

ADMINISTRACIÓN DESLEAL E INSOLVENCIA PUNIBLE: PROBLEMAS DE
IMPUTACIÓN PERSONAL

Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pablo Olavide, Sevilla

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

ADMINISTRACIÓN DESLEAL E INSOLVENCIA PUNIBLE: PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN PERSONAL

*Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho penal,
Universidad "Pablo de Olavide", Sevilla*

En el año 1957, el Profesor Marino Barbero Santos escribió un pionero artículo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que interrogativamente se planteaba algo que entonces parecía el "sexo de los ángeles" y hoy ha cobrado relevancia inusitada ante el avance y la importancia creciente de este problema en los sectores que más caracterizan lo que se ha dado en llamar "moderno" Derecho penal, medio ambiente, economía, corrupción. Luego, en los años 80, dedicó interesantes estudios a uno de estos sectores, el Derecho penal económico, fruto de los cuales fue la edición de un libro colectivo "Los delitos socioeconómicos", Madrid 1985, en el que se recogían diversas contribuciones suyas y de otros autores en un Symposium que sobre el mismo tema había organizado un año antes. Posteriormente, en sus años de Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo tuvo ocasión de ocuparse de alguno de estos temas, lo que le deparó más de un sinsabor y el ataque de muchos que no quisieron ver que su actuación no era otra cosa más que la aplicación rigurosa de unos conocimientos adquiridos tras muchos años de duro bregar por las mejores universidades e institutos de Derecho penal del mundo y la coherencia con unos principios de honestidad e independencia de los que ha hecho gala durante toda su larga y fructífera vida. Por eso, aprovecho la ocasión que me brinda este merecido Homenaje para dedicarle estas páginas que no son más que el fruto parcial de una reflexión ya antigua sobre los temas más peliagudos del Derecho penal económico.

La relación entre las insolvencias punibles y otros delitos de carácter patrimonial o económico es evidente. Normalmente, como demuestra, por ejemplo, la lectura de los distintos supuestos que según el art. 890 del Código de comercio convierten una quiebra en fraudulenta, la provocación de una insolvencia, como las tipificadas en el Capítulo VII del Título XIII (alza-

miento de bienes, quiebras, concursos y suspensiones de pago fraudulentas, favorecimiento de acreedores, presentación de datos falsos en la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos), va acompañada de la realización por parte del deudor, o de otras personas que actúan en su nombre o representación, de otros hechos delictivos, bien instrumentales (como las falsedades documentales), bien concomitantes como la estafa, la apropiación indebida o, sobre todo, una administración desleal que puede corresponderse con la tipificada como delito societario en el art. 295 del Código penal, con los que la respectiva insolvencia punible puede entrar en concurso ideal o real de delitos. De ahí que algún autor especialista en esta materia, como por ejemplo Klaus Tiedemann en Alemania¹, prefiera hablar de un “Derecho penal de la insolvencia” en sentido amplio, que incluiría todos los delitos relacionados, con esta materia, en lugar de un “Derecho penal concursal” en sentido estricto que acogería exclusivamente las llamadas insolvencias punibles, es decir, los delitos específicos relacionados con el Derecho concursal, o derecho de ejecución de los bienes del deudor, bien se trate de una ejecución singular o de una ejecución universal.

Ciertamente, es difícilmente imaginable la provocación de una insolvencia fraudulenta que no vaya acompañada de otro tipo de actividades delictivas y especialmente de un delito de administración desleal, cuando el deudor, comerciante o empresario tiene una actividad económica de cierta importancia, y junto a sus propios bienes, administra o utiliza también bienes de otras personas, o cuando sus actividades económicas más importantes consisten, principalmente, más en la administración de bienes ajenos que de los propios. También puede decirse lo contrario, pues es igualmente frecuente que los grandes fraudes financieros, que constituyen un complejo delictivo que abarca falsedades instrumentales, estafas, apropiaciones indebidas, administración desleal, terminen con una situación de insolvencia cuya autonomía delictiva queda a veces comprometida, porque no es más que la culminación de una gigantesca maniobra defraudatoria, en la que, junto a la realización de actividades perfectamente lícitas, se introducen elementos delictivos tendentes a asegurar el enriquecimiento a costa, si fuera preciso, del perjuicio económico de terceros, acreedores, socios, la propia sociedad, etc.^{1a}.

¹ Cfr. *Insolvenz-Strafrecht*, 2ª ed., 1996, num.marg. 2.

^{1a} De las relaciones entre los diversos delitos que constituyen este complejo delictivo y las insolvencias punibles, así como de la autonomía de éstas me he ocupado en varias ocasiones. Ya en la 1ª edición de mi obra *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona 1971, y posteriormente en un artículo expresamente dedicado al tema, *Autonomía del delito de alzamiento de bienes*, RJCat. 1977 (también en CPC 1977). También me ocupé en extenso del problema en *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª edición revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, pp. 185 y ss.

La relación entre la administración desleal y la insolvencia punible, bien sea un alzamiento de bienes o un delito de quiebra, concurso o suspensión de pagos, es, pues, evidente y hasta cierto punto inevitable. Estructuralmente, el delito de administración desleal del art. 295 y las insolvencias punibles son, por lo demás, muy parecidos, pues en todos ellos se trata de una administración incorrecta de los bienes, bien sean éstos ajenos, bien sean propios, y desde este punto de vista, es decir, desde el abuso de las facultades de disposición sobre los bienes, presentan problemas dogmáticos muy similares, sobre todo en la determinación del sujeto activo y en la solución de algunos problemas de autoría y participación, que son las cuestiones específicas de las que me voy a ocupar en este trabajo.

1. La determinación del sujeto activo del delito. La actuación en nombre de otro. La consideración fáctica del concepto de deudor y el levantamiento del velo de la persona jurídica. El administrador de hecho.

Antes de la reforma de 1983, era difícil imputar a una persona, que actuara en nombre y representación de una persona jurídica, delitos que sólo podían cometer los que tuvieran la cualidad exigida en el tipo (por ejemplo, la de deudor), cuando esa cualidad se daba en la persona jurídica, pero no en la persona física que actuaba en su nombre y realizaba la acción delictiva. No obstante, la jurisprudencia hizo caso omiso en alguna ocasión de este impedimento legal, estimando que no había inconveniente en atribuir a efectos penales la cualidad exigida por el tipo delictivo, para ser sujeto activo del mismo, a la persona que sin tener esa cualidad actuaba en nombre de una persona jurídica que sí la tenía. La doctrina², sin embargo, criticó dicha tesis jurisprudencial y solicitó de *lege ferenda* una decisión legislativa que finalmente se produjo con la introducción, en el anterior Código penal, del art. 15 bis, que resolvía expresamente este problema. A partir de la reforma de 1983, y con el apoyo dogmático del citado art. 15 bis, el Tribunal Supremo no tuvo ya inconveniente legal alguno en apreciar, por ejemplo, un alzamiento de bienes en la conducta de un gerente, miembro del Consejo de Administración de una sociedad anónima, que trasvasó bienes de ésta a otra para frustrar los derechos de los acreedores (STS 6 julio 1994), o más recientemente, a los administradores de una sociedad anónima que enajenaron bienes de ésta en perjuicio de sus acreedores (STS 21 octubre 1996).

² Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, 1ª ed. cit.; el mismo, La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles, *CPC*, 1977.

Pero en otras ocasiones, incluso tras la reforma de 1983, el Tribunal Supremo ha apreciado directamente autoría en el delito de alzamiento de bienes, sin recurrir al art. 15 bis, entendiendo que ello no es necesario cuando la realidad patrimonial, aunque no jurídica, permite identificar al verdadero propietario de los bienes enajenados y, por tanto, deudor y autor de un delito de alzamiento de bienes, aunque formalmente se trataba de una sociedad con una personalidad jurídica y patrimonial diferenciada de la de sus únicos accionistas (cfr. STS 25 noviembre 1991; también STS 24 julio 1989; 17 septiembre 1990).

La jurisprudencia llegó a esta *consideración fáctica del concepto de deudor* a través de la teoría del *levantamiento del velo de la persona jurídica*. VIVES y GONZÁLEZ CUSSAC^{2a} critican esta postura jurisprudencial a la que califican de “exagerada e inaceptable, porque al abrazar criterios materiales que quedan fuera del círculo formal descrito por el tipo, olvida que una cosa es el levantamiento del velo como técnica para descubrir qué personas físicas toman en realidad las decisiones; y otra muy distinta, confundir la esfera patrimonial de una persona jurídica con la de una persona física a efectos de la aplicación de una figura de delito”.

Sin embargo, esta crítica a la jurisprudencia no es del todo fundada a la vista de la nueva redacción del art. 31 y de la ampliación del círculo de sujetos activos, en el ámbito de los delitos societarios, a los “*administradores de hecho*”. Pero incluso antes de la entrada en vigor del nuevo Código, e incluso antes de la introducción del art. 15 bis en el anterior Código penal, ya la jurisprudencia había diferenciado los casos de actuación del representante de la persona jurídica, de aquéllos en los que no se trata de actuación en nombre de otro, sino en nombre propio, aunque utilizando formalmente una personalidad jurídica diferente. De ello deduce, por ejemplo, la STS de 24 de julio de 1989, que “sujeto activo, antes y después de la reforma de 1983, es quien, de acuerdo con la realidad patrimonial resulte titular del patrimonio sobre el que recaen las obligaciones contraídas. En consecuencia, el art. 15 bis (del anterior Código penal, el art. 31 del actual) se limita a aquellos casos en los que existe verdadera representación de una persona jurídica, con clara diferenciación patrimonial” (en el mismo sentido, también STS 6 marzo 1990).

A la vista de lo que se dice en esta jurisprudencia, cabría incluso plantearse si es necesario introducir cláusulas como la contenida en el art. 31, si de todas formas la consideración fáctica del concepto de deudor permite atribuir esta cualidad a quienes formalmente no la tienen. Esta tesis fue propugnada por un sector de la doctrina alemana en una época muy significativa ideológicamente en aquel país, en los años 30, en la que los penalistas más afines

^{2a} *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia 1998, p. 42.

al pensamiento jurídico nacionalista propugnaban, en base a la tesis del famoso jurista nazi Karl Schmidt de las llamadas “ideas concretas de ordenación” (*konkrete Ordnungsgedanke*), una interpretación fáctica o naturalística de los elementos de los tipos penales que hacían referencia a conceptos extrapenales como “propiedad”, “deudor”, etc. Se trataba con ello de “liberar”, como decía BRUNS, al Derecho penal de la influencia perniciosa del pensamiento civilista aquejado de un excesivo formalismo, incompatible con el realismo que debe imperar en el Derecho penal³. Pero, al mismo tiempo, se trataba también de desvincular el Derecho penal del principio de legalidad, en una época en la que incluso llegó a admitirse la analogía como fuente creadora del Derecho penal “según el sano sentimiento del pueblo alemán”⁴.

Que estos intentos no llegaran a cuajar ni siquiera en Alemania, donde finalmente se optó por resolver el problema legislativamente, como se hizo posteriormente en España⁵, demuestra las muchas objeciones, incluso de carácter constitucional, a las que están expuestas.

No obstante, igual que el art. 15 bis del anterior Código penal vino a resolver el problema de la atribución de la cualidad de autoría sólo a los que formalmente actúan en nombre o representación de la persona jurídica, el art. 31 del Código penal atribuye también esta cualidad al “administrador de hecho”, del mismo modo que en los “delitos societarios”, que se regulan en el Capítulo XIII del Título XIII⁶. ¿Puede decirse ahora en base a estos preceptos que la administración o el control fáctico de una sociedad son ya suficientes para poder imputar directamente a personas que ni siquiera figuran en el organigrama, Consejo de Administración, Gerencia, etc., de la sociedad, un alzamiento de bienes o cualquier otro delito especial cometido en el seno de ésta, como puede ser, por ejemplo, un delito de administración desleal?

La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa en la medida en que, a la vista de los antecedentes jurisprudenciales anteriormente mencionados, el legislador ha querido resolver expresamente este problema y lo ha hecho en el sentido ya apuntado por la jurisprudencia anterior, es decir, incluyendo también en el círculo de posibles sujetos activos de estos delitos, a los administradores de hecho. Sin embargo, el concepto de “administrador de hecho” no está bien delimitado por la doctrina que se ha ocupado de él, fundamental-

³ BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken*, 1938; también en Italia, ANTOLISEI, Per un indovizio realistico nella scienza del diritto penale, en *Rivista de Diritto e procedura penale*, 1937. Sobre la consideración fáctica de deudor en el actual Derecho penal alemán de insolvencia, véase TIEDEMANN, *Insolvenz-Strafrecht* cit., antes del § 283, num.marg. 68 y ss.

⁴ Véase sobre el Derecho penal de esta época, ROXIN, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Díaz y García Conlledo, De Vicente, Luzón Peña, I, Madrid 1996, parágrafo 4, num.marg.12 y s.

⁵ Sobre esta evolución, véase MUÑOZ CONDE, La responsabilidad de los órganos, cit. 2, pp. 162 y ss.

⁶ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Valencia 1999.

mente en relación con el círculo de autores en los “delitos societarios”⁷. Por una parte, se considera que con este concepto se trata de evitar que queden impunes quienes, por desidia, no se hubiesen preocupado de regularizar su designación o a quienes dolosamente hubieran creado la situación irregular para evadir su responsabilidad. Pero también cabe que el administrador de derecho sea un “hombre de paja” y que, con la referencia al administrador de hecho, se quiera atrapar al “autor tras el autor”, es decir, en la concepción de ROXIN⁸, a quien realiza el delito sirviéndose de otro como instrumento, siendo el instrumento también plenamente responsable (en este caso en virtud del art. 31). También podría hablarse, a mi juicio, de auténtica coautoría entre ambas clases de administrador⁹. Pero aunque quepan estas posibilidades de castigar a quienes no tienen la cualidad exigida por el tipo para ser considerados directamente sujetos activos del delito, por esta vía, y a través de la teoría de la participación (sobre ello véase *infra* 2), no cabe duda de que previamente debe resolverse si, sin forzar los preceptos legales, cabe también atribuir directamente la cualidad de sujetos activos a quienes fácticamente dominan la sociedad, aunque jurídicamente no figuren en la misma. La doctrina que se ha ocupado de este problema en relación con el delito de administración desleal tiene muchas dificultades a la hora de delimitar las distintas situaciones que se pueden incluir en este concepto. Así, por ejemplo, de los distintos supuestos analizados por CASTRO MORENO¹⁰, algunos pueden

⁷ Respecto a la situación del problema en Italia, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*, a cura di Luigi Conti, 5ª ed., Milano 1985; ALESSANDRI, en PEDRAZZI y otros, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 1998, pp. 52 y ss.; respecto a Alemania, DIERLAMM, *Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht –ein Phantom?*, NSz, 1996; TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, par. 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften, 3ª ed., Colonia 1995; el mismo, *Insolvenz-Strafrecht* cit. En la doctrina española sobre delitos societarios, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, Barcelona 1998, pp. 233 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia 1996; FERRÉ OLIVE, Sujetos responsables en los delitos societarios, *Revista Penal*, 1998, nº 1; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Madrid 1996; MORENO CANOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos. *Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (Concordados y con jurisprudencia)*, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Delitos societarios”, en Vives Antón y Manzanares Samaniego (dir.), *Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte especial*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1996; el mismo, *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia 1999; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona 1996; NÚÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, Valencia 1998; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid 1997; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. El Derecho penal en las Sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid 1987. Sobre la problemática general que plantea el administrador de hecho, véase GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona 1999.

⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3ª ed., pp. 242 y ss. (hay traducción española: *Autoría y dominio del hecho*, Madrid 1999, pp. 267 y ss.); un resumen de su posición al respecto en: *Delincuencia organizada*, Ferré Olivé (edit.), Huelva 1999.

⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia 1998, p. 486. También en *Delincuencia organizada*, Ferré edit., cit.; véase, sobre ello, con más detalles *infra* 2.

¹⁰ *El delito societario de administración desleal*, cit., pp. 239 y ss.

encontrarse en el concepto de administrador de hecho, pero otros son más discutibles. El que ejerce funciones administrativas, sin previo nombramiento, parece que no debe en ningún caso considerarse tal, porque, según dicho autor, carece de capacidad legal para vincular a la sociedad frente a terceros. Sin embargo, según el mismo autor, sí puede considerarse administrador de hecho el administrador inscrito con designación inválida, el que sigue en ejercicio de funciones administrativas después de expirar el plazo de designación y transcurrido el plazo legal para convocar la próxima Junta general, siempre que no haya sido cancelado registralmente su nombramiento, los administradores que después de cesar en el cargo, continúan inscritos en el Registro Mercantil, los representantes voluntarios, apoderados, mandatarios o factores, los representantes de la persona jurídica designada administradora, que no ostentan la condición de administradores de derecho de la misma, los promotores, los administradores en la crisis societarias: comisarios, síndicos e interventores judiciales, siempre que no respondan en base a un delito de malversación impropia de bienes, y los liquidadores. Pero, a pesar de esta exhaustiva relación, CASTRO MORENO reconoce que no hay “un único concepto de administrador de hecho, válido para todos los delitos societarios” y que lo que, en definitiva, interesa es la apariencia y la posibilidad de representar a la sociedad con eficacia frente a terceros¹¹. Esta posibilidad de representación no es, sin embargo, suficiente en las insolvencias punibles, porque en ellas el administrador de hecho lo que debe tener es una posibilidad de disposición de los bienes de la sociedad cuando los sustrae a la acción de los acreedores, y salvo que se trate de sustracciones materiales de esos bienes, la mayoría de las veces se tratará de operaciones jurídicas de disposición de los bienes para las que hay que estar legalmente habilitado. Así, por ejemplo, el propietario de la sociedad que, según CASTRO MORENO¹², no puede cometer un delito de administración desleal, porque en ningún caso puede ostentar la cualidad de administrador de hecho o de derecho, sí podría, en cambio, cometer una insolvencia punible, por ejemplo, un alzamiento de bienes, en base a la teoría del levantamiento del velo antes señalada, siempre que se demuestre que los bienes de los que dispone son efectivamente suyos y que con la disposición se frustra el derecho a la satisfacción de los acreedores.

Muchas veces se trata también de una cuestión de prueba, pues, dejando ahora formalidades jurídicas al margen, para castigar por ejemplo por un delito de alzamiento de bienes, hay que demostrar que el administrador de hecho o cualquier otra persona que, de hecho, controle la sociedad es el verdadero dueño de la misma y, por tanto, domina sus decisiones. Y lo mismo sucede con

¹¹ Ob. cit., p. 240.

¹² Ob. cit., p. 266.

el administrador de hecho en el delito de administración desleal, pues, si no hay algún tipo de deber de lealtad respecto a la sociedad, difícilmente puede cometer dicho delito. El problema que tiene una consideración puramente fáctica de la figura del administrador de hecho es que se transforma el delito especial en un delito común de dominio, en el que la necesidad de que se infrinja el deber específico que incumbe jurídicamente a una determinada persona, se sustituye por el control o dominio efectivo que esa persona ejerce sobre otra, sea física o sea jurídica; pero incluso admitiendo esta concepción del administrador de hecho, es evidente que el mismo debe tener algún tipo de legitimación jurídica para poder llevar a cabo las acciones típicas^{12a}.

No hay que olvidar, por tanto, que esta consideración fáctica, que ahora permite el art. 31, debe tener algún tipo de similitud con la situación jurídica de deudor, que sigue exigiendo el delito de alzamiento de bienes, o con la de administrador a que se refiere el art. 295, y que en la medida en que esta similitud real no exista, habrá que buscar la solución a las lagunas de punibilidad que surjan, por la vía de la participación (por ej., por cooperación necesaria o complicidad en el hecho del verdadero autor) o castigando al sujeto por la vía de otros delitos que no exigen ninguna cualificación especial en el círculo de sus posibles sujetos activos, como por ejemplo, falsedades documentales, estafas, simulación de contrato en perjuicio de terceros, etc.¹³.

Lo que no puede admitirse es que, en aras de una justicia material, a veces, discutible, se extienda desmesuradamente la punibilidad a conductas o personas que ni siquiera con la interpretación más extensiva posible entran dentro del círculo de la autoría o de las distintas formas de participación recogidas en los arts. 28 y ss. de Código penal.

^{12a} De esta opinión expresamente, tanto en referencia al delito de alzamiento de bienes, como a la administración desleal, GARCÍA CAVERO, ob. cit., pp.185 y ss., 242 y ss., quien, aunque considera que tanto el alzamiento de bienes, como la administración desleal son delitos de dominio, dice expresamente que el “dominio social debe entenderse aquí como la posibilidad de disponer del patrimonio de la empresa a través de ciertas competencias reales que no están sujetas al control directo de terceras personas” (p.186). De la misma opinión, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza 1986, tomo I, p. 383: “Sólo quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tengan la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico –el derecho de crédito– el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos”. Ya en relación con el art. 15 bis del anterior Código penal se pronunció en contra de la inclusión en dicho precepto de los administradores de hecho, BACIGALUPO ZAPATER, *Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)*, en Comentarios a la Legislación penal, Madrid 1985, t.V, vol.I, pp. 328 y ss.: “En consecuencia, tanto para los órganos como para los representantes resultará insuficiente el mero ejercicio de *hecho* de las funciones o de la representación”.

¹³ Por esta solución me pronuncié ya en mi artículo citado en nota 2, pp. 168 y ss.; tesis que también mantengo ahora en *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Barcelona 1999, pp.105, pp. 185 y ss. Sobre los problemas de autoría y participación véase *infra* 2.

La ampliación del círculo de “obligados” que, a veces en otros ámbitos extrapenales, como el mercantil, civil o fiscal, viene determinada por preceptos que específicamente permiten esa ampliación, es muy peligrosa para la seguridad jurídica sin una referencia legal que la permita. En la medida en que las distintas formas de interpretación admisibles en Derecho penal (por tanto, sin incurrir en *analogía in malam partem*) de la expresión “administrador de hecho”, usada en el art. 31, permita su aplicación a supuestos fácticos de control o dominio de una persona jurídica (y hasta cierto punto de una persona física también) podrá aplicarse la figura del alzamiento de bienes o cualquier otra de insolvencia punible a quienes, sin ostentar la cualidad de deudor, lo sean de hecho o actúen en nombre o representación del verdadero deudor¹⁴, y/o, en su caso, la de administración desleal, cuando el administrador de hecho tenga la apariencia y la posibilidad de representar a la sociedad frente a terceros. La total y absoluta desconexión entre las normas del Derecho civil o mercantil y las del Derecho penal podría llevar a una total inseguridad e incluso a soluciones contradictorias entre las distintas ramas del Derecho. Las exigencias preventivas del “moderno” Derecho penal, para sancionar estas conductas, no deben hacernos renunciar a criterios de formalización de la respuesta jurídica que son propios del Derecho penal, del Estado de Derecho, y que en esta materia pasan por una determinación previa de las facultades de representación, administración o disposición que tiene el sujeto en el caso concreto. Cosa distinta es, naturalmente, que por la vía que permite hacer extensiva la punibilidad a los “extranei” que participan en los delitos especiales, se puedan también resolver muchos problemas de participación en el ámbito de las insolvencias punibles y de la administración desleal dentro de la estructura empresarial y de decisión de los órganos colegiados. De este problema nos ocupamos seguidamente.

2. Problemas de autoría y participación

Seguidamente paso a ocuparme de algunos problemas concretos de autoría y participación que son de importancia práctica tanto en las insolvencias punibles, como en la administración fraudulenta.

A) La distinción entre cooperación necesaria y la complicidad. La pena del cooperador necesario

¹⁴ Una interpretación favorable a esta consideración fáctica del concepto de deudor mantiene SILVA SÁNCHEZ, comentando la STS 20 mayo 1996 (“caso Bertrand de Caralt”), si bien esta sentencia se refiere a un caso de delito fiscal, en el que la cualidad de “deudor tributario” viene ya fundamentada por el propio Derecho tributario, que tiene particularidades que lo distinguen del derecho privado de obligaciones (véase SILVA, *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en Empresa y delito en el nuevo Código penal, separata de Cuadernos de Derecho judicial*, 1997, pp. 47 y ss, y p. 56). También GARCÍA CAVERO, ob. cit., pp.193 y ss.

- Cuando junto con el deudor (o deudores), o administrador (o administradores), de hecho o de derecho, intervienen en la realización de una insolvencia punible o una administración desleal, otras personas que no tienen esa cualidad y, por tanto, no pueden ser calificados directamente como autores en sentido estricto, el primer problema que debe tratarse es el de la distinción entre la complicidad del artículo 29 y la cooperación necesaria del artículo 28b. Éste es normalmente el problema con el que se ha enfrentado tradicionalmente la jurisprudencia sobre todo en relación con el delito de alzamiento de bienes, hasta el punto de que las otras cuestiones de las que nos vamos a ocupar más adelante (B y C) apenas han sido objeto de tratamiento jurisprudencial. Ello es lógico, ya que, en la práctica, este extremo preocupa mucho más que las cuestiones teóricas sobre cómo conceptualizar dogmáticamente las distintas contribuciones a la realización del delito, pues una vez probada la contribución a esa realización, lo que realmente interesa desde el punto de vista práctico, es si la misma puede ser incluida en la cooperación necesaria calificada como autoría en el art. 28b), o en la complicidad prevista en el art. 29. La inclusión en uno u otro supuesto determina una distinta gravedad de la pena: al cooperador necesario, aún siendo en realidad un partícipe, a efectos de pena, se le aplica la pena del autor, mientras que la pena del cómplice es la inferior en grado a la prevista para los que el art. 28 denomina “autores” (cfr. art. 63). Una vez acogida por el legislador esta distinción, que también se acogía en los Códigos penales anteriores, el problema que se plantea en la práctica es, pues, el de delimitar cómo se puede distinguir entre uno y otro supuesto. Si en el apartado b) del artículo 28 se comprenden todos los que “cooperan a su ejecución (del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado”, y en el artículo 29 todos los que “sin estar comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, tendremos que la diferencia entre uno y otro caso radica en que se considere o no *necesario* el acto de cooperación en el hecho.

La primera cuestión será, por tanto, determinar hasta qué punto puede considerarse un acto de tal modo necesario, que tenga que ser subsumido en el art. 28, y, en consecuencia, ser castigado con la pena del autor. El problema sólo puede dilucidarse con respecto a cada delito y en cada caso concreto, y aún así muchas veces se dudará en encuadrar el supuesto, observándose en la práctica vacilaciones y oscilaciones que perjudican gravemente la seguridad jurídica, hasta el punto de que prácticamente pocos son los que, siguiendo

únicamente los criterios jurisprudenciales, pueden establecer con claridad y certeza unas líneas de demarcación entre una y otra forma de participación delictiva¹⁵. Por lo que respecta al alzamiento de bienes, en la mayoría de los supuestos en los que el deudor se ha puesto de acuerdo con otra persona para simular enajenaciones, fingir obligaciones, etc., el Tribunal Supremo ha considerado al no deudor como cooperador necesario. Así, por ejemplo, la STS de 4 de junio de 1957 dice que "cuando la ocultación de los bienes se verifica mediante el desplazamiento del patrimonio del deudor al de otra persona, resulta precisa la concurrencia de este segundo sujeto hasta el punto que sin su cooperación el delito no podría realizarse, por lo que este auxilio o cooperación no puede enmarcarse en el ámbito de la complicidad, sino en el de la autoría del número 3 del artículo 14"; la STS de 17 de noviembre de 1960 habla de "actos indispensables para realizar la insolvencia y consumar el delito, que le coloca en la situación de coautor del número 3 del artículo 14"; en el mismo sentido también la STS de 5 de noviembre de 1963. En otras sentencias, sin decirse tan expresamente, se aplica a este tipo de intervención necesaria el número 3º del artículo 14 del anterior Código penal, así, por ejemplo, STS de 2 de octubre de 1929, 10 de abril de 1935 y 24 de mayo de 1967. Otras conductas de tipo más bien pasivo, como el prestarse a que se le pongan a su nombre determinados bienes, sin tener una intervención directa en las maniobras fraudulentas, han sido calificadas en algunos casos de complicidad, así, por ejemplo, en SSTS de 4 de abril de 1963, aunque en esta sentencia se aplica a estos cómplices las normas previstas en el artículo 522 del anterior Código penal para la quiebra fraudulenta.

En todas estas sentencias de los años sesenta y setenta se les llama a los auxiliares o cooperadores necesarios, autores o coautores, olvidando que, en los delitos especiales, como es el alzamiento de bienes, autor en estricto sentido sólo puede ser el cualificado, en este caso, el deudor, y que los demás, es decir, los que intervienen en la realización del delito sin tener esta cualidad, todo lo más pueden ser considerados sólo como partícipes. Pero incluso tanto en la redacción del anterior Código penal, como en la del actual de 1995, un sector de la doctrina española considera que la cooperación necesaria es, en todos los delitos de un modo general, tanto en los especiales, como en los comunes, un supuesto de participación

¹⁵ Sobre este problema véase, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia 1997, pp. 407 y ss., quien propone a su vez un interesante criterio de demarcación según que la intervención tenga lugar antes de la fase ejecutiva (complicidad) o en la fase ejecutiva misma (cooperación necesaria). También PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada 1998, pp.87 y ss., 327 y ss., propone un criterio similar. Para una exposición resumida de las tesis jurisprudenciales, véase QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Código penal*, Pamplona 1996, pp. 307 y ss. (críticamente, MUÑOZ CONDE, Una nueva imagen del Derecho penal español, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1998, pp. 368 y ss.).

(de complicidad necesaria hablan algunos), y no de autoría¹⁶. No obstante, el Tribunal Supremo emplea el término de coautoría para calificar supuestos de cooperación necesaria del no deudor en la realización de un alzamiento de bienes. Así, por ejemplo, se dice en STS de 22 de noviembre de 1963 que “el previo concierto entre los procesados, uno de ellos sin ser deudor, para defraudar al perjudicado, constituye a todos los encartados en *autores* del delito de alzamiento de bienes, cualquiera que fuera la participación material que cada uno tuviere para la consecución del fin”, y en el mismo sentido, la STS de 24 de mayo de 1967. Más recientemente, el Tribunal Supremo ha acogido una terminología más correcta y califica al cooperador necesario como partícipe (cfr. SSTS 16 octubre, 11 noviembre 1991, 15 julio 1992).

La mayoría de los supuestos que la jurisprudencia ha calificado como cooperación necesaria, son casos en los que la esposa ha otorgado capitulaciones matrimoniales, o se ha prestado a algún tipo de negocio fraudulento para facilitar la insolvencia del marido¹⁷, o bien se trata de amigos y familiares que aceptan que se pongan a su nombre bienes propiedad del deudor a través de compraventas simuladas (STS 13 febrero 1992). Lo importante en estos casos es, aparte de probar que el negocio jurídico es simulado, demostrar que el cooperador actuaba dolosamente y, sobre todo, con conocimiento de que participaba en una maniobra del deudor en perjuicio de sus acreedores, aunque lo haga por razones de amistad, sin que sea necesario que tenga un especial interés en ello o que se lucre con la operación. Ello, como es obvio, tiene también repercusión en el ámbito de la responsabilidad civil, pues al cooperador necesario (o en su caso cómplice), nunca se le puede considerar como “tercero de buena fe”. También puede calificarse de cooperador necesario al que adquiera los bienes (por ej., un inmueble) en una segunda enajenación, después de haberse realizado la primera enajenación constitutiva ya de por sí de un delito consumado de alzamiento de bienes, en la medida en que este segundo o tercer adquirente esté de acuerdo desde el primer momento, en colaborar y prestarse a esta segunda (o tercera) enajenación, como forma de perfeccionar o disimular aún mejor el fraude. En estos casos también cabe una determinación alternativa con la receptación, si, aun no pudiéndose demostrar el acuerdo con el deudor desde el primer momento, sí se demuestra que conocía la procedencia ilícita del bien que adquirió.

¹⁶ Véase bibliografía citada en nota anterior, y, por todos, PÉREZ ALONSO, ob. u cit., pp.15 y ss., respecto a la situación en el Código penal de 1995, p. 409, quien en las páginas 426 y ss., se inclina por afirmar su conceptualización como un supuesto de participación.

¹⁷ Cfr. SSTS 6 noviembre 1987, 17 mayo 1989, 12 febrero 1990, 16 marzo 1990, 23 diciembre 1992, 25 febrero 1993, 26 marzo 1993; sobre este problema y otros relacionados con la transferencias de bienes entre cónyuges, véase OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de alzamiento de bienes*, Madrid 1997, pp. 105 y ss.

- Una segunda cuestión es si, a pesar de esta equiparación, a efectos de pena, entre autor en sentido estricto y cooperador necesario, cabe hacer todavía alguna distinción entre la pena que merece el verdadero autor (el deudor) y el que no lo es, por más que con su conducta haya contribuido de forma importante a la realización del delito.

Autor de una insovenia punible sólo puede serlo el deudor, o persona que actúe en su nombre o representación, por lo que este delito pertenece al grupo de los delitos especiales en sentido estricto, ya que además no tiene correspondencia con un delito común. En consecuencia, el que no tenga la cualidad de deudor sólo podrá ser castigado como partícipe, pero esto no quiere decir que deba ser castigado con una pena inferior a la del autor en sentido estricto. Así, constituye un tradición de la Codificación penal española, por lo demás bastante extendida en el Derecho comparado, que el supuesto de participación llamado de cooperación necesaria (y también la inducción) sea castigado con la misma pena que la prevista para el autor. Esto no quiere decir que el Código penal admita un “concepto unitario de autor” y que mida por el mismo rasero todas las contribuciones al delito, independientemente de su importancia o caracterización dogmática. No sólo la menor pena con que se castiga la complicidad, sino también la presencia de los delitos especiales demuestran que, aunque puedan castigarse con la misma pena, autor en sentido estricto en estos delitos no puede ser más que el que tiene las cualidades exigidas en el tipo y sólo en base a él pueden atribuirse otras cuotas de responsabilidad individual. No obstante, en el ámbito doctrinal y a veces expresamente en algún Código penal, se ha planteado la conveniencia de que, en los delitos especiales, el que no tiene las cualidades exigidas en el tipo y no puede ser, por tanto, considerado como autor en sentido estricto, sea castigado con una pena inferior a éste. Las razones de Justicia material parecen evidentes, pues el no cualificado no tiene las obligaciones específicas que incumben al que tiene una posición jurídica especial que le lleva precisamente a ser él y sólo a él el, único que puede cometer el delito en concepto de verdadero autor.

Así, por ejemplo, decía ya MEZGER, en una época en que el Código penal alemán no tenía ninguna regla para resolver este problema, que en estos delitos especiales, el partícipe, independientemente de la importancia material de su contribución, debía ser castigado siempre como *cómplice*, teniendo en cuenta que “la Ley no puede haber querido dejar impunes toda cooperación de un no cualificado en un delito especial... pero que tampoco puede imponérsele la sanción penal del autor mismo”¹⁸. Ésta es la solución que finalmente acogió

¹⁸ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, tomo II, pp. 360 y 352.

el párrafo 28,1 StGB, que obliga a atenuar la pena del partícipe que no tiene las cualidades personales específicas que fundamentan la responsabilidad penal del autor¹⁹.

En España, la laguna que a este respecto existía en el Código penal anterior no ha sido colmada tampoco por el Código penal de 1995. Su solución por vía interpretativa es, por tanto, especialmente difícil, si es que se quiere respetar el tratamiento penal unitario que le da el artículo 28 a todas las formas de intervención en el delito que califica de autoría, propia o impropia. Los artículos 522 y 525 del anterior Código penal castigaban, como supuestos de complicidad en la quiebra o el concurso fraudulento, conductas que podían ser consideradas, sin duda con más propiedad, como cooperación necesaria, lo que de algún modo venía a ser una solución satisfactoria y una excepción especialmente prevista por el legislador, para castigar a los que, no siendo deudores, habían intervenido, incluso con actos necesarios, a provocar la insolvencia fraudulenta del deudor. De este modo, la participación de los no cualificados, por lo menos en los casos mencionados expresamente en dichos preceptos, se castigaba siempre con menor pena que la que se preveía para el autor de estos delitos.

No ocurría esto, sin embargo, en el alzamiento de bienes, y si ya entonces era difícil sostener una aplicación analógica de los artículos 522 o 525 del anterior Código penal, al alzamiento de bienes, mucho más lo es ahora que ni siquiera se prevé tampoco esta posibilidad para las otras formas de insolvencia punibles. La situación paradójica, de la que hablaba QUINTANO, "de un mayor rigor para el copartícipe en el alzamiento", ha sido eliminada y definitivamente ha desaparecido cualquier posibilidad de castigar al partícipe no deudor con una pena inferior a la del autor propiamente dicho (es decir, el deudor), cuando la participación sea encuadrable en una de las formas previstas en el art. 28, a) o b) (inducción, cooperación necesaria). La tesis de la impunidad que, según algunos, habría que aplicar cuando el partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice) no ostenta los "especiales elementos personales" requeridos por el tipo de delito en el que participa, desconoce el carácter accesorio de la participación y la necesidad, no sólo dogmática, sino también político criminal, de que el título de imputación por el que responden los diversos intervinientes en la comisión de un delito sea el mismo para todos, sobre todo en los delitos especiales propios que no tienen correspondencia con uno común²⁰. La única solución de cara a la praxis es considerar que, a pesar

¹⁹ Para una exposición sobre la problemática que plantea la interpretación de este precepto en la dogmática alemana, véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, pp. 134 y ss.

²⁰ Claramente advierte GÓMEZ RIVERO, *ob. ó cit.*, pp.163 y ss., que el carácter accesorio de la participación obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en la comisión de un delito que sean partícipes en el mismo.

de la importancia de la contribución del no deudor, su conducta sólo merece la pena del cómplice y estimar, en consecuencia, que no es una contribución *necesaria*; lo que, de algún modo, confirmaría que las diferencias entre cooperación necesaria y complicidad reflejan más criterios de merecimiento de pena, que estrictas consideraciones dogmáticas²¹. De este modo, el que coopera con un acto necesario al alzamiento de bienes de un deudor (prestándose, por ejemplo, a que figuren a su nombre bienes del deudor, o a realizar con éste un contrato simulado en perjuicio de los acreedores de éste), podría ser castigado con la pena del cómplice, inferior en un grado a la del verdadero autor. Esto es lo único que puede explicar esas oscilaciones que a veces se observan en la jurisprudencia a la hora de calificar las cooperaciones de los no deudores en un alzamiento de bienes, aunque la satisfacción del sentimiento de Justicia material se haga a costa de una enorme inseguridad jurídica, que deja malparados los esfuerzos doctrinales que pretenden diferenciar las dos formas de cooperación (necesaria y complicidad) en base a criterios más o menos ingeniosos como la escasez de la contribución, la sustituibilidad de la misma, que tenga lugar en fase ejecutiva o preparatoria, que poco tienen que ver con las peculiaridades de la realización de un alzamiento de bienes²².

Lo dicho respecto al alzamiento de bienes y otras insolvencias punibles vale también para el delito de administración desleal, en el que a pesar de que los posibles sujetos activos pueden ser también, además de los administradores de hecho o derecho, los socios, lo normal es que tanto con unos, como con otros, cooperen técnicos, contables, etc., que pueden responder por la vía de la cooperación necesaria o complicidad, según la importancia de su contribución,

²¹ En este sentido MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal*, PG, 3ª ed., cit., p. 496; también MUÑOZ CONDE, Prólogo a la obra de LÓPEZ PEREGRÍN, cit., y de esta misma obra cit., pp. 435 y ss.

²² El problema se planteó muchas veces en la jurisprudencia en relación con la agravación que, en el anterior Código penal, se preveía para el caso de que el autor del alzamiento de bienes fuera un comerciante. Como señala OCAÑA RODRÍGUEZ, ob. cit., p.116, “la doctrina del TS no era muy uniforme y clara en este apartado, aunque se debe tener en cuenta que muchas veces ha estado condicionada por la previa calificación de las partes, por lo limitado del recurso de casación y por la prohibición de la *reformatio in peius*. La STS de 19-3-90 no aplicó la cualificación de “comerciante” a la esposa cooperadora del alzamiento por ser dudosa la condición de comerciante del marido y porque no constaba se hubiera representado tal carácter”. También cita otras, como la de 30 de abril de 1990, en la que se aplicó por analogía favorable al reo el art. 60 del anterior Código penal (actual art. 65,1). A mi juicio, no era preciso utilizar la analogía favorable, sino simplemente aplicar directamente el art. 60,1, ya que, al ser la cualidad de “comerciante” una causa personal de agravación de la pena, no puede computarse más que en quien concurra (dudoso OCAÑA RODRÍGUEZ, lug. cit., para quien con ello “se rompe el título de imputación y el principio de accesoriadad”). Para más detalles sobre la comunicación de estas “cualidades personales” que no fundamentan la responsabilidad ni van referidas al hecho, sino al autor, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 3ª ed., cit., p. 531. Sobre los problemas de la participación de extraños en los delitos especiales, véase CHOCLÁN MONTALVO, La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio, en *Actualidad Penal*, 1995; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales, en *Actualidad Penal*, 1996.

pero que de hecho ni siquiera son acusados penalmente, estimándoseles meros ejecutores ciegos de las órdenes que les imparten los sujetos cualificados.

B) La coautoría

Ningún problema hay, en cambio, para admitir coautoría cuando los sujetos que intervienen en la realización de una insolvencia punible o de una administración desleal, tienen, directa o indirectamente (vía art. 31), la cualidad de deudores o, en su caso, la de administradores o socios, y pueden ser, por tanto, cada uno de ellos, autores perfectamente idóneos de estos delitos. A este respecto cabe distinguir diversos supuestos:

- aa) Una coautoría entre varios deudores, o administradores o socios.
- bb) Una coautoría entre el deudor y su administrador, de hecho o de derecho.
- cc) Una coautoría entre los diversos administradores del deudor o de la sociedad.

Por lo que respecta a los administradores, una vez afirmada la posibilidad de que el administrador, de hecho o de derecho, pueda ser considerado autor en sentido estricto de una insolvencia punible en base al art. 31, o directamente de una administración desleal en base al art. 295, no hay ningún problema en admitir también la coautoría cuando se trate de diversos administradores o socios en un delito de administración desleal, o de la intervención de éstos junto con el deudor, propiamente dicho, en la comisión de una insolvencia punible. Es más, se puede decir que este caso se dará la mayoría de las veces, cuando, como sucede en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas, la decisión de llevar a cabo acciones constitutivas de una administración desleal o de una insolvencia punible, se adopta por los miembros de un Consejo de Administración, que actúan en nombre o representación de la sociedad. Imaginemos que los miembros de un Consejo de Administración deciden, por unanimidad, o por mayoría (y en este caso, habrá que dejar a salvo la responsabilidad de los que voten en contra de la decisión) la ocultación fraudulenta de activos de la sociedad o el aumento ficticio del pasivo de la misma, a través de diversas operaciones jurídicas como falsificaciones contables, creación de sociedades de fachada a las que se transmiten activos, etc. No cabe duda que con esta decisión se cumple el primer y principal requisito de la coautoría: el acuerdo común en la realización del delito.

Sin embargo, se plantea aquí un problema dogmático adicional, que no debe ser menospreciado, si no se quiere desvirtuar el concepto tradicional de coautoría o romper una concepción unitaria de la misma válida para todos los delitos.

Efectivamente, el segundo requisito que tradicionalmente se exige para la coautoría, la presencia de los coautores en la fase ejecutiva del delito²³, se compadece mal con las peculiaridades de la realización de una administración desleal y, mucho más, de una insolvencia punible en el ámbito de las empresas con forma de sociedades mercantiles, de responsabilidad limitada o anónimas, principalmente, ya que en estos ámbitos la ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración corresponde a otras personas (gerentes, apoderados, contables) que, por lo menos en relación con las insolvencias punibles, no tienen, ni directa ni indirectamente, las cualidades jurídicas exigidas por estos delitos.

Para resolver este problema podemos, en primer lugar, afirmar que una consideración amplia del concepto de fase ejecutiva del delito (que el propio tener literal del art. 28 permite al hablar sólo de “realización del hecho”) abarca también la decisión de llevar a cabo, por ejemplo un alzamiento de bienes adoptada en el seno de un Consejo de Administración, aunque aún no se hayan puesto todavía en marcha las acciones fraudulentas mismas. La fijación del concepto de coautoría a la intervención en la ejecución material del delito está pensada para los delitos clásicos contra la vida o contra la propiedad, en los que la fase de ejecución material de los mismos puede ser claramente diferenciada de la fase decisoria o de planificación de esa ejecución, y aún en ellos es discutible hasta qué punto la coautoría requiere una intervención de los coautores en la ejecución misma²⁴. Pero, desde luego, carece de sentido mantener a rajatabla la misma estructura y conceptualización de la coautoría en los delitos que se cometen en el ámbito de una empresa o en el seno del Consejo de Administración de una sociedad mercantil. Normalmente, en este ámbito, el reparto de papeles, el carácter jerárquico y las distintas funciones y competencias que hay dentro del organigrama empresarial, condicionan que sean unos los que toman las decisiones y otros los que las ejecuten²⁵. Sería absurdo decir que los primeros, que,

²³ Véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona 1991, pp. 672 y ss., con buena información respecto a las distintas opiniones doctrinales existentes al respecto en la bibliografía alemana (en nota 444).

²⁴ No puedo ocuparme aquí ahora *in extenso* de este problema, pero no cabe duda de que, en el ámbito de los delitos realizados en el seno de organizaciones, como son las empresas, el concepto de autoría (y, por tanto, el de coautoría), no puede vincularse tanto a la fase ejecutiva del delito como a las estructuras organizativas y a las esferas de competencia de los distintos intervinientes en la esfera previa de realización de la acción ejecutiva. Sobre este problema y la aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho como presupuesto de la coautoría en general, véase, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 3ª ed. cit., p. 485; también MUÑOZ CONDE, *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, en *Criminalidad organizada* (Ferré Olivé edit.), Huelva 1999.

²⁵ Véase, por ejemplo, el interesante supuesto de la STS 10 abril 1992 (“caso SAVE”), comentado por SILVA SÁNCHEZ, *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, cit., quién a este respecto dice, p. 32: “A diferencia de lo que es usual que suceda en las modalidades más clásicas (delitos contra la vida, la libertad, etc.) en los delitos patrimoniales o socio económicos que tienen lugar en estructuras jerárquicamente organizadas lo más frecuente es que el ejecutor inmediato no se revele

probablemente, en el ámbito empresarial son los más importantes, todo lo más son inductores o cooperadores necesarios de los actos que otros subordinados llevan a cabo, cuando precisamente éstos actúan siguiendo las instrucciones y el plan diseñado por aquéllos. Esto es mucho más absurdo, e incluso podría abrir peligrosas lagunas de punibilidad, en los delitos especiales, cuando, como sucede en el alzamiento de bienes, el que realiza la acción típica no tiene la cualidad exigida por el tipo y, por tanto, todo lo más puede ser considerado, a su vez, como cooperador necesario. Curiosa forma de comisión sería ésta de un delito en el que todos sus intervinientes pueden ser considerados cooperadores necesarios, pero ninguno autor en sentido estricto.

Para evitar esta situación paradójica, no hay más remedio que renunciar al concepto estricto de coejecución como requisito fundamental de la coautoría y sustituirlo por el de “realización conjunta” basado en un “dominio funcional del hecho”, en el que lo importante no es ya, o solamente, la intervención en la ejecución del delito, sino el control o el dominio que uno o varios sujetos tengan sobre la ejecución del delito; de acuerdo con ello no es necesaria ni la presencia física (la presencia en la Notaría donde se documenta la transmisión fraudulenta), ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica (la falsificación contable). El mismo concepto de “realización del hecho” al que se refiere el art. 28 para caracterizar las distintas formas de autoría (y, por tanto, también la coautoría), excede de la simple ejecución de la acción típica. Y ello vale para todos los delitos, pero especialmente para el delito que aquí nos ocupa cuando se comete en el seno de una persona jurídica, cuyo Consejo de Administración haya decidido llevar a cabo la acción delictiva, que otros

como el principal protagonista del hecho" (en este caso se trataba de una sociedad concesionaria de los servicios de aparcamiento de los aeropuertos, cuyos directivos y propietarios habían organizado una trama en la que colaboraban contables y empleados de la empresa para simular, a través de diversas falsificaciones llevadas a cabo en las cintas registradoras, un menor número de aparcamientos y, por tanto, una menor cantidad de ingresos de los verdaderamente habidos). También PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, Barcelona 1997, pp. 421 y ss., quien, no obstante, destaca las peculiaridades que presenta la coautoría en el ámbito de la administración de empresas, sigue manteniendo la exigencia de la intervención de los que toman el acuerdo en la fase ejecutiva, si bien entiende ésta de forma más amplia como “realización del hecho típico”, distinguiendo según que la ejecución del acuerdo la lleve a cabo uno de los que intervinieron en su adopción (entonces coautoría), o un tercero (entonces coparticipación inductiva). Este planteamiento no puede admitirse, sin embargo, en lo que respecta al caso de que sea el tercero el que ejecuta el hecho, en los delitos especiales, como el alzamiento de bienes. Mucho más restrictivo es todavía DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pp. 672 y ss., quien admite coautoría solamente cuando los que adoptan el acuerdo realizan además actos ejecutivos “nucleares”, lo que obviamente es muy difícil de precisar en este tipo de delitos. En general, la teoría de la autoría y la participación, como tantas otras grandes construcciones de la Teoría General del Delito, adolecen de un excesivo apegamiento a los delitos tradicionales contra la vida, la libertad sexual o la propiedad, pero prácticamente ignoran o no tienen en cuenta las peculiaridades de los delitos económicos, medioambientales o contra los consumidores que se dan en el ámbito empresarial, que plantean dificultades que no se pueden resolver aplicando automáticamente las construcciones elaboradas en función de otros grupos de delitos; véase sobre este problema, en relación con la problemática de la comisión por omisión en el ámbito empresarial, CUADRADO RUÍZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona 1998, pp.185 y ss.

ejecutan siguiendo sus directrices. En el ámbito empresarial la relación entre sí de los que planifican y deciden la realización de un delito puede clasificarse, por tanto, de acuerdo con este esquema, de coautoría, aunque no intervengan luego en la ejecución del delito²⁶.

Otra cosa sucede con la responsabilidad de los meros ejecutores que actúan con conciencia y voluntad de intervenir en la realización de una insolvencia punible o de una administración desleal. Éstos, si no tienen la cualidad de deudor o administrador de hecho o de derecho o socio exigida para ser autor en sentido estricto del respectivo delito, no pueden ser ni autores, ni coautores. Para exigirles responsabilidad por el delito que ejecutan directamente, habrá que recurrir a la figura del cooperador necesario (es difícil imaginar que se trate de conductas de mera complicidad, salvo que sean meros agentes subalternos sin ningún tipo de conocimiento o atribuciones, aunque, por las razones ya dichas de Justicia material, también algunos actos ejecutivos no especialmente importantes pueden ser catalogados dentro de la complicidad). Ello, por lo demás, sólo será posible si se parte de la accesoriidad de estas formas de participación (cooperación necesaria o complicidad), que, precisamente por serlo, requiere de un hecho principal realizado por un autor o varios coautores con las cualidades jurídicas especiales (deudor, administrador) requeridas en el tipo.

C) Autoría mediata

Otro problema hace referencia a la posibilidad de autoría mediata. Por autoría mediata debe entenderse, conforme dispone el art. 28 del Código penal, la realización de un hecho punible sirviéndose de otro como instrumento.

El carácter especial de las insolvencias punibles o de la administración desleal no plantea ninguna dificultad para admitir la autoría mediata, ya que los “delitos especiales”, al contrario de los llamados “delitos de propia mano”, no necesitan ser realizados directa-corporalmente por su autor, sino que éste puede servirse como mediador de otra persona²⁷.

Un ejemplo de insolvencia punible en autoría mediata: el deudor para frustrar la reclamación de sus acreedores ordena a su apoderado o administrador, que nada sabe, que enajene todos sus bienes.

Un ejemplo de administración desleal en autoría mediata: el administrador de la sociedad ordena al cajero de la misma realice unos pagos a una determinada persona.

²⁶ Para más detalles, véase MUÑOZ CONDE, Autoría y participación en la criminalidad organizada, en *Criminalidad organizada* cit.

²⁷ Opinión dominante: véase, por ejemplo, MEZGER, *Tratado*, cit., II, pp. 296 y 297; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., Barcelona 1998, p. 381.

Estos casos no plantean ningún problema respecto a la ejecución misma, porque en la autoría mediata lo característico es, precisamente, que el instrumento es el que ejecuta la acción típica y que éste no es responsable del delito que realiza. Por supuesto que si son varios los deudores o los administradores los que dan las instrucciones a las personas meramente ejecutoras, que actúan sin saber que cooperan en la realización de una insolvencia fraudulenta o una administración desleal, podrá hablarse de una “coautoría mediata”, en la medida en que, como sucede en el ámbito de los órganos colegiados de las personas jurídicas, sean varios los que, teniendo las cualidades exigidas para ser autor del tipo delictivo, decidan la realización del hecho. Ello podría llevarnos a aplicar también esta solución para los supuestos de coautoría analizados en el epígrafe anterior, y admitir una especie de “coautoría mediata” para los supuestos en que el ejecutor de la acción típica actúa conociendo el carácter delictivo de la acción que realiza, pero siguiendo las instrucciones y los planes aprobados por los miembros del Consejo de Administración, administradores, directivos, etc., de la empresa. Esta hipótesis sólo puede admitirse con reservas y, en cierto modo, desnaturaliza uno de los elementos característicos de la autoría mediata, como es que la persona que actúa como “instrumento”, sea efectivamente un instrumento, generalmente no responsable, lo que determina que, en principio, no sea aplicable en los supuestos de “autor tras el autor”, es decir, en los supuestos en los que el supuesto instrumento es también responsable del delito que realiza.

Para resolver este problema, pero en relación con un ámbito de delincuencia muy distinto al que aquí nos ocupa, concretamente con los crímenes contra la Humanidad y el genocidio cometido por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, desarrolló Claus ROXIN una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de las órdenes (como fué el caso de Eichman, luego condenado y ejecutado en un célebre proceso en Jerusalén acusado de ser el burócrata encargado de organizar las ejecuciones de los internados en un campo de concentración nazi)²⁸.

²⁸ Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, pp. 242 y ss., que recoge las consideraciones hechas en su artículo *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, *GA*, 1963, pp.193 y ss.; más recientemente vuelve a mantener su tesis en su trabajo *Autoría y participación en la criminalidad organizada*, en *Criminalidad organizada*, Ferré Olivé (edit.) cit.

Sin embargo, y al margen de su validez en este ámbito específico de los graves crímenes contra la Humanidad cometidos desde un aparato de poder estatal, cosa por lo demás bastante discutible, es difícil trasladar esta construcción al ámbito de los delitos cometidos en el seno de una empresa o de cualquier otro tipo de ente societario, en el que faltan las notas de fungibilidad entre los meros ejecutores, estricta jerarquía y obediencia ciega y absoluta desvinculación de la normativa jurídica vigente, que, según ROXIN, caracterizan a la criminalidad realizada a través del aparato de poder estatal, y que quizás puedan también predicarse como características de algunas organizaciones criminales dedicadas a actividades específicamente delictivas a gran escala y con grandes medios materiales y humanos (terrorismo, narcotráfico, etc.)²⁹, pero no de empresas generalmente dedicadas a actividades lícitas, que en algún momento de su vida, por razones de crisis económica, inmoderado afán de lucro de sus gestores o propietarios, llevan a cabo actividades delictivas de forma aislada o coyuntural.

²⁹ Para más detalles véase MUÑOZ CONDE, Autoría y participación en la criminalidad organizada, en *Criminalidad organizada*, cit.

³⁰ También podría apreciarse en estos casos una (co)autoría mediata sirviéndose de un “instrumento doloso no cualificado”, pero esta construcción sigue planteando el mismo problema que la figura del “autor tras el autor” o la autoría mediata a través de un aparato de poder, ya que la imagen de un “instrumento” que ejecuta el hecho responsablemente choca con la idea misma de autoría mediata y desvirtúa la esencia misma de la naturaleza de la contribución del “instrumento no cualificado” que, por las razones ya dichas, no puede ser considerado como autor en sentido estricto de un delito especial, si carece de la cualificación requerida por el tipo. Como dice GÓMEZ RIVERO, ob. cit., pp.147 y ss. : “no es... difícil imaginar la dificultad que plantea el reconocimiento de esta posibilidad: la consideración como mero instrumento del ejecutor material que aparece, sin embargo, como un sujeto totalmente imputable, libre y plenamente consciente del alcance de sus actos”. No obstante, no creo que, como afirma la citada autora (p. 152) haya que admitir, por eso, la impunidad del sujeto cualificado y tampoco la del sujeto no cualificado actuante. Generalmente, cuando el legislador ha querido resolver este problema lo ha hecho expresamente, como ocurre por ej. en el delito de malversación de caudales públicos (art. 432,1: “La autoridad o funcionario público que.....sustrajere o consintiere que un tercero... sustraiga los caudales”), o en la infidelidad en la custodia de documentos del art. 414, en el que además de castigar a la autoridad o funcionario que destruyere o consienta la destrucción de los documentos (apartado 1), castiga también al particular que los destruyere. Pero cuando el legislador no se ha pronunciado expresamente, hay que recurrir a las reglas generales de imputación y, en la medida en que sea posible y compatible con la estructura y naturaleza del delito en cuestión, exigir una responsabilidad penal a todos los intervinientes en la realización del delito conforme a esas reglas generales que se contienen en la Parte General, en los arts. 28 y 29 (en este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 3ª ed. cit, pp. 499 y ss.). Esto es especialmente importante y necesario en los delitos que se cometen en el ámbito empresarial, como son la mayoría de los económico-patrimoniales, en los que no siempre el legislador ha arbitrado soluciones específicas sobre los casos en que se utilizan, para la ejecución del delito especial, personas interpuestas que carecen de las cualidades personales exigidas en los tipos (cfr., sin embargo, los artículos 285: “de forma indirecta o por persona interpuesta”; 305,1,a), 307,1,a): “utilización de persona o personas interpuestas”). Precisamente en estos casos la figura de la cooperación necesaria (o, en su caso, la de la complicidad) permite atribuir en base a esta forma de participación una responsabilidad penal al sujeto no cualificado que ejecuta la acción típica, y colocar el centro de gravedad y, por tanto, la autoría o coautoría en la decisión de los sujetos cualificados que son los verdaderos autores del delito, no sólo porque dominan su realización, sino también porque sólo a ellos incumben los deberes especiales que fundamentan la (co)autoría. Sobre otros problemas dogmáticos que plantea la figura de la autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado, véase GÓMEZ RIVERO, ob. cit.,

Por todo ello considero que, en la medida en que una persona, sin ser deudor ni administrador de hecho o de derecho, ejecuta la acción típica, consciente de que coopera en la realización de una insolvencia fraudulenta de la empresa para la que trabaja, su responsabilidad deberá determinarse en base a la figura de la cooperación necesaria; mientras que la responsabilidad de los que, teniendo las cualidades de deudor o de administrador de hecho o de derecho, deciden, planifican y organizan la creación de un estado de insolvencia en fraude de los acreedores o una administración desleal en perjuicio de la sociedad, se debe exigir por la figura de la coautoría, aunque no intervengan directamente en la fase ejecutiva del delito³⁰.

pp.147 y ss. Sobre los problemas que plantea la atribución e individualización de responsabilidad penal en el ámbito empresarial, véase, aparte de la obra de PÉREZ CEPEDA, cit., también SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas cit., pp.11 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995, pp.170 y ss.; VARIOS, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos* (edit. Mir Puig/Luzón Peña) (con contribuciones de Jakobs; Suárez Gonzalez, etc.), Barcelona 1997; GRACIA MARTÍN, Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa, en *Actualidad penal*, 1995, pp.213 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1996.