después de que se conocía la peligrosidad. El Tribunal Supremo alemán exime de responsabilidad, ya que entiende que el técnico no tenía posición de ga-

rantía, sino que ésta era ostentada por los miembros del Consejo.

III. Segundo nivel de responsabilidad: la realización del hecho delictivo a través de la estructura jerárquica de la empresa

En cualquier estructura organizada lo más frecuente es que las decisiones desde el centro de poder tienen lugar a distancia y en un momento anterior a la ejecución del delito, lo que dificulta la labor de investigación de quienes son los autores principales. Esta separación temporal y jerárquica entre personas que intervienen directamente en la ejecución material del hecho, que obran responsablemente, y aquellas que dirigen o toman las decisiones dentro de la misma, plantea el problema relativo a la autoría. Ello es así, incluso, en el seno de las empresas, en la medida en que el ejecutor inmediato no se revela como el principal protagonista del hecho, sino que el plan delictivo parte de un órgano de dirección superior que puede ser unipersonal o un órgano colegiado.

Aquellos supuestos, en los que el delito es cometido a través de la estructura jerárquica de una empresa y el ejecutor es plenamente responsable, pueden distinguirse dos hipótesis: la primera, el director de la empresa o los miembros del Consejo de administración a través de la adopción de un acuerdo ordenan a un subordinado la ejecución de un hecho delictivo, que no toma parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decide llevar a cabo el encargo; la segunda, los miembros del Consejo de administración adoptan un acuerdo para cometer un delito, cuya ejecución se encomienda y asume un miembro del propio consejo, que ha tomado parte en la decisión. En este último caso, la doctrina se divide a la hora de determinar la responsabilidad a título de autor o partícipe de los miembros del Consejo, que no intervienen en la ejecución del hecho delictivo. Así, según la teoría clásica objetivo formal, son responsables a título de coparticipación inductiva, mientras que, para sector doctrinal, en virtud de la regulación actual en el art. 28 CP, responden como coautores.

Respecto al primer supuesto, a favor de una responsabilidad del administrador o superior jerár-

26. En este sentido, también se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", *op. cit.*, pág. 19.

27. *Vid.*, el análisis que realizan PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant monografías, 1995, págs. 146 y ss., cuando abordan los distintos niveles de responsabilidad por el producto dentro del organigrama de jerarquización empresarial.

28. Sentencia de 6 de junio de 1990.

quico con carácter general por la conducta del subordinado, parece pronunciarse el art. 13 del *Corpus iuris*²⁹. En esta norma, se castiga al superior que induzca o tolere la comisión de un delito por un subordinado, siendo el criterio de especial relevancia la ostentación de un cargo superior en la organización empresarial. Pero, ahora tratamos de dilucidar, la determinación de la responsabilidad del superior jerárquico a título de autor o partícipe. Pues bien, hay acuerdo entre la doctrina en imputar el hecho delictivo a los miembros del órgano de dirección a título de coautores mediatos en aquellos supuestos en que el delito cometido directamente por el subordinado sea consecuencia del plan diseñado por los órganos de dirección y falta la antijuridicidad de la conducta del subordinado (el autor inmediato obra bajo error o en estado de necesidad). El problema surge cuando el subordinado que comete el delito es un sujeto plenamente responsable, según la teoría general de la autoría el superior o superiores responden como inductores. No obstante, la doctrina cuando aborda esta cuestión ha propuesto diferentes soluciones a la hora de determinar si los dirigentes de una organización empresarial deben responder como autores o partícipes, respecto de la ejecución de hechos delictivos que ellos han ordenado y son realizados por miembros subordinados dentro de la misma empresa, que pasamos a desarrollar a continuación.

A) Diferentes soluciones

A.1. Concepto unitario de autor adoptado por países como Dinamarca, Italia y Austria. Bajo estos postulados, no se diferencia entre autores y partícipes, y como consecuencia de la adopción de una perspectiva estrictamente causal, son considerados como autores del delito a todos aquellos intervinientes en el hecho delictivo, que aportan una condición causal al mismo. Cada uno de los intervinientes responde en la medida en que ha asumido voluntariamente la respectiva responsabilidad penal, de forma completamente independiente a la importancia de su aportación en la realización del hecho y a las calificaciones dogmático-conceptual del resto de los intervinien-

tes. La consecuencia lógica es que con independencia de quién ejecute el hecho delictivo (un miembro del Consejo o un subordinado), todos los administradores miembros del Consejo o el empresario, así como los ejecutores son responsables a título de autor. Resulta, evidentemente, con una teoría de este tipo se resuelven muchos de los problemas que presenta la determinación del título de imputación de cada uno de los intervinientes en el proceso de realización del hecho delictivo en el ámbito empresarial, pero a costa de borrar las diferencias cualitativas y cuantitativas importantes, que la doctrina ha ido trazando en torno a las figuras de autoría y participación.

Este concepto unitario de autor ha sido adoptado expresamente por nuestro legislador para aquellos tipos penales más habitualmente practicados por la criminalidad organizada (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas), de tal manera que hacen innecesaria cualquier diferenciación dogmática entre autor y partícipe. Creo que, como señala MUÑOZ CONDE, estos ejemplos son un claro exponente de las "tendencias que caracterizan el 'moderno' Derecho penal que en aras de una eficacia preventiva más simbólica que real, funcionaliza conceptos dogmáticos hasta unos límites claramente incompatibles con los principios de legalidad y intervención mínima característicos del Derecho penal de un Estado de Derecho"³⁰.

A.2. El llamado dominio organizativo como un supuesto de autoría mediata. Esta tesis, inicialmente creada por ROXIN para los casos de criminalidad organizada estatal, afirma la autoría mediata de quien da las órdenes en los aparatos organizados de poder, aunque el autor directo sea responsable. El fundamento se encuentra en el dominio de la voluntad, concretado en el dominio de la organización, que conlleva un concepto extensivo de instrumento, basado en la posibilidad de reemplazo o intercambiabilidad de los que intervienen en los niveles inferiores, que realizan directamente el hecho, y en el automatismo de su funcionamiento. En esta línea aunque con ciertos matices, BOTTKE ha señalado que en los casos de un instrumento doloso sin intención se trata de autoría mediata porque el superior, que ostenta un dominio superior relevante,

29. El art. 13 del *Corpus iuris* establece en el apartado 1): "Si un hecho delictivo se comete por cuenta de una empresa por una persona que está sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, responderá jurídico-penalmente también el director de la empresa o la persona dotada de poder de decisión o de control si tenía conocimiento de la comisión del hecho delictivo, dio instrucciones para su comisión, permitió que el hecho delictivo se cometiera u omitió las medidas de control necesarias".

30. F. MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Eds. FERRÉ/ANARTE), Universidad de Huelva, 1999, pág. 159, nota 19.

comete el hecho delictivo a través del subordinado, utilizando tal dominio para causar dirigidamente el delito. Según este autor, el dominio de configuración superior, que fundamenta la autoría mediata, se basa en que la sujeción de un subordinado merma la capacidad de oponerse a la ejecución de hechos delictivos que por los superiores vienen propuestos, es decir, tiene mermada su poder de formar voluntad autónomamente e imponer su resistencia. Esto, hace que, gracias al poder conexión institucional, sometimiento y poder de dirección, el superior puede instrumentalizar al subordinado, puesto que no tiene capacidad de acción³¹.

No obstante, ninguno de estos autores aplica esta nueva categoría para todo tipo de actividad realizada por una organización criminal jerárquica. Para que se pueda hablar de dominio de la organización, según ROXIN, se requieren tres presupuestos indispensables: 1) que se trate de un aparato organizado de poder con una estructura jerárquica rígida; 2) que se verifique una efectiva fungibilidad del autor inmediato, lo que implica una organización que requiere una cierta dimensión; 3) que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, optando por la vía criminal³². La jurisprudencia alemana³³, siguiendo de nuevo a ROXIN³⁴, amplía también la tesis de la autoría mediata al ámbito de la criminalidad organizada no estatal, que se lleva a cabo "en el marco de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos similares", siendo aparatos de poder al margen del Derecho. Pero, la jurisprudencia alemana ha ido más lejos proponiendo la extensión de esta teoría y abriendo el debate en torno a su posible aplicación

en la criminalidad empresarial, puesto que también suele contar con una estructura organizada jerárquicamente. Pues bien, se trata de una opción que ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina, de un lado, porque al tratarse de criterios prejurídicos como la presunta utilización de un instrumento o dominio sobre un aparato organizado de poder, su uso solamente está justificada, cuando la gravedad del caso es tal que contraría las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada, es decir, las violaciones de derechos humanos a través de la organización estatal³⁵. De otro lado, la empresa normalmente se constituye inicialmente para desarrollar una actividad lícita, aunque posteriormente se realice a través de la misma un crimen, no existe el automatismo de funcionamiento requerido para el dominio de la organización, lo que implica la no-fungibilidad del ejecutor. Desde luego, en el supuesto de que ejecutor sea un miembro del Consejo de Administración, al no tratarse de un ejecutor anónimo, en ningún caso puede hablarse de que sea intercambiable arbitrariamente. Por ende, aun suprimiendo el presupuesto de que se trate de organización desligada del ordenamiento jurídico³⁶, en una empresa raramente existe la estructura rígida, que caracteriza a los aparatos organizados de poder. En la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia. En consecuencia, esta excepción no sería aplicable ni quiera en aquellos supuestos de criminalidad económica en el marco de criminalidad organizada, es decir, en beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial³⁷.

31. W. BOTKE, "Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", en *Revista Penal*, nº 4 Julio 1999, pp. 25 y ss.

32. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, en Walter de Gruyter, 6ª edición, Berlin-New York, 1994, págs. 242 y ss.; *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal* (Trad. CUELLO/SERRANO), Barcelona, 1998, págs. 267 y ss.

33. BGHST 40, 237 «Una autoría mediata así entendida es aplicable no sólo en caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, en los que la separación espacial, temporal y jerárquica entre la cúpula de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato habla contra la coautoría con reparto de papeles».

34. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., págs. 250. ; el mismo *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, op. cit., pág. 276; el mismo, "Straftaten im Armen organisatorischer Machtapparate", GA, 1963, pág. 205.

35. W. BOTKE, "Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", op. cit., pp. 26 y ss.

36. A favor de la supresión de este presupuesto, pero reconociendo la imposibilidad de aplicar esta teoría a la criminalidad de empresa se ha pronunciado, K. AMBOS, "Dominio del hecho en virtud de los aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones", en *RDPCP*, nº 3, 1999, pág. 157. Cfr., F. MUÑOZ CONDE, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?", en *Revista Penal*, Nº 6, julio 2000, págs. 110 y ss., quien con razón advierte de los riesgos de suprimir el requisito de organización al margen del Derecho.

37. Vid., W. BOTKE, "Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", en *Revista Penal*, nº 4 julio 1999, págs. 24 y ss. Cfr., J. DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Eds. FERRÉ/ANARTE), Universidad de Huelva, 1999, pág. 106, quien sería aplicable la teoría del dominio de la organización a aquellas empresas cuyo funcionamiento se asemeja a los aparatos organizados de poder.

A.3. *Coautoría*. Un sector de la doctrina, asumiendo la imposibilidad de aplicar la teoría del dominio de la organización a la criminalidad de empresa, estima que la actuación del empresario o miembros del Consejo de administración y el subordinado ejecutor debe asimilarse al conjunto de coautoría, puesto que, al ser el subordinado un sujeto plenamente responsable y libre, comparten el dominio del hecho. En síntesis, podría afirmarse que, sustituyen en la criminalidad de empresa una teoría extensiva de la autoría mediata por una teoría extensiva de la coautoría, con el mismo fin de imputar el hecho delictivo a título de autor a aquellos que diseñan, planifican o asumen el control o la dirección de su realización.

La solución de la coautoría, que JAKOBS³⁸ propugna también en los supuestos de delincuencia organizada, descansa en una consideración más normativa del dominio del hecho, que sin negar que los sujetos que actúan de forma directa en la ejecución sean intercambiables, y reconociendo el automatismo con el que se lleva a cabo la ejecución de las órdenes, entiende que igualmente el sujeto actúa con completa responsabilidad, de modo que la única vía sería la coautoría. ROXIN, ha criticado esta teoría, por las siguientes razones: primero, falta de decisión de realizar conjuntamente el hecho; segundo, tampoco se da una ejecución común; tercero, la autoría mediata está estructurada verticalmente (en sentido de un desarrollo de arriba a bajo, aquel que ordena al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en sentido de actividades equivalentes y simultáneas)³⁹.

Teniendo en cuenta que, los administradores miembros del Consejo cuando a través de una vota-

ción deciden la ejecución por un subordinado o un miembro del mismo Consejo, dicha intervención no constituye una ejecución, sino un acto preparatorio. Lo cierto es que, el resto de objeciones no serían aplicables a la segunda hipótesis –los miembros del consejo adoptan la decisión de cometer un delito mediante una división del trabajo y uno de ellos asume la ejecución del mismo–, dado que en este caso existe una decisión conjunta y la relación se estructura horizontalmente. La no-intervención en la fase de ejecución del resto de los miembros del Consejo, sería un inconveniente para aquel sector de la doctrina que estime que la coautoría requiere siempre una contribución mediante un aporte esencial durante la fase de ejecución del delito⁴⁰. Si se aplican los criterios de la teoría objetivo-formal, se llega a la conclusión que el único autor es el administrador que realiza la acción ejecutiva y los demás miembros del Consejo no podrán ser coautores porque no realizan ningún acto ejecutivo, quedando relegados a la figura de inductores. A tal efecto se opone el propio TS, que desarrolló la doctrina del acuerdo previo, según la cual también es considerado como autor todo aquel que se haya puesto de acuerdo previamente para la comisión del delito, aunque no realice ningún acto ejecutivo⁴¹. Sin embargo, será desde la teoría del dominio funcional del hecho, la que en este supuesto fundamente la coautoría. Según esta tesis, lo importante es que exista un co-dominio del hecho, que puede darse en la fase preparatoria cuando se configura la ejecución, no siendo necesario que todos los coautores intervengan en la ejecución del delito⁴². Comparto la opinión de que en este caso, puede considerarse que existe coautoría porque el art. 28 CP prescinde del

38. Según, G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CONTRERAS/SERRANO), Barcelona, 1995, 21/103 "únicamente a través de la conjunción de los que imparten ordenes y de quienes las ejecutan se puede interpretar un hecho individual del ejecutor como aportación a una unidad que barca diversas acciones ejecutivas". La coautoría para los supuestos de delincuencia organizada también ha sido defendida en Alemania por SAMSON, SK-SiGB, 5ª ed., § 25, margen 110 y OTTO, «Täterschat, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», Jura, 1987, pág. 255.

39. C. ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. (Eds. FERRÉ/ANARTE), Universidad de Huelva, 1999, págs. 194 y ss.

40. Vid, entre otros, C. ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", op. cit., págs. 194 y ss.; J. DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización", op. cit., pág. 102. Tampoco resuelve BOY, "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", GA, 1996, pág. 140, este grupo de casos acudiendo a la coautoría, pues, él mismo ha mantenido que "la coautoría es designada esencialmente a través de una conducta coordinada de forma horizontal que sólo permite una ejecución ajena parcial".

41. Pero, según J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte Especial*, Cívitas, 1984, pág. 123 y s., el TS no hace otra cosa que contradecirse, porque algunas veces incluye estas personas en el art. 14.1 ACP y otras veces recurrió a la inducción o la cooperación necesaria.

42. En este sentido, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/40, F. MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", op. cit., pág. 156; el mismo, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho", op. cit., pág. 113. Cfr., ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, op. cit., págs. 275 y ss.; *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, op. cit., págs. 303 y ss.; el mismo, "Las formas de intervención en el delito", en *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Cuadernos Cívitas, 2000, págs. 172 y ss., quien considera que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva.

requisito de que los autores tomen parte directa en la ejecución de los hechos, disponiendo que quienes realizan el hecho, pueden hacerlo "conjuntamente", lo que en el lenguaje ordinario equivale a decir "intervenir" en los hechos y, por supuesto, pueden ser más de un sujeto. Además, creemos que esta objeción se olvida de que el propio tipo podría estar compuesto por más de una acción⁴³. En consecuencia, la aportación de un interviniente coautor no es necesaria que se realice en la ejecución del hecho, como exigía la teoría objetivo-formal para todos los supuestos de coautoría⁴⁴. El problema de esta alternativa en nuestra legislación reside, para un sector de la doctrina, en que si suprimimos el requisito de que la aportación del coautor se realice en la fase de ejecución, no sería posible diferenciarlo del cooperador necesario⁴⁵. Esto, les lleva a propugnar que, los miembros del Consejo de administración sean considerados como cooperadores necesarios⁴⁶.

A mayor abundamiento, cuando el empresario o los miembros del Consejo de administración ordenen la ejecución de un delito a un subordinado, aunque prescindamos del requisito de realización de la aportación en la ejecución del hecho, sigue existiendo una falta de acuerdo y la relación se estructura verticalmente⁴⁷. Frecuentemente, no deciden nada juntos, ni siquiera se conocen, tampoco existe una división del trabajo, simplemente el que actúa recibe una orden y la ejecuta. Cabe interpretar que para cumplir con el requisito del acuerdo mutuo es suficiente con la mera aceptación del subordinado del plan ideado por los administradores o empresario, pero lo cierto es que aquéllos no participan en la confección del plan originario. Ello no impide que, el sector de la doctrina que defiende que se trata de un caso de coautoría, lo fundamente alegando que en este caso el empresario o los miembros del Consejo de administración mantienen en sus manos la deci-

sión sobre la ejecución del delito, sin embargo, se trata de un dominio negativo del hecho, es decir, un poder de interrupción de la ejecución del delito⁴⁸ para el que ni si quiera hace falta un aparato de poder. En contra de este argumento, puede considerarse que el dominio se materializa en una aportación positiva -dar una orden- a la realización del tipo, si bien es verdad que una vez transmitida la orden, en la fase de ejecución únicamente puede estimarse que existe un dominio negativo, o capacidad para interrumpir la ejecución, pues el subordinado actúa libremente. El hecho de que exclusivamente exista un dominio positivo en la fase preparatoria, unido a la falta del resto de presupuestos necesarios para la existencia de coautoría, imposibilita que los miembros del Consejo puedan ser caracterizados como autores del delito. Esto explica precisamente que, en este supuesto, se siga defendiendo la existencia de una inducción que paso a analizar a continuación.

A.4. Inducción o cooperador necesario. Cuando el delito cometido directamente por los subordinados sea la consecuencia del plan diseñado por los miembros del órgano de dirección o, cuando al menos, haya sido provocado o favorecido por éstos, cabe siempre recurrir a las diferentes formas de participación, tratándose de la inducción o de la cooperación -arts. 28 y 29-, castigados ambos por nuestro ordenamiento con la misma pena que el autor directo. Por esta solución también aboga la regulación propuesta en el *Corpus iuris*, en la medida en que en el art. 2 se define al inductor como aquel que provoca mediante regalos, promesas, amenazas, órdenes, abuso de cargo o de poder la comisión de un hecho delictivo o da instrucciones para su comisión⁴⁹. Es decir, siempre que, en el ámbito de una organización empresarial, la conducta del ejecutor constituyese una consecuencia previsible de una orden o instrucción dada por un

43. LAVILLA y otros, "Autoría y participación en determinados supuestos de 'vigilancia'" (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989) (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater), en *Poder Judicial* 27-28, 1992. en el comentario por CONLLEDO/REMESAL, pág. 204. Cfr., E. BACIGALUPO, Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal, *Poder Judicial*, nº 31, septiembre 1993, pág. 36 y s., quien mantiene la opinión de que CONLLEDO/REMESAL, se contradicen porque no se puede decir que el criterio objetivo-formal no ofrece un criterio material para saber cuándo hay realización del tipo, y después, afirmar, como lo hacen estos autores, que esta teoría explica la coautoría, la cual requiere dicho criterio material.

44. Vid., más ampliamente, en F. Muñoz Conde, *El delito de alzamiento de bienes. Segunda edición. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*, BOSCH, 1999, págs. 178 y ss.

45. Vid., entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Akal /Iure, Madrid, 1996, pág. 81.

46. En este sentido, J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, págs. 257 y ss.

47. C. ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», *op. cit.*, pág. 195.

48. Cfr., E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios del Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Akal, Madrid, 1994, pág. 228 quien considera que, "para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación".

49. Esta formulación, según K. TIEDEMANN, "La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", *op. cit.*, pág. 92, al no reconocer como figura jurídica propia la autoría mediata atribuye a la inducción supuestos del llamado dominio organizativo. De esta crítica se deduce que en estos casos, en opinión de este autor, debe imputarse el delito a título de autor mediato.

superior jerárquico se estaría ante la hipótesis de una participación moral o intelectual. En el contexto de una organización empresarial aquellos que dan la orden son simplemente inductores que influyen espiritual o psíquicamente en el subordinado, creando en él la decisión de cometer el hecho, desentendiéndose en el momento de la ejecución. Ello se justifica, en que a pesar de ser una relación en un plano vertical, el subordinado no es una persona que actúa como un instrumento, sino que se trata de un sujeto responsable, libre y plenamente consciente de la trascendencia de sus actos. En este ámbito, como he puesto de manifiesto anteriormente, la organización jerárquica no es rígida, por lo que no existe una intercambiabilidad del agente responsable y tampoco un automatismo en el funcionamiento⁵⁰, como sucede en los aparatos organizados de poder.

En aquellos supuestos en que el subordinado se niega a ejecutar la orden, o por las razones que sean ni si quiera da comienzo a la ejecución, el empresario o los miembros del Consejo de administración quedan impunes, todo lo más pueden ser castigados por provocación, en el caso de que, como dispone el art. 18.2 CP, esté expresamente castigada en el tipo la tentativa de participación.

Esta solución ha sido criticada político-criminalmente, ya que tomando en consideración el carácter jerárquico que existe en el ámbito empresarial, así como el reparto de funciones y competencias, sería absurdo para MUÑOZ CONDE, imputar el hecho delictivo a los que toman las decisiones a título de inductores o cooperadores necesarios por los actos que los subordinados ejecutan⁵¹. En esta línea, SILVA SÁNCHEZ considera que, no deja de producir perplejidad, que se califique de simple partícipe a quien domina de forma esencial todo el hecho típico, debido a que sea él quien ha trazado todo el plan delictivo y quien posee un pleno control sobre los medios e instrumentos a través de los cuales se ha desplegado toda la actividad criminal⁵². Además, el pro-

blema también surge en los delitos especiales, puesto que, como analizaremos posteriormente con más detenimiento, cuando el subordinado que ejecuta materialmente el hecho no pueda llegar a ostentar las condiciones subjetivas de la autoría del delito, tampoco puede sancionarse al superior jerárquico, al atribuirse a éste la mera condición de partícipe, pues falta el hecho delictivo principal en el que participar. En efecto, la no atribución de una autoría al superior (coautoría o autoría mediata), comporta la impunidad de éste⁵³.

Por último, señalar que aquellos supuestos en que existan intermediarios que transmiten las órdenes a través de la estructura jerárquica entre el empresario o Consejo de administración y el subordinado. GIMBERNAT, que ha rechazado la inducción en cadena, defiende a su vez que, la persona que dirige, en este caso la empresa, es un inductor porque de él surge la idea del delito y la forma de ejecutarlo, respondiendo los intermediarios que transmiten las órdenes a título de cómplices al ser su conducta accesoria respecto al resto de los miembros de la organización⁵⁴. Pero, aquellos que planifican o deciden la realización del delito no se les puede imputar a título inducción, dado que para que se les pueda calificar como tal es necesario que tomen contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y, en su caso, vencer sus resistencias⁵⁵. Además, tampoco puede existir una inducción a otras formas de participación. En consecuencia, en este caso sólo aquel que transmite la orden directamente al subordinado será inductor⁵⁶, siendo los miembros del Consejo de administración o empresario y el resto de intervinientes cooperadores necesarios.

A.5. *Toma de postura.* Sobre la base si se permiten muchas excepciones a la teoría de autor se daña tanto la dogmática que desaparece como instrumento garantizador de los principios fundamentales de carácter constitucional de Derecho penal. No puede hacerse depender la autoría de

50. Cfr., HÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, págs. 510 y ss, quien se muestra proclive a caracterizar esta conducta como inducción en la delincuencia organizada, aun en los supuestos de fungibilidad del subordinado, ya que, según este autor, al tratarse de un sujeto responsable, bloquea la autoría de cualquier tercero situado tras él.

51. F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes. Segunda edición. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*, op. cit., pág. 180 y ss.

52. J. M. SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en el *Libro Homenaje a Roxin*, Barcelona, 1995, pág. 369.

53. Ello, ha motivado entre otras razones que, F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes. Segunda edición. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*, op. cit., pág. 181, defiende para este supuesto también la imputación a título de coautoría.

54. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966, pág. 188.

55. En este sentido, vid., C. ROXIN "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", op. cit., pág. 196.

56. En este sentido, vid., también J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., págs. 257 y ss.

variantes y circunstancias no definidas legalmente, ni debe adoptarse una teoría que pondere globalmente todas las circunstancias del caso concreto sin establecer reglas y excepciones porque, entonces, tampoco sería dogmática⁵⁷. Esto, unido a que una respuesta a esta problemática, desde la política criminal, debe valorar que la criminalidad organizada es cada vez más económica, en la medida en que utiliza a las empresas legales como instrumentos para desarrollar sus actividades delictivas. Puede llevar a que se plantee que, adoptando excepciones en la teoría de la autoría con el fin de incriminar a los verdaderos culpables en el seno de la criminalidad de empresa, se está dificultando que la delincuencia organizada penetre en la economía legal. En consecuencia, ¿por qué no aplicar desde un primer momento en la delincuencia de empresa las excepciones previstas en la delincuencia organizada para la teoría de autor? Además de reducir las excepciones y de simplificar la respuesta desde la dogmática penal, ¿no sería un importante instrumento indirecto de contención de la expansión de la delincuencia organizada en el seno de la economía legal?⁵⁸ Probablemente, desde esta perspectiva de eficacia político-criminal la respuesta sería afirmativa, pero el inconveniente de adoptar soluciones unitarias para ambos tipos de criminalidad radica en que, con la ampliación de los conceptos tradicionales de las formas de autoría, para poder adaptarlos al «moderno» Derecho penal, se corre el riesgo de que se desborde a la criminalidad tradicional. Además, mientras no exista una previsión legal que autorice expresamente esa ampliación de las categorías dogmáticas de autor, debe reservarse aquellos supuestos más graves, por tanto debe limitarse la teoría del dominio de la organización como fundamento de la autoría mediata a la delincuencia organizada al margen del Derecho⁵⁹. Desde estos planteamientos, mi tesis se ajusta al desarrollo de una dogmática especial en cada uno de estos ámbitos, adoptando una solución más restrictiva para los casos de criminalidad de empresa, acorde con las exigencias del principio de legalidad.

En este último ámbito, estimo que, en aquellos supuestos en que los miembros del Consejo de administración deciden la comisión de un hecho delictivo a través de la empresa y uno de sus miembros asume la ejecución. A pesar de que el resto de los miembros del Consejo con su intervención no realizan ninguna acción ejecutiva, puede imputárseles el delito a título de coautoría. Ello es posible porque, como ha defendido MUÑOZ CONDE, en la criminalidad de una empresa puede renunciarse al requisito de tomar parte directa en la ejecución del hecho delictivo, en la medida en que el co-dominio se da en la fase preparatoria cuando se configura la ejecución⁶⁰. Ante todo, como hemos señalado anteriormente, esta solución es perfectamente acorde con lo dispuesto en el art. 28 CP, donde no se exige textualmente que el coautor participe en la ejecución del hecho. Ahora bien, el inconveniente de esta alternativa en nuestra legislación al recoger la figura del cooperador necesario, reconozco que es la supresión en el ámbito de la criminalidad de empresa de la diferencia entre esta forma de participación y la autoría. Empero, dicho inconveniente para este caso singular puede superarse porque no implica ninguna restricción de derechos, puesto que la coautoría y la cooperación necesaria se castigan con la misma pena y tienen su base legal en el art. 28 CP⁶¹. Por ende, desde una perspectiva político-criminal puede defenderse esta dogmática especial en la criminalidad de empresa, dado que en organigrama empresarial, normalmente existe un Consejo de administración, cuyos miembros adoptan las decisiones conjuntamente, aunque después, en la medida en que en su seno suele existir una división de funciones, sólo aquél a cuyo ámbito de competencia afecta la decisión, la ejecuta. No resulta admisible que, si adopta la decisión conjunta de cometer un delito, por el sólo hecho de que se ejecute por el administrador que tiene competencias en ese ámbito, la división del trabajo en este caso dé lugar a un cambio en el peso de la responsabilidad penal con relación al resto de administradores (inductores o cooperadores necesarios), cuando, además, resulta ser uno de los

57. W. BOTKE, "Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *op. cit.*, pág. 24.
58. *Vid.*, L. FOFFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", *op. cit.*, págs. 57 y ss.

59. En este sentido, también se pronuncia F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes. Segunda edición. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*, *op. cit.*, pp. 181 y ss.; el mismo, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?", *op. cit.*, pág. 111.

60. F. MUÑOZ CONDE, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?", *op. cit.*, pág. 113.

61. Con ello, no modifico mi postura mantenida en A. I. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades*, *Criterios de atribución*, págs. 421 y ss., donde mantenía la exigencia de que los que toman parte en el acuerdo en la fase ejecutiva en la delincuencia tradicional.

elementos que en la coautoría justifica la imputación recíproca de todas las aportaciones.

No obstante, cuando el empresario o miembros del Consejo ordenan a un subordinado la ejecución de un hecho delictivo, considero que no puede imputarse a título de coautoría, porque, aunque estime que sea suficiente con la existencia de un co-dominio del delito en la fase preparatoria, no se dan el resto de presupuestos necesarios como el acuerdo conjunto. No puede obviarse que, el Derecho positivo exige la realización conjunta del hecho, por ello, pese a sus inconvenientes, sigue siendo necesario la decisión conjunta entre todos los coautores y no cualquier clase de coordinación de aportaciones al hecho, porque precisamente, este requisito también fundamenta en la coautoría la imputación recíproca de todas las aportaciones y no exclusivamente el dominio funcional del hecho. Además se trata de una relación que se mueve en el plano vertical, no horizontal como exige la coautoría. La no-diferenciación entre ambos planos, conlleva una dificultad intrínseca a la hora de delimitar entre la autoría mediata y la coautoría. Por todo ello, cabe inferir que, reducir los requisitos necesarios para la existencia de coautoría a la constatación de un co-dominio en la fase preparatoria encierra el peligro de una ampliación excesiva de la coautoría. En consecuencia, estimo que en este caso, nos encontramos ante una inducción porque: primero, existe una simple realización de hechos por parte de otro y la relación que une a ambos se estructura en el plano vertical. Segundo, la estructura jerárquica de una empresa no garantiza el cumplimiento automático de las órdenes, es decir, como regla general las personas que dirigen la empresa no cuentan con que sus empleados se van a prestar a cometer delitos, aunque siempre será posible que encuentren sujetos dispuestos a ejecutarlos. Tercero, el co-dominio positivo de los miembros del Consejo se limita a la fase preparatoria, teniendo sólo un dominio negativo en la fase de ejecución (poder impedir la ejecución del delito). En la fase de ejecución el dominio positivo lo tiene el subordinado, que aunque tiene una previa disposición a cumplir órdenes, decide de forma autónoma, libre y voluntaria, pues nadie está obligado a actuar de forma ilícita. La decisión de cometer el delito queda en manos del ejecutor, lo que, sin duda, supone un alejamiento de la conducta de los administradores o empresarios respecto a la lesión del bien jurídico.

A pesar de que esta solución sea criticable desde la política criminal, estas consideraciones no pueden por sí solas fundamentar en este supuesto una extensión del concepto de coautoría, aunque

las debemos tener en cuenta como un dato de la realidad jurídico-penal, es en el marco normativo y axiológico el seno en el cual debemos buscar la solución. Además, creo que en nuestra legislación esta solución no plantea ningún inconveniente de justicia material a efectos de pena, desde el momento que se castiga con la misma pena al inductor que al autor. No obstante, persiste una laguna de punibilidad en los delitos especiales cuando es ejecutado por un subordinado que carece de la cualificación exigida en el tipo.

Por último, en relación con los casos en que haya intermediarios entre el superior y el subordinado, que se limiten a transmitir las órdenes. Al no existir una relación directa entre el empresario o miembros del Consejo y el subordinado, como ya he indicado, impide que se les pueda imputar el delito a título de inducción, por lo que son calificados como cooperadores necesarios, que como sabemos tiene una pena igual que los autores. Respecto a los intermediarios, exclusivamente aquel que transmite la orden directamente al subordinado será inductor, el resto cuando tienen la facultad de poder revocar las órdenes, considero más conveniente calificarlos como cooperadores necesarios. Ahora bien, si se comprueba que, por el contrario, los intermediarios, únicamente tienen capacidad para interrumpir temporalmente la transmisión de la orden, deben ser responsables a título de cooperadores no necesarios o cómplices.

B) Problemática concreta de los delitos especiales

El origen de los delitos especiales se encuentra en supuestos delictivos en los que existen ciertos deberes especiales, como por ejemplo los delitos cometidos por los administradores de hecho o derecho, los funcionarios o militares. En estos delitos especiales, en los que las características del autor vienen definidas por el legislador, el Derecho penal renuncia a intervenir cuando el hecho se lleve a cabo sin la actuación a título de autor del sujeto cualificado. Esto, genera sus propios conflictos, porque toda limitación del número de autores supone necesariamente la impunidad de muchos intervinientes en los hechos que pueden lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado. Éste es el caso de los delitos patrimoniales o socioeconómicos especiales, que se realizan a través de las estructuras jerárquicas empresariales, cuando, en ocasiones, los miembros del Consejo de administración se sirven de un ejecutor inmediato que carece de la cualificación subjetiva, requerida por el tipo delictivo correspondiente para ser estimado

autor del delito. Ante esta situación, dependiendo de si la responsabilidad de los dirigentes de la empresa puede ser calificada de autoría o participación, el hecho será punible o no. Así, en el modelo unitario es suficiente con que al menos en uno de los intervinientes concurra la condición especial, por lo que el hecho podría imputarse a todos a título de autores. Para aquel sector de la doctrina que sostiene la imputación del hecho delictivo a todos los intervinientes a título de coautores, cuando el subordinado no reúne las características especiales del tipo, se le imputará el hecho delictivo como partícipe. La laguna de punibilidad surge cuando se defiende, como es mi caso, que la conducta realizada por el superior que da la orden al subordinado debe ser calificada de inducción. En virtud del principio de accesoriedad, que rige en la participación, la conducta de los administradores o empresarios es impune, en la medida en que no puede ser partícipe de una conducta que ni siquiera es antijurídica.

Con el fin de erradicar esta laguna de punibilidad, GRACIA MARTÍN propone que siempre que se realicen dentro del ámbito empresarial, existe la posibilidad de aplicar al subordinado el art. 31 CP, que regula la actuación en nombre de otro. Este artículo permite abarcar la conducta del representante legal (subordinado) aunque no concurren en él las características del tipo especial y

sí en la entidad o personas en cuyo nombre obra. Por tanto, según estos postulados, se puede castigar a los administradores, como inductores del delito y subordinado como autor directo del mismo aunque no concurra en él la cualificación específica⁶². Sobre la base de que, la laguna de punibilidad sólo puede cubrirse con una regulación expresa en el Código penal, nunca por una vía interpretativa, cuando va contra el imputado⁶³. En el caso de los **instrumentos dolosos no cualificados**, desde el punto de vista del principio de legalidad, no debe aplicarse la cláusula de la actuación en lugar de otro, porque la incorporación de esta cláusula desnaturaliza el propio sentido de los delitos especiales. En consecuencia, a éstos corresponde dejarlos impunes, salvo que se realice una incorporación por el legislador de una tipificación expresa de forma autónoma de la responsabilidad a título de partícipe del instrumento doloso no cualificado para solventar las posibles lagunas de impunidad. Esto me lleva a valorar positivamente, desde un punto de vista político-criminal, la configuración de los delitos societarios en el VCP como delitos especiales, equiparando administradores de hecho y de derecho de una sociedad, en la medida en que posibilita la responsabilidad a título de autores de aquellos que sin ser administradores de derecho de las mismas, administran de facto la empresa⁶⁴.

62. En este sentido, *vid.*, L. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal. I. Teoría General*, editado por la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, págs. 111 y ss.

63. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, 1965, pág. 88

64. A. I. PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades, Criterios de atribución*, *op. cit.*, págs. 407 y ss.