



Algunos problemas de autoría y participación en las denominadas insolvencias punibles¹

Felipe Caballero Brun

Abogado, Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: En el presente artículo se abordan algunos problemas que pueden surgir de las distintas formas de intervención delictiva en las insolvencias punibles, con especial consideración de aquellos supuestos en que las personas concurrentes carecen de las particulares características exigidas por el tipo legal.

PALABRAS CLAVE: Insolvencias punibles. Delitos especiales. Autoría y participación. Instrumento doloso no cualificado.

SUMMARY: The present work explores some problems that appears in the different ways of criminal intervention in bankruptcy crimes, with special emphasis on those persons that don't have the legal special position.

KEY WORDS: Bankruptcy crimes. Special crimes. Perpetrator and criminal participation. Not qualified instrument.

SUMARIO: I. El *alzamiento de bienes* y el *concurso punible* como delitos especiales. II. Los problemas de autoría y participación en las insolvencias punibles. II.1. El principio general. II.2. La autoría mediata cuando el deudor es una persona física. II.3. Los problemas de autoría y participación cuando el deudor es una persona jurídica. II.3.1. El administrador de hecho y el administrador de derecho. II.3.2. La intervención ejecutiva del administrador de hecho y/o de derecho. II.3.3. La no intervención ejecutiva (en el comportamiento típico) del administrador de derecho ni del administrador de hecho. II.3.3.1. Si los subordinados actúan como meros instrumentos. II.3.3.2. Si los subordinados no pueden ser considerados como meros instrumentos. II.3.3.2.1. *Solución de la impunidad*. II.3.3.2.2. *Solución derivada de la teoría de los delitos de infracción de un deber*. II.3.3.2.3. *Solución de la autoría mediata por dominio de organización*. II.3.3.2.4. *Solución de la cooperación necesaria*. II.3.3.2.5. *Posición personal*. II.4. La cláusula del art. 260.1 CP, referida a la *persona que actúe en nombre del deudor*, como solución específica al problema del instrumento doloso no cualificado. III. Problemas específicos de autoría y participación en el concurso punible. III.1. La intervención del *administrador concursal*. III.2. La intervención del *auxiliar delegado*.

1. Hacemos presente que los planteamientos del presente artículo se hacen desde el abordaje de dos figuras particulares de la legislación penal española como lo son el delito de *alzamiento de bienes* y el *concurso punible*. Por lo tanto en caso alguno se pretende construir una teoría general y omnicomprensiva de la *autoría y participación en las insolvencias punibles*. Además dichas figuras las entendemos —desde nuestra perspectiva— como injustos diferenciados; cfr. CABALLERO BRUN, *Una Nueva Dogmática para las Insolvencias Punibles*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 152 y ss.

I. El alzamiento de bienes y el concurso punible como delitos especiales

Tanto el delito de *alzamiento de bienes* (art. 257 CP) como el *concurso punible* (art. 260 CP) representan un claro ejemplo de lo que se ha de entender por *delito especial propio*², en que la calidad del sujeto activo es tan determinante para la configuración del injusto que si la misma desaparece el hecho sería atípico³. En estos delitos el *sujeto activo* solo pueda ser quien posee la calidad de deudor.

Cabe hacer presente que no es coincidencia que la discusión de un problema, inherente a los delitos especiales, como la *actuación en nombre de otro* (*Das Handeln für einen anderen*), se haya iniciado precisamente con motivo de un delito concursal⁴. Ello puede entenderse al observar que el concurso punible, desde sus orígenes en su forma tradicional de bancarrota, siempre estuvo vinculado a diversas formas de responsabilidad penal objetiva que afectaban por el solo hecho de insolventarse o caer en insolvencia al quebrado, fallido o concursado (ya fuere persona natural o corporación). Ahora bien mientras dicha responsabilidad penal se determinaba y establecía conforme a las precarias instituciones fundamentadoras del Derecho penal anterior al Estado moderno no se presentaban mayores dudas ni conflictos en imputar a sujetos diversos al quebrado. Pero una vez que los postulados de Feuerbach en torno a la legalidad y a la determinación de la conducta punible se van materializando y asentando, según avanza la codificación, inevitablemente tendría que plantearse el problema de por qué (y cómo) hacer penalmente responsable a un sujeto que no es abarcado por la descripción legal, pero que realiza el comportamiento previsto en el tipo legal actuando por o en representación de la persona directamente aludida en la ley.

Así, históricamente, los delitos especiales y el problema del *actuar en lugar de otro* aparecen estrechamente ligados al surgimiento del principio legalidad y, en la actualidad, continúan insertos en dicho cauce⁵, con especial énfasis en las limitaciones que todo proceso de subsunción típica debe implicar⁶. El fundamento general que se encuentra tras la incorporación al código de los delitos especiales no es otro que la finalidad político criminal de limitar el número de autores posibles. Obsérvese que perfectamente el legislador podría haber tipificado estas conductas utilizando una fórmula impersonal como *el qué* o *quién*, que es la usualmente utilizada para determinar al autor de los delitos comunes. Por lo tanto es dable concluir que en los delitos especiales existe una vocación legislativa limitadora, que el intérprete no puede ignorar⁷.

En el caso del *concurso punible* además el deudor debe poseer la idoneidad necesaria para ser potencialmente declarado en concurso o, de lo contrario, la condición objetiva de punibilidad nunca se podría verificar. De este modo la *declaración de concurso* más que una exigencia delimitadora del círculo de autores, formulada en términos generales y abstractos, constituye un mecanismo llamado a cumplir también la función de determinar en concreto los requisitos indispensables para la autoría punible⁸. Por eso —conforme al art. 1.3 LC— deben exceptuarse del círculo de autores aquellas entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Debe advertirse que en todo caso ésta es una característica propia de cómo está estructurado el delito en el derecho español. Así por ejemplo, para la punibilidad del §283 StGB, no siempre es necesaria la declaración de concurso, ya que excepcionalmente es suficiente que el deudor haya suspendido sus pagos o que la solicitud de apertura del procedimiento de concurso haya sido rechazada por falta de masa.

2. Así VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Los Delitos de Alzamientos de Bienes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33. También GRACIA MARTÍN, *El Actuar en Lugar de Otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 350-352.

3. Sobre el concepto de delito especial propio *vid.* QUINTERO OLIVARES, *Los Delitos Especiales y la Teoría de la Participación*, CYMYS, Barcelona, 1974, pp. 31-32.

4. A fines del siglo XIX el Tribunal Supremo prusiano dicta (el 09/11/1874) su famosa sentencia en la que decide absolver de los cargos de bancarrota simple a un miembro del consejo de administración de una sociedad, ya que éste carecía de la calidad de deudor (que sí ostentaba la sociedad) requerida por el § 282-2 del Código Penal Imperial de 1871 (*RStGB*); *cfr.* GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 3-6.

5. *Vid.* la STS n.º 431/1997 de 24/03/1997 (Ponente: Granados Pérez) que, aunque específicamente referida al art. 15 bis CP 1973, es sumamente ilustrativa en el sentido del texto.

6. *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, en del mismo Quintero Olivares (Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 336.

7. *Cfr.* FERRÉ OLIVÉ, «Autoría y Delitos Especiales», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1014.

8. *Vid.* GÓMEZ-BENÍTEZ, *Curso de Derecho Penal de los Negocios a Través de Casos. Reflexiones Sobre el Desorden Legal*, Colex, Madrid, 2001, p. 225.

II. Los problemas de *autoría y participación* en las *insolvencias punibles*

II.1. El principio general

Es posible establecer —como principio rector en esta materia (y sin perjuicio de lo que se postulará en relación a los supuestos en que sea de aplicación el art. 31 CP o la cláusula especial del art. 260.1 CP)— que todo aquel interviniente que carezca de la calidad de *deudor* —en los casos en que la deudora es persona física— solo podría ser calificado como *partícipe* (inductor, cooperador necesario o cómplice) de este ilícito⁹.

Consecuencia práctica de este principio es la completa y absoluta accesoriedad de la responsabilidad penal de los *partícipes*; incluso de aquellos que en el art. 28 a) y b) CP (respectivamente el *inductor* y el *cooperador necesario*) han sido asimilados legalmente a los autores¹⁰.

Suele discutirse en la jurisprudencia cuál debe ser el correcto encuadre que merece la conducta de colaboración o ayuda con el deudor (tanto en el alzamiento o en la acción de bancarrota)¹¹. Las respuestas que alternativamente se han ensayado se mueven entre la *cooperación necesaria* (art. 28 b CP) y la mera *complicidad* (art. 29 CP)¹². Evi-

dentemente ello no es un asunto que pueda resolverse apriorísticamente, sino que dependiendo de la importancia y entidad que —en el caso particular— presente concretamente la colaboración (criterio de *la esencialidad de la contribución*)¹³.

En todo caso estimamos que en los supuestos de *participación* previstos en el art. 28 a) y b) CP se podría recurrir sin dificultades a la regla de individualización de la pena consagrada en el art. 65.3 CP; la cual faculta al juzgador para imponer la pena inferior en grado a la pena legal cuando en el *inductor* o en el *cooperador necesario* no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor¹⁴.

II.2. Los problemas de autoría mediata cuando el deudor es una persona física

La característica de delito especial propio de estas figuras no obsta, conforme al art. 28 CP, a la admisibilidad de la autoría mediata. En general no se conciben mayores problemas para admitir esta clase de autoría cuando el deudor se vale de un instrumento no doloso ni calificado¹⁵.

Cuestión distinta es la que se refiere a aquellos casos de autoría mediata con instrumento doloso no calificado

9. En la misma dirección CÓRDOBA RODA, en Córdoba Roda/García Arán (Directores), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 877 y BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 392 y 395.

10. Cfr. en este sentido QUINTERO OLIVARES, en del mismo Quintero Olivares (Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª edición, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 316. Sobre la calidad de partícipe (y no de coautor) que siempre tendría el cooperador necesario previsto en la letra b) del art. 28 CP cfr. PÉREZ ALONSO, *La Coautoría y la Complicidad (Necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 426-427.

11. Sobre esta discusión *vid.* la exposición que hacen MUÑOZ CONDE, *El Delito de Alzamiento de Bienes*, Bosch, 2.ª edición, Barcelona, 1999, pp. 173 y ss. y VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

12. En este sentido resulta sumamente ilustrativa la STS n.º 1573/1997 de 19/01/1998 que califica como cómplices necesarios —en los términos del art. 28.b) CP— a los sujetos que ostentaban los cargos de dirección y gestión en aquellas empresas que fueron beneficiadas por los específicos actos de bancarrota que se atribuyeron a la concursada, y que no podrían haberse llevado a cabo sin el consentimiento de los mismos.

13. Cfr. PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 430-432.

14. La conveniencia de esta norma —introducida por la LO 15/2003, de 25 de Noviembre— ha suscitado algún desencuentro en la doctrina. A favor de ella se han manifestado en general GÓMEZ MARTÍN, «La Actuación por Otro y la Participación de *Extranei* en Delitos Especiales. Un Estudio Sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP», en *Nuevas Tendencias en Política Criminal* (Directores: Mir Puig y Corcoy Bidasolo), B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 96 y ss. y (sin perjuicio de reconocer algunos defectos en su redacción) ZUGALDÍA ESPINAR, La Punición del Partícipe No Cualificado en los Delitos Especiales Propios e Impropios (Análisis del «art. 65.3 del Código Penal», *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Coord: Carbonell Mateu/Del Rosal Blasco/Morillas Cueva/Orts Berenguer/Quintanar Díez), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 969 y ss. En contra se han mostrado QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 424 (quien —además de calificarla como «aberración jurídica»— estima que acogería legislativamente la teoría de los delitos de infracción de deber) y PERIS RIERA, «Algunas Cuestiones Conflictivas de la Parte General Surgidas Tras la Reforma de la LO 15/2003, de 25 de Noviembre, de Modificación del Código Penal», *Las Últimas Reforma Penales*, CDJ III, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 366 y ss.

15. Así específicamente MUÑOZ CONDE, «El Delito de Alzamiento ...», ya cit., p. 182 y VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, p. 34. También en el mismo sentido —pero desde una perspectiva general— NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad Penal en la Empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 207-208 y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 379. En contra BUSTOS RAMÍREZ para quien no es posible —en general— la autoría mediata en los delitos especiales propios; cfr. su *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.

(*qualifikationsloses doloses Werkzeug*). Se trata de un supuesto sumamente complejo y de difícil solución¹⁶ en que —para la comisión del hecho— el deudor (*intraneus*) se valdría de un instrumento consciente que carece de la cualidad exigida por el tipo (*extraneus*) y que además tiene responsabilidad penal.

Pensemos en el siguiente ejemplo (en principio típico de alzamiento de bienes): *el deudor que —a fin de volver invisibles sus bienes frente a una serie ejecuciones que se avecinan— da, junto a una suma de dinero, instrucciones a su representante para que transfiera éstos a nombre de un testaferrero.*

Debe aclararse que el tratamiento de esta cuestión no es baladí, ya que las alternativas de solución determinarán en definitiva el cierre o apertura de posibles lagunas de punibilidad en el contexto de los delitos especiales¹⁷. Podríamos señalar que la solución específica a este grupo de casos se encuentra estrechamente vinculada a las respuestas de aceptación o rechazo en torno a la autoría mediata que a nivel general se han ensayado para el abordaje de esta problemática¹⁸.

Así, por ejemplo, en aquellos casos de representación legal o voluntaria de *personas físicas* (en que el representado es el *deudor/intraneus*) estimamos que la fórmula de la *autoría mediata* debe descartarse terminantemente, ya sea que se fundamente en modalidades del *dominio del hecho* corregidas —como las del *dominio social*¹⁹ y del *dominio normativo psicológico*²⁰—, o bien, en las peculiares consecuencias dogmáticas que surgen de la propia categoría de los *delitos de infracción de un deber* (*Pflichtdelikte*)²¹.

Nuestro rechazo a la argumentación de la autoría mediata en razón de un *dominio del hecho* corregido coincide con los mismos motivos que ya, latamente, han sido expuestos por la doctrina mayoritaria para no admitir una auténtica *instrumentalización* y *dominio* del ejecutor en estos supuestos²². A su vez nuestro rechazo a la fundamentación que surgiría de la sistemática inherente a los *delitos de infracción de un deber* se debe a que no compartimos los presupuestos sobre los cuales éstos se configurarían; ya que la mera y simple desobediencia jurídica²³ no puede llegar a desplazar las exigencias de afección del *bien jurídico* ni obviar la necesaria vinculación y subordi-

16. Así lo reconocen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDRACASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, *op. cit.*, p. 389.

17. Cfr. MUÑOZ CONDE, «Problemas de Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico, o ¿Cómo Imputar a Título de Autores a las Personas que sin Realizar Acciones Ejecutivas, deciden la Realización de un Delito en el Ámbito de la Delincuencia Económica Empresarial?», en *RP* n.º 9, Enero 2002, pp. 77 y ss. También véase NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

18. Sobre la problemática general referida a la autoría mediata, cuando se da un instrumento doloso no cualificado y las soluciones ensayadas, cfr. ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (traducción de la 6.ª ed. Alemana por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 383 y ss. y 703 y ss., HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 309 y ss., JAKOBS, «Derecho Penal, Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación» (traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 784-785, MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 374-375, GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 107 y ss. y Gimbernat Ordeig, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, 1966, p. 260 y ss.

19. Así WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), 2.ª edición castellana (de la 11.ª edición alemana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 150.

20. Así JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (traducción de Manzanares Samaniego), 4.ª edición, Comares, Granada, 1993, pp. 610-611.

21. En profundidad sobre el origen de la categoría de *delitos de infracción de un deber*, su pretendida sustantividad y las implicancias que la diferenciación *delitos de dominio/delitos de infracción de un deber* (*Herrschaftsdelikte/Pflichtdelikte*) conlleva en materia de autoría y participación *vid.* ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 67-69 y del mismo, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, *ya cit.*, pp. 383 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, pp. 26 y ss. y 181 y ss. Sobre la nueva configuración que JAKOBS ha aportado para esta categoría de delitos cfr. «La Normativización del Derecho Penal en el Ejemplo de la Participación», en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 619-642, *Injerencia y Dominio del Hecho. Dos Estudios sobre la Parte General del Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 104 y ss. y *tb.* su *Derecho Penal, Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación* (traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 266-267.

22. *Vid.* las críticas expuestas por BOLEA BARDÓN, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 411-416. En el mismo sentido cfr. ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho...*, *ya cit.*, pp. 279 y ss. También es atendible —y la suscribimos plenamente— la crítica que plantea Gómez Rivero en relación a que la aceptación de la autoría mediata «... solo sería posible mediante una desnaturalización de esta figura que acabaría convirtiéndose en un expediente con el que poder dar entrada en el ámbito de la tipicidad a todo aquello que el sentimiento de justicia considera punible y que, por alguna razón, resulta, sin embargo, impune»; cfr. *La Inducción a Cometer el Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 151. En la misma dirección que GÓMEZ RIVERO *vid.* FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 125.

23. *Vid.* la crítica al planteamiento de ROXIN en relación a la desobediencia formulada por FERRÉ OLIVÉ, *Autoría y Delitos Especiales*, *ya cit.*, pp. 1025-1026.

nación que toda indagación sobre la *autoría* debe al principio de legalidad²⁴. Además metodológicamente uno de los defectos de esta construcción Roxiniana radica en convertir el presupuesto de la autoría en el criterio para su determinación²⁵.

Desde nuestra perspectiva el problema ha de zanjarse necesariamente a partir de un respeto irrestricto al principio de legalidad²⁶. Con lo cual no puede castigarse como autor a alguien que no lo es si el Código no lo dice expresamente²⁷. Y en este sentido una de las funciones que el art. 31 CP cumple (al igual que el § 14 StGB) es, precisamente, ampliar el círculo de la autoría de los delitos especiales a personas que conforme a las exigencias típicas previstas en la descripción legal no pueden ser autores²⁸.

Ahora bien si el comportamiento típico del alzamiento de bienes (o del concurso) implica la disposición de bienes, entonces aquella conducta dispositiva de los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor (también el mero ocultamiento físico de éstos) llevada a cabo por quien no es titular del referido patrimonio, requerirá de una legitimación mínima para cubrir idóneamente su potencialidad. Dicha legitimación —a su vez— supondrá necesariamente que el *ejecutor/extraneus* obra con facultades de representación legal o voluntaria. Y si esto último es así no se ve problema en sostener que el traspaso ficticio de las cualidades típicas —que dispone el art. 31 CP— permite igualmente seguir considerando al representado como *autor*. En ningún caso podría pensarse que la responsabilidad del representante excluye la posible responsabilidad del representado o que el acto de repre-

sentación también endosa la eventual responsabilidad penal²⁹. La calidad de deudor del *intraneus* y la existencia del art. 31 CP determinan inexorablemente que el hecho ejecutado por su representante sea un alzamiento de bienes y no otra infracción.

De ahí entonces que si asumimos que el art. 31 CP permite, en los delitos especiales propios, extender la responsabilidad al *extraneus* que representa al *intraneus* cuando éste último es una persona física³⁰; el problema únicamente quedará circunscrito a la correcta calificación que merecerá la intervención del representado (el *deudor*) que no realiza actos ejecutivos típicos (p/ej: el comportamiento de alzamiento o la acción de bancarrota).

Y en esta disyuntiva hay que reconocer que aquellas soluciones propuestas por la doctrina tienden a privilegiar la fórmula de la *inducción* por encima de la *coautoría*. En dicha dirección se plantean HERNÁNDEZ PLASCENCIA³¹, GRACIA MARTÍN³², GARCÍA CAVERO³³, GONZÁLEZ CUSSAC³⁴ y NIETO MARTÍN³⁵.

Pero nosotros no compartimos la fórmula de la *inducción* toda vez que su intrínseca naturaleza accesoria³⁶ le resta idoneidad para captar en plenitud el contenido material de injusto de la conducta desplegada por el hombre de atrás (*deudor*)³⁷. Nótese que lo propio en la inducción es que sea el inducido quien decida y domine la realización del hecho. Si el poder de decisión y dominio se desplaza hacia el inductor, éste deja de ser tal³⁸.

De ahí entonces que esta fórmula impida evidenciar con claridad que el hecho igualmente le pertenece al deudor. Que es su obra, su *facto* y no el de otro en el que acceso-

24. Cfr. BOLEA BARDÓN, *op. cit.*, p. 125 y REBOLLO VARGAS, Rafael, «Algunas Consideraciones Sobre Autoría y Participación en los Delitos Especiales. Particular Referencia al Delito de Tortura», en *ADPCP*, T. LIII, 2000, pp. 138-142 y 150.

25. Cfr. en este sentido FALARDO CABANA (quien lo plantea siguiendo a OTTO y STRATENWERTH), *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas*, ya cit., p. 127.

26. Así FERRÉ OLIVÉ, *op. cit.*, pp. 1025-1026; quien incluso —en función de preservar el principio de legalidad— sugiere la aceptación de una laguna de punibilidad en el caso que comentamos de la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado.

27. Cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 298.

28. Así NIETO MARTÍN, «El Delito de Quiebra», ya cit., pp. 190-191 y GRACIA MARTÍN, «La Responsabilidad Penal del Directivo, Órgano y Representante de la Empresa en el Derecho Penal Español», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann, UAM; 14-17 de Octubre de 1992), Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, BOE, Madrid, 1995, p. 97. También en el mismo sentido la STS de 18/12/2000.

29. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed. ya cit., p. 335.

30. *Vid.* en este sentido GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 67 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Algunos Problemas Dogmáticos y su Solución en el Nuevo Código Penal Español», en *RP* n.º 1, Enero 1998, p. 20.

31. Cfr. *op. cit.*, p. 314.

32. Cfr. *El Actuar en Lugar de Otro...*, ya cit., pp. 115-116.

33. Cfr. «Otra Vez Sobre la Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho: Una Cuestión General y Otra Particular», en *In-Dret* 3/2006, n.º 362, p. 10 y *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 187.

34. *Vid.* «Ley Concursal e Insolvencia Punible», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1460-1461.

35. *Vid.* «El Delito de Quiebra», ya cit., p. 125.

36. Cfr. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

37. Esta última crítica de carácter político jurídica es utilizada con fuerza por Roxin para reafirmar la validez de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder; cfr. su comentario (*Anmerkung*) a la sentencia del BGH de 26/07/1994 (5 StR 98/94; LG Berlin), en *JZ* 1995, pp. 49-52.

38. Cfr. por todos REBOLLO VARGAS, *op. cit.*, pp. 146-147.

riamente participaría³⁹. Las especiales características de autor que estructuran a los delitos especiales cumplen la función político criminal de acotar el círculo de autores por la especial posición o vinculación que un número reducido de sujetos tienen respecto al bien jurídico⁴⁰. La mera intervención ejecutiva del representante en este contexto no puede mutar la relación o estatus del *deudor* y transformarlo en un partícipe.

En nuestra opinión la fórmula de la *coautoría* (primer apartado del art. 28 CP) aparece como la solución que mejor se adapta a las exigencias del principio de legalidad y —a la vez— que mejor sintetiza, desde una perspectiva política criminal, el desvalor existente en la intervención del *deudor* y su representante⁴¹. Obsérvese que si bien por regla general QUINTERO OLIVARES se inclina en considerar al representado como inductor⁴², acepta excepcionalmente que el inductor pudiese ser considerado coautor (autor conjunto) en los casos en que su intervención excede a la mera inducción⁴³.

En todo caso debemos aclarar que cuando nos referimos a la *coautoría* la estamos concibiendo como aquella *cooperación en que hay dominio funcional del hecho*⁴⁴ y que, cuando es capaz de configurar la ejecución, excepcional-

mente podría presentarse en la fase preparatoria (*coautoría no ejecutiva*)⁴⁵.

Es cierto que nuestro entendimiento implica una matización de los requisitos generalmente aceptados para la *coautoría* como fórmula de imputación, pero esta matización se torna necesaria debido a la propia naturaleza de la materia a la que se aplica. Obsérvese que en la dinámica empresarial la acción corporal y la influencia de ésta en la afectación de los bienes jurídicos son absolutamente residuales destacando, en un primer plano, los órganos de dirección de la empresa, que son los que en definitiva determinan mediante decisiones corporativas el sentido y significación del trabajo físico, el cual generalmente es fungible y periférico al proceso de toma de decisiones⁴⁶.

Precisamente la *autoría* y la *participación* constituyen los niveles dogmáticos donde más claramente se visualiza la tensión existente entre el derecho penal clásico y el denominado moderno derecho penal. Esta tensión es tan evidente que se ha llegado a afirmar que las fórmulas clásicas de fundamentar la responsabilidad criminal —como la autoría, complicidad, dominio del hecho o inducción— «saltan en pedazos» cuando se pre-

39. Cfr. ROXIN, «Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada», en *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos* (Editores: Ferré Olivé/Anarte Borrallo), Universidad de Huelva, 1999, pp. 195-196.

40. Así SCHÜNEMANN, «Cuestiones Básicas de Dogmática Jurídico-Penal y de Política Criminal Acerca de la Criminalidad de Empresa», en ADPCP, Tomo XLI (fascículo III), 1988, p. 543.

41. En este sentido NÚÑEZ CASTAÑO plantea, aunque de modo general, la coautoría como fórmula posible para solucionar el caso del subordinado-ejecutor que actúa (en el ámbito de una jerarquía empresarial) con plena responsabilidad; cfr. *op. cit.* pp. 186-188.

42. *Vid.* del mismo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed. ya cit., p. 322.

43. Cfr. *idem* anterior; donde afirma que el inductor «... responde como tal salvo que haya intervenido materialmente en la ejecución del delito, en cuyo caso dejaría de ser un partícipe y pasaría a ser autor conjunto. La única duda se produce cuando el inductor ha convenido un plan con el inducido, conforme al cual el inductor promete y da ayuda o cobijo tras la consumación del delito. Estimamos que abandonada la doctrina del acuerdo previo, el inductor debiera conservar esa condición, pero entonces acaso resultaría impune el encubrimiento posterior, salvo que se le hiciese responder también por esa causa, en cuyo caso el inductor sería mucho más castigado que el mismo autor. Para evitar llegar a tan contradictoria conclusión, el único camino es estimar que cuando el inductor no termina su intervención en la inducción, deja de serlo para pasar a ser autor conjunto».

44. Si falta el dominio funcional estaríamos en presencia de la cooperación necesaria legalmente asimilada a la autoría (art. 28 b CP). Así PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 426-427, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, *op. cit.*, pp. 62-65, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edición, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 455 y GÓMEZ RIVERO, «Regulación de las Formas de Participación Intentada y de la Autoría y Participación», en *RLL*, 1996-1 (D-21), p. 1627.

45. Partidarios de aceptar excepcionalmente la coautoría en la fase preparatoria se muestran ROBLES PLANAS, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 271 (quien habla en estos casos de *coautoría vertical*), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª edición, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 452, MUÑOZ CONDE, «¿Dominio de la Voluntad en Virtud de Aparatos de Poder Organizados en Organizaciones no Desvinculadas del Derecho?», en *RP* n.º 6, Julio-2000, p. 113, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación*, ya cit., p. 750 y WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), 2.ª edición castellana (de la 11.ª edición alemana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pp. 155-156. También se ha mostrado partidario —en la doctrina latinoamericana— de aceptar esta forma de coautoría CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2006, p. 281. En contra cfr. por todos LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Autoría y Participación», Akal, Madrid, 1996, pp. 79-82, para quien la única diferencia entre *coautor* (apartado 1.º del art. 28 CP) y *cooperador necesario* (art. 28 b CP) radica en que el primero realiza su aporte en la fase ejecutiva mientras que el segundo lo realiza antes de dicha fase. En contra tb. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y Participación», en *RLL* 1996/2, D-68, p. 1285, quien estima que nunca el cooperador necesario podrá ser (co)autor ya que lo determinante de este último es el dominio positivo del hecho.

46. Cfr. en este sentido SCHÜNEMANN, «Los Fundamentos de la Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de las Empresas, en del mismo», *Temas Actuales y Permanentes del Derecho penal después del Milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 130.

tenden aplicar a ámbitos como la denominada criminalidad organizada⁴⁷. Además la tensión señalada ha obligado, en algunos casos, no solo a modificar las reglas de la imputación sino que a crear otras que den cuenta de las particularidades del fenómeno empresarial⁴⁸.

Coherentemente con lo que estamos afirmando puede observarse que la fórmula legal de la *coautoría* —recogida en el art. 28 CP— solo exige la *realización conjunta del hecho* y no su coejecución⁴⁹. Este requerimiento jurídico—positivo supone una superación de las objeciones doctrinales que pudieran plantearse a la inclusión en el concepto de autoría de aquellos cooperadores no ejecutivos que realizan aportaciones decisivas, aunque ajenas al núcleo típico⁵⁰. El codominio funcional del hecho permite integrar en la *coautoría* aquellas aportaciones no ejecutivas ajenas al núcleo del tipo, siempre que dichas aportaciones sean esenciales para la consecución del resultado⁵¹. En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia⁵². Con lo que en definitiva las instrucciones de la *deudora* respecto a llevar a cabo un alzamiento de bienes o ac-

ciones de bancarrota perfectamente podrían quedar comprendidas en la fórmula del citado art. 28 CP⁵³.

De este modo —en el ejemplo propuesto— tanto el deudor como su representante ostentarían el dominio funcional del hecho. El *deudor* domina las especiales características típicas que vinculan al sujeto activo (en cualquier momento puede revocar la representación). Y las instrucciones dadas por el deudor se convierten en una contribución que constituye el presupuesto objetivo para la realización del hecho⁵⁴.

II.3. Los problemas de *autoría y participación* cuando el deudor es una persona jurídica

Más complejos y variados pueden resultar los problemas de autoría y participación que se presentan cuando el delito de alzamiento de bienes o el concurso punible se desarrollan en el seno de personas jurídicas; que son precisamente las portadoras de las especiales cualidades típicas requeridas para el sujeto activo (calidad de deu-

47. Cfr. QUINTERO OLIVARES, «La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita», en *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, ya cit., p. 177. Otros autores también han dado cuenta de la misma tensión al afirmar la falta de rendimiento de estas categorías dogmáticas para enfrentar la criminalidad de empresa; así ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y Modelos de Imputación Penal», en *ibid.* anterior, p. 233.

48. Cfr. GALLEGO SOLER, «Criterios de Imputación de la Autoría en las Organizaciones Empresariales», en *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 58, MUÑOZ CONDE, *Problemas de Autoría y Participación en el...*, ya cit., pp. 75 y ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 193.

49. Cfr. MEINI, *Responsabilidad Penal del Empresario por los Hechos Cometidos por sus Subordinados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 131-133, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de Empresa. La Responsabilidad Penal en las Estructuras Jerárquicamente Organizadas*, Tirant Lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2002, pp. 137 y ss., MUÑOZ CONDE, *Problemas de Autoría y Participación en el...*, ya cit., p. 71, del mismo también «Administración Desleal e Insolvencia Punible: Problemas de Imputación Personal», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 369-371, Núñez Castaño, *op. cit.*, pp. 140-143 y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed. ya cit., loc. cit.

50. Uno de los principales objetores a la referida inclusión es ROXIN; cfr. su «Autoría y Dominio...», ya cit., pp. 303-313 y 321 y ss. Una exposición de la discusión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 672 y ss.

51. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho...*, ya cit., p. 383 y PÉREZ CEPEDA, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 422.

52. Cfr. fundamento de derecho 21.º de la STS n.º 1240/2000 de 11/09/2000 (Ponente: Conde-Pumpido Tourón) donde se establece (con referencia también a la STS n.º 1177/98 de 14/12/1998) que «la realización conjunta del hecho implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común».

53. Así MUÑOZ CONDE, *El Delito de Alzamiento...*, 2.ª ed. ya cit., p. 179; quien lo afirma específicamente en relación a la «decisión de llevar a cabo un alzamiento de bienes adoptada en el seno de un Consejo de Administración, aunque no se hayan puesto en marcha las acciones fraudulentas mismas».

54. Es interesante destacar que GÓMEZ RIVERO (cfr. *op. y loc. cit.*), durante la vigencia de la cláusula contenida en el antiguo art. 15 bis CP 1973, sugería que el inductor *intrañeus* —en tanto su contribución constituía un presupuesto de la ejecución del hecho— realizaba una forma de cooperación necesaria que (según su concepción) era equiparable a la coautoría (al ostentar el dominio funcional del hecho). Por ello planteaba que cada interviniente podía responder por un título distinto y ello permitía que el *extrañeus* ejecutor eventualmente realizase un hecho atípico (al faltar su idoneidad). La construcción de GÓMEZ RIVERO es coincidente con mi planteamiento, lo que pasa es que a la fecha en que ella la formula, el referido art. 15 bis no abordaba la representación de personas físicas y por ello, coherentemente, había que concluir la atipicidad del comportamiento realizado por el representante ejecutor (al faltarle las características típicas exigidas al sujeto activo).

dora)⁵⁵. Estos supuestos, así como todas las dificultades de imputación que se presentan en los delitos especiales propios cuando son cometidos por personas jurídicas, han de ser conjugados y resueltos en base a la fórmula general (*del actuar en lugar de otro*) contenida en el art. 31 CP⁵⁶.

II.3.1 El administrador de hecho y el administrador de derecho

Conforme a art. 31 CP el *administrador de hecho o de derecho* responderá personalmente sin perjuicio de la solidaridad en el pago de la multa que atañe a la persona jurídica⁵⁷. El art. 31 CP⁵⁸ permite salvar la laguna de punibilidad que se produciría al carecer la persona física de las especiales exigencias típicas concurrentes en el ente jurídico incapaz de responsabilidad penal⁵⁹.

La primera cuestión a establecer entonces es el alcance que merece el concepto de *administrador de hecho*. Indudablemente la finalidad del concepto en cuestión es cubrir los vacíos de punibilidad que pudieren plantearse frente a

aquellos supuestos en los que el sujeto que interviene y actúa en nombre de una persona jurídica lo hace sin estar legalmente autorizado para ello o lo hace con algún déficit para el perfeccionamiento de dicha autorización⁶⁰. Precisamente debido a dicha finalidad es que el concepto de *administrador de derecho*⁶¹ no adquiere mayor preponderancia; ya que aquello que no corresponda integrar en él cabrá dentro de la mayor amplitud que presta el concepto de *administrador de hecho*⁶².

Por eso compartimos con la doctrina mayoritaria que este último concepto debe interpretarse más allá de los límites formales que pudieren determinar la relación jurídico—mercantil existente entre el administrador y la sociedad (*concepción estricta*)⁶³, y pasar a integrarse materialmente a partir del vínculo fáctico que —entre dicho sujeto y el bien jurídico— se pudiere llegar a presentar en cada caso concreto (*concepción amplia*)⁶⁴.

Así entonces resulta necesario que el *administrador de hecho* asuma fáctica y efectivamente funciones de administrador y, a su vez, éstas sean toleradas —expresa o tácitamente— por el órgano competente de la persona jurí-

55. Para un análisis de las soluciones posibles en el ámbito específico del alzamiento de bienes antes de que se introdujera en el ordenamiento jurídico español la fórmula del *actuar por otro*; vid. MUÑOZ CONDE, «La Responsabilidad Penal de los Órganos de las Personas Jurídicas en el Ámbito de las Insolvencias Punibles», en CPC n.º 3, 1977, pp. 151-176.

56. Otra opinión en GÓMEZ MARTÍN, quien duda que la regla contenida en el art. 31.1 CP podría llegar a servir para solucionar supuestos como los del instrumento doloso no cualificado; cfr. *op. cit.*, pp. 69-70.

57. Así CONDE-PUMPIDO FERREIRO en (Dir. Conde Pumpido Ferreiro) *Código Penal Comentado*, T. I, Bosch, Barcelona, 2004, p. 805. En profundidad sobre las consecuencias accesorias susceptibles de ser aplicadas a la persona jurídica conforme al art. 129 CP vid. GRACIA MARTÍN, en *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito* (VV.AA., Dir. Gracia Martín), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 574-588 y GUARDIOLA LAGO, M.ª Jesús, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Alcance del Art. 129 del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 130 y ss.

58. Artículo 31.

1. *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, 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, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*

59. En el sentido del texto vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles*, ya cit., pp. 105-106.

60. En este sentido MUÑOZ CONDE, *Administración Desleal e Insolvencia Punible...*, ya cit., pp. 357-358, NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 73 y FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.*, p. 885.

61. En todo caso la opinión de la doctrina mayoritaria es que —ante el concepto de *administrador de derecho*— nos situamos frente a un elemento normativo jurídico que debe ser valorado según la legislación extrapenal correspondiente. Cfr. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico...*, ya cit., p. 349, para quien «pueden ser administradores de derecho los órganos de administración de las diferentes clases de sociedades siempre que reúnan todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil y, en particular, siempre que hayan formalizado su nombramiento y se hayan inscrito en el Registro mercantil».

62. En este sentido vid. NIETO MARTÍN, *El Delito de Quiebra*, ya cit., p. 192.

63. Conforme a esta concepción los *administradores de hecho* serían aquellos que tienen un nombramiento defectuoso, no aceptado, pendiente de inscripción, caducado, ineficaz, nulo por inelegibilidad, renuncia, revocación expresa o cese. Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 76 y GARCÍA CAVERO, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa...*, ya cit., pp. 112 y ss.

64. Así MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico...*, ya cit., p. 350, NIETO MARTÍN, *op. y loc. cit.*, NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 77, GALLEGOS SOLER, «Política Criminal en Materia de Delitos Societarios», en *Nuevas Tendencias en Política Criminal* (Directores: Mir Puig y Corcoy Bidasolo), B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2006, p. 215, del mismo GALLEGOS SOLER,

dica. Además debe disponer de las facultades y poderes propiamente exigidos por el tipo penal de que se trate (P. ej. en el alzamiento de bienes específicamente debe poseer capacidad de disposición y enajenación de los bienes sociales)⁶⁵.

II.3.2. La intervención ejecutiva del administrador de hecho y/o de derecho

Una vez establecido el contenido mínimo que debe cumplir el concepto de *administrador de hecho* debe observarse que su intervención —por cierto también la del *administrador de derecho*— podrá ser calificada, sin objeción, como *autoría*⁶⁶.

Por las mismas razones que indicamos antes —en el sentido que la *coautoría* reconocida en el art. 28 CP puede prescindir de la tradicional exigencia de coejecución— tampoco vemos problema alguno en admitir la *coautoría* entre aquellos miembros del Consejo de Administración de una sociedad que deciden las conductas de alzamiento o bancarrota y el administrador (de hecho o de derecho) que material y conscientemente las lleva a cabo⁶⁷.

En este mismo orden de ideas tampoco parece que deba negarse la posibilidad de la *coautoría* entre el administrador de hecho y aquel de derecho cuando, por ejemplo, el primero decide el alzamiento o las acciones de bancarrota y el segundo conscientemente las ejecuta⁶⁸.

Sin perjuicio de que la discusión sobre la precisa calificación jurídica de la intervención de cada uno de los ad-

ministradores nombrados (coautoría, autoría en comisión por omisión, inducción o cooperación necesaria) es un asunto polémico⁶⁹, la concurrencia de ambas responsabilidades penales (la del administrador de hecho y la del de derecho) en un mismo hecho es reconocida por la doctrina como perfectamente compatible con la cláusula del art. 31 CP⁷⁰.

II.3.3. La no intervención ejecutiva (en el comportamiento típico) del administrador de derecho ni del administrador de hecho

Un grado de mayor complicación se presenta cuando el que ejecuta materialmente las conductas de alzamiento o bancarrota no puede ser considerado *administrador de derecho* ni tampoco *administrador de hecho*. En estos casos el art. 31 CP deja de ser eficaz para transmitir la calidad de *deudora* —inherente a la persona jurídica— a cualquier persona física que se desempeñe dentro de su estructura.

Pareciera que como el comportamiento de alzamiento de bienes y los actos de bancarrota generalmente suponen facultades de disposición sobre el patrimonio de la deudora es difícil imaginar supuestos semejantes. Pero de todas maneras, al menos, podría pensarse en *el ocultamiento físico de la totalidad de los bienes de la empresa (maquinarias e insumos) que es ejecutado por un grupo de subordinados siguiendo las instrucciones de un alto directivo que no ostenta la administración de derecho*.

«El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal», en *Derecho Penal de la Empresa* (Dir. Corcoy Bidasolo), Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 162, DE LA FUENTE HONRUBIA, «Los Entes Colectivos Como Sujetos del Derecho Penal. Su Tratamiento en el Código Penal», en *ADPCP*, Tomo LV, 2002, pp. 204-205 (específicamente nota a pie de página n.º 5), SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 31», en *Comentarios al Código Penal* (Dir. Cobo del Rosal), T. III (arts. 24 a 94), Edersa, Madrid, 2000, pp. 395 y ss., FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos Responsables en los Delitos Societarios», en *RP* n.º 1, Enero-1998, p. 25, FARALDO CABANA, *Los Delitos Societarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 147. Nótese que la versatilidad de una concepción amplia sobre el *concepto de administrador de hecho* permite cubrir incluso los supuestos más complejos. Como —por ejemplo— cuando el administrador de derecho de la persona jurídica no fuere una persona física, sino otra persona jurídica, que a su vez es administrada por una persona física. En este caso el administrador (de derecho o hecho) de la persona jurídica administradora podría ser considerado (si posee el dominio social típico) como el administrador de hecho de aquella persona jurídica administrada (de derecho) por la persona jurídica a la que pertenece. SILVA SÁNCHEZ (cfr., *op. cit.*, pp. 400-401) y GALLEGRO SOLER (cfr. «*El concepto de administrador de hecho...*», *ya cit.*, p. 170) comparten esta extensión del administrador de hecho como forma de atribuir responsabilidad a estos supuestos complejos.

65. Cfr. NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 192-193.

66. NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 207.

67. Así MUÑOZ CONDE, *El Delito de Alzamiento...*, 2.ª ed. *ya cit.*, p. 184.

68. En la misma dirección desde una perspectiva general NÚÑEZ CASTAÑO, *op. cit.*, p. 139.

69. En contra de la *coautoría* se manifiesta GARCÍA CAVERO, *Otra Vez Sobre la Responsabilidad Penal...*, *ya cit.*, p. 10 y *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho...*, *ya cit.*, pp. 186-187; para quien solo habría *inducción* en el hombre de atrás (administrador de hecho) ya que al no mostrarse externamente como administrador carecería del dominio social exigido —según su planteamiento— para la autoría.

70. Así expresamente SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 403-405 y GALLEGRO SOLER, *El concepto de administrador de hecho...*, *ya cit.*, p. 168-169. Se desprende también esta compatibilidad a partir de lo que propone GARCÍA CAVERO (cfr. su *Otra Vez Sobre la Responsabilidad Penal...*, *ya cit.*, pp. 8 y ss.) para construir la responsabilidad penal de los hombres de paja. FERRÉ OLIVÉ (cfr. *op. cit.*, p. 25), específicamente en el delito societario, también se pronuncia por la compatibilidad de las responsabilidades penales del administrador de hecho y de derecho.

II.3.3.1. Si los subordinados actúan como meros instrumentos

En el evento que los referidos subordinados actúan sin responsabilidad al ser utilizados como meros instrumentos (a través de coacción o engaño) no habría problema en recurrir a la autoría mediata (art. 28 CP), siempre que fuera posible considerar al alto directivo como *administrador de hecho* conforme al art. 31 CP.

Discutible sería la valoración que merecería la intervención (o no intervención) del *administrador de derecho*. Algunos autores sostienen que este último debería responder (en conjunto con la autoría mediata del alto directivo) como autor en comisión por omisión del alzamiento si es que —debiendo evitarlo y conociéndolo— no lo impide⁷¹.

Desde nuestro parecer no es posible el alzamiento en comisión por omisión y por regla general tampoco el concurso punible. Por lo tanto habría que concluir la impunidad del *administrador de derecho*, sin perjuicio de la imputación de responsabilidad a título de *desobediencia grave* (art. 556 CP) que eventualmente pudiere surgir si es que el administrador de derecho no manifestare bienes una vez iniciado el proceso de ejecución (*vid.* art. 589 LEC).

Distinto sería el panorama si el *administrador de derecho* compartiera el dominio funcional del hecho con el alto directivo, en cuyo caso ambos serían *coautores mediatos*.

II.3.3.2. Si los subordinados no pueden ser considerados como meros instrumentos

Ahora bien, en el mismo ejemplo, la verdadera complicación podría darse cuando los referidos subordinados obran conscientemente y con responsabilidad penal, ya que dejarían de ser considerados instrumentos de la voluntad del directivo y, consecuentemente, se caería la autoría mediata⁷².

II.3.3.2.1. Solución de la impunidad. La primera —y más sincera— alternativa de solución a este problema es optar por la impunidad de todos los intervinientes⁷³; ya que al carecer los subordinados de las especiales cualidades de autor (*deudor*) exigidas por el tipo legal no sería posible construir la autoría de ellos. Tampoco el administrador de derecho (superior jerárquico) podría ser considerado partícipe (inductor) ya que es inexistente un hecho principal al que accesoriamente se pudiera remitir dicha participación.

II.3.3.2.2. Solución derivada de la teoría de los delitos de infracción de un deber. Una segunda alternativa pasaría por considerar tanto el alzamiento de bienes como el concurso punible como especies pertenecientes a la categoría de los *delitos de infracción de un deber* (*Pflichtdelikte*) y recurrir a las consecuencias dogmáticas que de ello surgirían⁷⁴. Sin perjuicio que la identificación en cuestión ha sido negada por la doctrina española⁷⁵, su extrapolación a nuestro ejemplo permitiría considerar que el alto directivo (aceptando que como *administrador de hecho* se le traspasaran, *via* art. 31 CP, los deberes específicos) sería *autor* y el subordinado ejecutor *partícipe* (cooperador necesario o llegado el caso cómplice). Además el *administrador de derecho* también sería autor si es que consiente la realización de los hechos. Pero más allá de la identificación o no de estas figuras como *delitos de infracción de un deber*, la objeción central a un tal planteamiento —como antes adelantáramos (*cfr. supra III.2*)— se sitúa en su fundamento autoritario, al estructurar dogmáticamente el injusto más en la idea de desobediencia que en la efectiva necesidad de afección al bien jurídico⁷⁶.

II.3.3.2.3. Solución de la autoría mediata por dominio de organización. Una tercera alternativa se sitúa en extrapolar la *autoría mediata por dominio de organización* a los delitos especiales. Esta clase de autoría mediata —que no ha estado exenta de críticas⁷⁷— surge primeramente para poder castigar al autor de escritorio (*Schreibtschtä-*

71. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 387-388. BOLEA BARDÓN —como una respuesta posible al problema general del instrumento doloso no cualificado— también sugiere la imputación del hombre de atrás (*intraeus*) a título de autoría en comisión por omisión; *cfr. op. cit.*, pp. 441-446.

72. Así por todos *vid.* BOLEA BARDÓN, *op. cit.*, pp. 434 y ss.

73. Así es sugerido por FERRÉ OLIVÉ, *Autoría y Delitos Especiales*, ya cit., p. 1025.

74. Desde la perspectiva de los *delitos de infracción de un deber*, solo podrá ser autor quien infrinja el deber extrapenal. De ahí que únicamente el *intraeus*, titular de dicho deber, puede ser autor aunque no ejecute el hecho. El ejecutor *extraneus* solo sería partícipe.

75. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2.ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 63 y 120 y GARCÍA CAVERO, Percy, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho...*, ya cit., pp. 185 y 188; para quienes estas infracciones se tratarían —en la cosmovisión de ROXIN— de auténticos delitos de dominio.

76. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Autoría y Delitos Especiales*, ya cit., pp. 1025-1026.

77. Una crítica a la aceptación de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder puede verse en GARCÍA VITOR, «La Tesis del Dominio del Hecho a Través de los Aparatos Organizados de Poder», en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales (Homenaje a Claus Roxin)*, Universidad Nacional de Córdoba/Argentina, 2001, pp. 342 y ss., FERRÉ OLIVÉ, «Blanqueo de Capitales y Criminalidad Organizada», en *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, ya cit., p. 95, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª edición, Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 483-484 y GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

ter) en los crímenes cometidos por el Estado o sus agentes⁷⁸. En el último tiempo ha ido extendiendo considerablemente su ámbito de aplicabilidad y aceptación⁷⁹, llegando incluso a postularse como fórmula específica de imputación de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad empresarial⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior es mayoritariamente reconocido que la fórmula de la autoría mediata en virtud del *dominio por organización* resulta incompatible con aquellos supuestos —propios a la actividad empresarial— en que interviene un instrumento doloso no cualificado⁸¹. Una excepción a este amplio reconocimiento doctrinal la encontramos en FARALDO CABANA⁸², quien parte de la base que la autoría mediata por dominio de organización solo «pretende ofrecer una explicación de por qué el hombre de atrás puede ser considerado autor mediato cuando el ejecutor actúa de forma plenamente responsable, sin predeterminar el título por el que corresponde hacer a éste responsable»⁸³. De ahí entonces que, según FARALDO CABANA, podría mostrarse compatible la autoría mediata del hombre de atrás (*intranus*) con el instrumento doloso (subalterno ejecutor), sin perjuicio de admitir la impunidad de este último, ya que su eventual consideración como cooperador (necesario o cómplice) rebasaría el prin-

cipio de legalidad al no estar expresamente prevista dicha forma de intervención en el hecho del autor⁸⁴.

II.3.3.2.4. Solución de la cooperación necesaria. Por último hay quienes plantean como criterio de solución a este supuesto —aunque sin compartir la teoría de ROXIN de los *delitos de infracción de un deber*— las mismas conclusiones a las que se arriba con la creación del autor alemán. Así MUÑOZ CONDE⁸⁵ —y también NÚÑEZ CASTAÑO⁸⁶— consideran al subordinado *extraneus* como *cooperador necesario*. Mientras que aquellos que deciden, planifican y organizan el alzamiento de la empresa (aunque no intervengan en la fase ejecutiva) deberían ser tenidos como *autores* (o *coautores*), siempre que en ellos concorra la calidad de *administrador de hecho o de derecho*.

Una variante a la posición sustentada por MUÑOZ CONDE y NÚÑEZ CASTAÑO es la planteada por MEINI. Si bien coincide con ellos en calificar al subordinado ejecutor como cooperador necesario entiendo que la imputación de los directivos (*administradores de hecho o de derecho*) será como autoría en comisión por omisión; ya que éstos poseerían un deber de garante que les obliga a vigilar y controlar para que sus subordinados no desarrollen conductas que afecten bienes jurídicos protegidos plenamente⁸⁷.

78. En su formulación original *vid.* ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en GA, 1963 (Heft 7/Juli), pp. 193-207. Para una defensa actualizada, hecha por el propio Roxin, de esta construcción *cfr.* su «Dominio de la Organización y Resolución al Hecho», en del mismo, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual* (traducción de Abanto Vásquez), Grijley, Lima, 2007, pp. 511-534.

79. *Cfr.* AMBOS/GRAMMER, «Dominio del Hecho por Organización. La Responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Käsemann», en *RP* n.º 12 (Julio 2003), pp. 27-42, del mismo AMBOS, *Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en Virtud de Aparatos Organizados de Poder*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 y GÓMEZ BENÍTEZ, «El Dominio del Hecho en la Autoría (Validez y Límites)», en *ADPCP*, 1984, p. 112-113.

80. En esta dirección se manifestó el Tribunal Supremo Federal alemán (*BGH*) con motivo de su famosa sentencia de 26/07/1994 relativa a la responsabilidad de los integrantes el Consejo de Seguridad Nacional de la ex RDA por los homicidios y lesiones de las personas que trataban de cruzar clandestinamente el Muro de Berlín; *cfr.* la sentencia en cuestión en *NJW*, 1994, pp. 2703-2707. En la doctrina se declara, expresa y abiertamente, a favor FARALDO CABANA, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas*, *ya cit.*, p. 324. De manera excepcional —solo para el caso de algunas infracciones propias de derecho penal secundario— se muestra partidario FIGUEIREDO DIAS, «Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada», en *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, *ya cit.*, p. 106.

81. *Vid.* ROXIN, *El Dominio por Organización. Como Forma Independiente de Autoría Mediata*, en *RP* n.º 18 (Julio 2006), pp. 247-248, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad Penal de los Directivos de Empresa en Virtud de su Dominio de la Organización? Algunas Consideraciones Críticas», en *CPC* n.º 88, 2006, pp. 150-153, DEL RÍO FERNÁNDEZ, «La Autoría en Organizaciones Complejas», en *Fenómenos Delictivos Complejos* (Dir. Puerta Luis), CGPJ, Madrid, 1999, p. 228, MURMANN, Uwe, *Tatertschaft durch Weisungsmacht*, en GA, 1996 (Heft 6/Juni), pp. 278-281 y SCHULZ, Uwe; *Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft —eine notwendige Rechtsfortbildung?—* *BGH, NJW 1994, 2703*, en *JuS 1997, Heft 2*, pp. 109-113.

82. También BOTTKE ha sugerido que excepcionalmente podría extenderse la autoría mediata al instrumento doloso no cualificado y a aquel sin intención; *cfr.* «Criminalidad Económica y Derecho Criminal Económico en la República Federal de Alemania», en *RP* n.º 04 (Julio 1999), p. 27.

83. *Cfr.* FARALDO CABANA, *Los Delitos de Insolvencia Fraudulenta y de Presentación de Datos Falsos Ante el Nuevo Derecho Concursal y la Reforma Penal*, *ya cit.*, p. 292.

84. *Cfr.* *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, *ya cit.*, p. 126.

85. *Cfr.* *Administración Desleal e Insolvencia Punible: Problemas de Imputación Personal*, *ya cit.*, p. 374 y *El Delito de Alzamiento de Bienes...*, *ya cit.*, pp. 181-182 y 184.

86. *Vid.* su *Responsabilidad Penal en la Empresa*, *ya cit.*, pp. 211-212.

87. *Cfr. op. cit.*, pp. 474-477.

II.3.3.2.5. Posición personal. Las objeciones a estos últimos planteamientos radican en la débil fundamentación respecto al criterio material que permite considerar autores a sujetos que no intervienen en la ejecución del hecho.

La fórmula del dominio del hecho tampoco resulta apta para dicha fundamentación porque, como reconoce la propia NÚÑEZ CASTAÑO, los *intraneus* son en muchos casos autores (en términos fácticos) aunque no hayan dominado el hecho⁸⁸. Por eso la misma autora recurre a la tesis de Schünemann a fin de aglutinar bajo un criterio unívoco —presidido por la idea de dominio normativo— los denominados delitos de dominio y aquellos de infracción de un deber. Cabe señalar que para SCHÜNEMANN la posición de autor en los delitos especiales se identifica absolutamente con la formulación de la posición de garante («dominio sobre el fundamento del resultado»)⁸⁹.

Es cierto que a través de estas construcciones se intenta dar (aunque no se logre) un sustento de mayor plausibilidad a la imputación como autores de aquellos sujetos *intraneus* cuando ninguno de ellos realiza actos ejecutivos. Se busca evitar inadmisibles lagunas de punibilidad y por eso se llega a extremos como el de la teoría de la *pertenencia al hecho* acuñada por MIR PUIG; quien postula la autoría como una «relación de pertenencia del delito, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele (*el delito, no solo su realización fáctica*) como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo»⁹⁰.

Pero lamentablemente estas construcciones no pueden resolver la cuestión medular, relativa al principio de legalidad, que está en el centro del problema y que consiste en la pretensión de extender la autoría a personas que intervienen en el hecho de una manera diversa a la descrita en los arts. 257, 260 y 28 CP.

Respetar el principio de legalidad implica asumir sin complejos las lagunas de punibilidad que se producen cuando no es posible imputar la responsabilidad penal a sujetos que no realizan de forma íntegra el tipo penal pre-

visto en la parte especial ni tampoco se les puede aplicar las fórmulas extensivas de la parte general.

Estimamos que en el ejemplo propuesto, donde no es posible imputar la responsabilidad al no existir una regla legal expresa que lo permita, debe concluirse —por lo menos desde la perspectiva típica del alzamiento de bienes— *la impunidad de todos los intervinientes*. Ahora bien creemos que en el caso específico del concurso punible la cláusula especial «o persona que actúe en su nombre» contenida en el art. 260.1 CP permitiría cubrir la legalidad de la imputación a los subordinados ejecutores. A dicho análisis dedicaremos el siguiente apartado.

II.4. La cláusula del art. 260.1 CP, referida a la persona que actúe en nombre del deudor, como solución específica al problema del instrumento doloso no cualificado

Entendemos, siguiendo a un importante sector doctrinal⁹¹, que la cláusula en cuestión no es una repetición innecesaria del art. 31 CP y que —conforme al principio de vigencia— tiene por específica finalidad resolver los problemas de autoría existentes cuando el *intraneus* —*deudor* o *administrador* (en los casos del art. 31 CP)— se vale de un instrumento doloso no cualificado para causar o agravar la insolencia.

Nos parece que dicha cláusula no puede constituir una mera reiteración de lo dispuesto en el art. 31 CP. Primero porque técnicamente no es necesario reiterar en la parte especial las disposiciones generales propias de la parte general. Esta falta de necesidad podríamos presumirla conocida (de derecho) por el legislador penal. Y seguidamente porque si la reiteración hubiera sido la intención del legislador de 1995, coherentemente, debería haber repetido en el art. 260.1 del Código penal todos los supuestos a los que se refiere el señalado art. 31 y no solo aquel en que se actúa en nombre del sujeto especial. Proceder de este modo habría dejado fuera de la reiteración otros supuestos

88. Cfr. *op. cit.*, p. 211.

89. Cfr. «El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría Incluyendo el Actuar en Lugar de Otro», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 997 y ss. También *vid. Cuestiones Básicas de Dogmática...*, ya cit., p. 544, donde el autor alemán sostiene que «el ámbito de responsabilidad del representante queda constituido, en función de su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una *relación de dominio* sobre la causa del resultado *igual a la del garante*, ya sea en la ya conocida forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma del *dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad del objeto del bien jurídico amenazado*».

90. Cfr. su *Derecho Penal. Parte General*, ya cit., p. 381 (la cursiva es del texto original).

91. Cfr. NIETO MARTÍN, *El Delito de Quiebra*, ya cit., p. 125 y *Las Insolencias Punibles en el Nuevo Código Penal*, ya cit., p. 772, GONZÁLEZ CUSSAC, *Las Insolencias Punibles en las Sociedades Mercantiles*, ya cit., pp. 99-102 y *Los Delitos de Quiebra*, ya cit., p. 154 y FARALDO CABANA, *Los Delitos de Insolencia Fraudulenta y...*, ya cit., p. 290. En contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2.ª ed. ya cit., p. 121, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª ed., ya cit., p. 469 y SUÁREZ GONZÁLEZ, en (Dir. Bajo Fernández) *Compendio de Derecho Penal (parte especial)*, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 528; para quienes la cláusula contenida en el art. 260.1 CP sería superflua y solo reiteraría innecesariamente lo que ya se desprende del art. 31 CP.

más importantes como la representación (legal o voluntaria) de personas físicas y la administración de personas jurídicas y permitiría la interpretación de que dichos casos han sido excluidos (por no reiterarse) de la punibilidad del delito concursal.

Por eso entonces que, conforme al principio de vigencia de las normas, ciertamente la cláusula en cuestión está llamada a satisfacer una función diversa, pero complementaria a la que cumple el art. 31 CP. A través de la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*», contenida en el art. 260.1 CP, se busca cubrir legalmente la atipicidad que se produce en casos de disociación típica en que no se dan los presupuestos habilitantes para la operatividad del art. 31 CP.

Si se observa con detención el art. 31 CP se convendrá en que establece como exigencia nuclear la circunstancia que aquella persona que ejecuta el comportamiento típico siempre ha de actuar en nombre o representación de la *persona física concursada*, o bien como administrador (ya sea de hecho o de derecho) de la *persona jurídica concursada*. Precisamente dicha particular vinculación jurídica o fáctica del ejecutor material con la concursada es la que le permite a esta norma transmitir mediante una ficción las cualidades de autor a quien no las posee. Por lo tanto el art. 31 CP deja de ser eficaz para una transferencia como la descrita cuando el que materialmente causa o agrava la insolvencia no puede considerarse representante o administrador de la persona jurídica concursada incapaz de responsabilidad penal.

En este sentido piénsese en el siguiente caso: ***la destrucción física de gran parte de la maquinaria de una empresa productora de bienes que, siguiendo las instrucciones de un importante directivo, es ejecutada por dos subordinados que no ostentan facultades de administración.***

Por una parte, si los referidos subordinados no actúan instrumentalizados por el importante directivo⁹², sino que intervienen dolosamente, la posibilidad de recurrir a la *autoría mediata* del art. 28 CP inevitablemente se esfuma. No debe olvidarse que la aceptación indiscutida de la autoría mediata solo se da en el caso que el sujeto cualificado (*intraeus*) se sirve como instrumento para realizar el tipo de otro sujeto no cualificado (*extraneus*) y que actúa sin dolo⁹³.

Por otra parte, al carecer los subordinados de las especiales cualidades de autor (*deudor*) exigidas por el tipo del art. 260 CP, no sería posible construir la autoría (ni la coautoría) de ellos.

Tampoco el importante directivo podría ser considerado *inductor* (partícipe) ya que es inexistente un hecho principal al que accesoriamente se pudiera remitir dicha participación.

Discutible sería en todo caso la valoración que en el mismo supuesto merecería la intervención (o no intervención) del *administrador de derecho*. Algunos autores sostienen, desde una perspectiva general, que este último debería responder (en conjunto con la autoría mediata del alto directivo) como autor en comisión por omisión de la causación o agravamiento de la insolvencia si es que —debiendo evitarlo y conociéndolo— no lo impide⁹⁴. Pero desde nuestra perspectiva solo muy excepcionalmente sería posible aceptar la punibilidad del delito concursal en comisión por omisión y, claramente, la naturaleza de la excepción que apuntamos no está referida a un supuesto como éste.

Para solucionar específicamente estas complicaciones y dificultades en consonancia con el respeto al principio de legalidad se ha establecido por el legislador la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*». Con ella se podría solucionar fácilmente este caso; ya que no exige una posición de administrador (ni siquiera de hecho) por parte del sustituto que realiza el comportamiento típico. Basta tan solo que el sustituto obre, intervenga o actúe en nombre del ente *deudor (concurado)* para que acceda al círculo de autores típicos, aún cuando no se le transfieran las especiales circunstancias que caracterizan al autor cualificado.

Si se observa con detención el asunto debe compartirse que, de alguna u otra manera, la tipicidad contenida en el art. 260.1 CP contempla dos formas de autoría: una propiamente tal, que descansa en aquellos que ostentan directamente (*deudor que fuere declarado en concurso*) o indirectamente (vía art. 31 CP) la cualificación y otra que —debido a exigencias político criminales relacionadas con la necesidad de evitar la impunidad en determinados supuestos— ha sido legalmente asimilada a la consideración de autor mediante la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*». Nótese que una situación similar también se presenta con categorías que en rigor no son propiamente de autoría, como la *inducción* y la *complicidad necesaria* (art. 28 CP, letras a y b), pero que por razones político criminales son sancionadas como si lo fueran.

Cabe consignar que con la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*», contenida en el art. 260.1 CP, ha sido la propia ley la que ha dado una respuesta a un problema de legalidad como es el hacer responder a subordinados (*extraneus*) que no son el *deudor*, ni son administra-

92. Este importante directivo —llegado el caso y si se dieran los requisitos correspondientes— podría ser considerado *administrador de hecho* conforme al art. 31 CP.

93. Así por todos *vid.* GONZÁLEZ CUSAC, *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles...*, ya cit., pp. 92-93.

94. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 31», en *Comentarios al Código Penal* (Dir. Cobo del Rosal), T. III (arts. 24 a 94), Edersa, Madrid, 2000, pp. 387-388. También, como una respuesta posible al problema general del instrumento doloso no cualificado, BOLEA BARDÓN (cfr. *op. cit.*, pp. 441-446) sugiere la imputación del hombre de atrás (*intraeus*) a título de autoría en comisión por omisión.

dores, ni representantes de éste. El art. 31 CP no es aplicable a los mencionados subordinados porque el grado de vinculación hacia la persona jurídica que su actuación produce no alcanza los mínimos requeridos por dicho artículo. Se trata de un grado de vinculación frágil que, dada su precariedad, solo puede ser captado por la especialidad de la cláusula contenida en el art. 260.1 CP que analizamos.

En todo caso creemos que —de *lege ferenda*— debería establecerse la posibilidad en estos supuestos de rebajar la pena del subordinado *extraneus*, ya que aparece desproporcionado que se prevea para él la misma pena que para el autor *intraneus*. La necesidad de esta rebaja se aprecia fácilmente al existir una menor culpabilidad en el subordinado ejecutor; debido a que «el hecho no es cosa suya, que él se ha limitado a seguir instrucciones» que en definitiva aparecen concordantes con su rol y estatus laboral⁹⁵. Ahora bien la regla del art. 66.1.6ª CP, específicamente en aquella parte en que se refiere a las circunstancias personales del delincuente, es la única que de *lege lata* permitiría valorar esta menor culpabilidad (respecto al autor *intraneus*) que existiría en el subordinado ejecutor *extraneus*.

Recapitulando cabe señalar que en virtud de esta cláusula no habría problema para, en supuestos como los del ejemplo, considerar siempre a los subordinados ejecutores como *autores*⁹⁶. Si no fuere posible considerar al importante directivo como administrador de hecho, respondería como *inductor* y en el evento que fuere posible considerarlo administrador de hecho cabría admitir su coautoría (no ejecutiva) con los subordinados *extraneus*⁹⁷.

III. Problemas específicos de autoría y participación en el concurso punible

III.1. La intervención del administrador concursal

Cabe detenerse a analizar si el *administrador concursal* previsto en el Título II de la Ley Concursal puede ser con-

siderado integrante del círculo de autores del delito de concurso.

En principio no existe obstáculo para una tal consideración ya que la administración concursal —sea que se trate de un órgano colegiado (art. 27.1 LC), de una persona física (art. 27.2.3ª LC) o de una persona jurídica (art. 30 LC)— posee en general la representación legal del *deudor concursado* y por lo tanto el art. 31 CP permite el traspaso de las cualidades típicas a las personas físicas que ejercen dicha administración⁹⁸.

En todo caso debe matizarse la aceptación anterior y reconocer que la administración concursal no integrará siempre y en cualquier evento el círculo de autores del tipo previsto en el art. 260 CP. Habrá que ver en el caso concreto cuáles son las específicas facultades de disposición y administración que el Juez del concurso le mantiene al deudor y cuáles son aquellas otras que le ha transferido al administrador concursal (arts. 21.1.2.º, 40.1, 40.2, 40.3 y 40.4 LC).

En el supuesto de que las facultades de disposición y administración sobre el patrimonio del deudor transferidas al administrador concursal fueren típicamente idóneas para la realización de un comportamiento agravatorio de la insolvencia (así por lo general en el concurso necesario; art. 40.2 LC); no habría problema en considerar —vía art. 31 CP— al administrador concursal dentro del círculo de autores del delito de concurso. Por lo mismo la posibilidad de que en estos mismos supuestos se pudiese sostener una *coautoría* (no ejecutiva) entre deudor concursado y administrador concursal aparece plenamente viable.

Por el contrario, si no se le entregaren al administrador facultades para disponer sobre el patrimonio del concursado (así por lo general en el concurso voluntario; art. 40.1 LC), el art. 31 CP no sería eficaz para transmitir la calidad de autor. Como la intervención del administrador concursal en estos casos (art. 40.1 LC) se limitará en general a *autorizar o confirmar* la actuación del concursado, su eventual imputación de responsabilidad penal —al carecer de la característica de autor— solo sería posible como participe en el hecho del concur-

95. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de Asignación de Responsabilidad en Estructuras Jerárquicas», en Bacigalupo Zapater (Dir.), *Empresa y Delito en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 33.

96. Así FARALDO CABANA, *Los Delitos de Insolvencia Fraudulenta y...*, ya cit., p. 290, GONZÁLEZ CUSSAC, *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles*, ya cit., pp. 110-111 y NIETO MARTÍN, *El Delito de Quiebra*, ya cit., p. 125.

97. De la misma opinión FARALDO CABANA, *Los Delitos de Insolvencia Fraudulenta y...*, ya cit., p. 290 (específicamente nota a pie de página n.º 26). En contra GONZÁLEZ CUSSAC, *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles...*, ya cit., p. 101 y NIETO MARTÍN, *El Delito de Quiebra*, ya cit., p. 125; para quienes siempre el deudor *intraneus* (o su representante o administrador) respondería como *inductor*. Además Nieto Martín sostiene que cuando el deudor *intraneus* solo consiente o tolera el comportamiento típico que es ejecutado por un subordinado (*extraneus*) en este caso la responsabilidad penal del administrador sería en comisión por omisión dada la posición de garante que tendría en relación a evitar riesgos en la empresa procedentes de personas sometidas a su dirección; cfr. *op.* y *loc. cit.*

98. De la misma opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2.ª ed., ya cit., p. 121. En contra DE ALFONSO LASO, «Las Insolvencias Punibles a la Luz de la Nueva Ley Concursal. Algunos Problemas Prácticos Concretos en su Aplicación, en Derecho Penal Económico», *EDJ* n.º 72, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 288-290, quien estima que la actuación del administrador concursal tiene por objeto conservar el patrimonio del deudor para satisfacer los créditos y en caso alguno actuar conforme a los deseos del deudor.

sado. De este modo si *autoriza* la realización de un comportamiento por parte del concursado que resulta típicamente agravatorio de la insolvencia, será *cooperador necesario* (art. 28.b CP) y si solo lo *confirma* será *cómplice* (art. 29 CP).

Es cierto que podría discutirse la consideración de *cómplice* (art. 29 CP) en la medida que la colaboración (*confirmación*) del administrador concursal se verifica con posterioridad a la ejecución del acto por el concursado. Pero no debe olvidarse que los actos realizados por este último se perfeccionan y adquieren plena validez jurídica cuando han sido confirmados, convalidados, o se acredite que la acción de anulación ha caducado o se ha desestimado por sentencia firme (art. 40.7⁹⁹ LC). Por lo tanto la *confirmación* del acto del concursado por el administrador concursal debe entenderse como temporalmente coetánea a la dinámica con que se desarrolla dicho acto¹⁰⁰.

III.2. La intervención del *auxiliar delegado*

En el supuesto que al *administrador concursal* le hayan sido encomendadas las facultades de disposición y administración del patrimonio del deudor cabría la posibilidad que dichas facultades —con autorización del Juez del concurso— las pudiese delegar en un *auxiliar* (art. 32 LC)¹⁰¹. Es lo que se conoce como la figura del *auxiliar delegado*.

Pero estimamos que aunque estas facultades delegadas fueren típicamente idóneas para la realización de un comportamiento agravatorio de la insolvencia no podría considerarse que el *auxiliar delegado* integre —vía art. 31 CP— el círculo de autores del delito de concurso.

Obsérvese que el *auxiliar delegado*, conforme al art. 32.1 LC, es solo un representante específico del *administrador concursal* y no del *deudor concursado*. El art. 31 CP solo permite transmitir las calidades típicas del *concurso* (*intraneus*) al *administrador concursal* (en tanto representante o administrador del concursado), pero no al representante (apoderado especial) del administrador concursal.

Extender la eficacia del art. 31 CP al *auxiliar delegado* no es posible ya que importaría una analogía prohibida, salvo que se entendiera que el *auxiliar delegado* es un *administrador de hecho* de la *concurzada*, a su vez administrada por el *administrador concursal*¹⁰². Pero ello sería ir demasiado lejos e ignorar que legalmente el *auxiliar delegado* es únicamente un mandatario especial del *administrador concursal*.

Sin embargo mediante la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*», contenida en el art. 260.1 CP, la eventual laguna de punibilidad desaparece y no habría problema para que el *auxiliar delegado* pudiese ser sancionado como autor sustituto si interviene en nombre del deudor concursado. Si bien es indiscutible que el *auxiliar delegado* representa al administrador concursal, es posible que se le endose la función de continuar con la actividad del deudor (art. 32.1 LC) y, en ese contexto, habría que entender que sus actuaciones se desarrollan —aunque no lo represente— en nombre del deudor concursado.

Nótese que de aceptarse la solución que proponemos la cláusula «*o persona que actúe en su nombre*», del art. 260.1 CP, tendría utilidad práctica más allá del mero problema referido al instrumento doloso no cualificado.

99. **Art. 40.7 LC.** «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta».

«Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme».

100. En el evento de no aceptarse que la *confirmación* realizada por el administrador concursal representa una forma de ayuda simultánea podría explorarse, aunque con bastante dificultad, la posibilidad de un delito de receptación del art. 298.1 CP (frente a lo cual sería necesario exigir, además del ánimo de lucro, que la confirmación del administrador constituye una ayuda al concursado para aprovecharse de los efectos del delito concursal) o bien (si no hubiere ánimo de lucro) un delito de encubrimiento del art. 451.1.º CP.

101. **Art. 32 LC.**

1. «Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución».

2. «Si el juez concediere la autorización, nombrará a los auxiliares, especificará sus funciones delegadas y determinará su retribución, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la solicitud cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su denegación».

3. «Será de aplicación a los auxiliares delegados el régimen de incapacidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes».

4. «El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor».

102. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 31», en *Comentarios al Código Penal*, ya cit., p. 400.