



universidad  
de león

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Público

Programa de Doctorado: Responsabilidad jurídica. Estudio multidisciplinar

**TESIS DOCTORAL**

## **Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial**

Doctoranda: Dña. SUSANA ESCOBAR VÉLEZ

Director: Prof. Dr. Dres. h. c. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

Tutora: Prof. Dra. Da. MARTA ZUBIAUR GONZÁLEZ  
Profesora Titular de la Facultad de Ciencias de la Actividad Física y del  
Deporte de la Universidad de León

León, 2019



Universidad de León

Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público

*Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo  
Catedrático de Derecho Penal  
Director de Departamento*

El que suscribe, Miguel Díaz y García Conlledo, como Director de la tesis doctoral “**Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial**”, presentada por la Sra. Dña. Susana Escobar Vélez en el Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar” de la ULE, autoriza el depósito de la citada tesis y el comienzo de su tramitación para su defensa.

En León, a 8 de julio de 2019

Fdo.: Miguel Díaz y García Conlledo

## **RESUMEN**

Este trabajo se ocupa de analizar los principales problemas que presentan las distintas formas de intervención en el delito –autoría y participación– dentro de la estructura empresarial, y de brindar alternativas de solución que respeten los principios de un derecho penal garantista. En el desarrollo de esta tarea se parte de un concepto restrictivo de autor y del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, como el más adecuado para dar respuesta a estos problemas, sin sacrificar las garantías propias de un Estado de Derecho.

## **ABSTRACT**

This research analyzes the main problems presented by the different forms of intervention in crime –principal and accessory– within the structure of corporations, and provides alternative solutions that respect the principles of a guaranteed criminal law. In order to do so, it starts from a restrictive concept of the perpetrator and from the criterion of objective and positive determination of the fact, as the most appropriate to respond to these problems, without sacrificing the guarantees of a State governed by the rule of law.

# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7	
INTRODUCCIÓN Y MÉTODO.....	11	
1. INTRODUCCIÓN.....	11	
2. MÉTODO.....	18	
<b>PRIMERA PARTE</b>		
<b>DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES .....</b>		<b>22</b>
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....</b>		<b>23</b>
<b>1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿UNA SOLUCIÓN ADECUADA Y NECESARIA? .....</b>		<b>23</b>
A) Críticas a la RPPJ desde una perspectiva dogmática .....	25	
B) Críticas a la RPPJ desde una perspectiva político-criminal .....	34	
C) El caso de Estados Unidos: ¿el modelo de la RPPJ en crisis?.....	43	
D) Toma de postura.....	51	
<b>2. LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL COMO CONCEPTO BÁSICO PARA LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....</b>		<b>53</b>
A) El concepto de “Derecho penal económico” y de “delito económico” .....	53	
B) El concepto de “criminalidad o delincuencia económica” .....	61	
C) El concepto de “criminalidad empresarial” .....	62	
D) El dato fundamental: la actuación en el seno de la estructura empresarial .....	66	
a. <i>La necesidad de atender a la estructura singular de cada empresa</i> .....	68	
b. <i>Algunos aspectos comunes a las estructuras empresariales</i> .....	69	
<b>Recapitulación.....</b>	<b>80</b>	
<b>CAPÍTULO II</b>		
<b>CONCEPTOS DE AUTOR Y CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....</b>		<b>82</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>		<b>82</b>
<b>2. CONCEPTOS DE AUTOR.....</b>		<b>83</b>
A) Concepto unitario de autor .....	83	
a. <i>Breve caracterización</i> .....	83	

b.	<i>Algunas críticas</i> .....	85
B)	Concepto extensivo de autor .....	88
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	88
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	89
C)	Concepto restrictivo de autor .....	90
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	90
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	91
c.	<i>La opción por un concepto restrictivo de autor vs. las tendencias a un concepto unitario o extensivo</i> .....	93
<b>3.</b>	<b>CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....</b>	<b>99</b>
A)	Teoría objetivo-formal .....	99
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	99
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	101
B)	Teoría del dominio del hecho.....	105
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	105
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	108
C)	Teoría de la pertenencia del hecho .....	111
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	111
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	113
D)	Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho .....	114
a.	<i>Caracterización</i> .....	114
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	119
E)	Teorías “(fuertemente) normativizadoras” .....	126
a.	<i>Breve caracterización</i> .....	126
b.	<i>Algunas críticas</i> .....	130
	<b>Recapitulación</b> .....	<b>134</b>
	<b>SEGUNDA PARTE</b>	
	<b>FORMAS DE AUTORÍA EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL .....</b>	<b>137</b>
	<i>Consideraciones previas</i> .....	<b>138</b>
	<b>CAPÍTULO III</b>	<b>144</b>
	<b>LA COAUTORÍA .....</b>	<b>144</b>
<b>1.</b>	<b>ASPECTOS GENERALES .....</b>	<b>144</b>
A)	La coautoría no es pluriautoría.....	144
B)	¿La regulación de la coautoría en el CP es constitutiva o meramente declarativa? ..	145
C)	El principio de imputación recíproca como fundamento de la coautoría.....	147

D)	¿Es siempre la coautoría una manifestación de una estructura o interacción horizontal?	148
<b>2.</b>	<b>REQUISITOS.....</b>	<b>151</b>
A)	El plan o acuerdo común.....	153
a.	<i>Caracterización.....</i>	153
b.	<i>Criticas al requisito del acuerdo previo.....</i>	155
c.	<i>Importancia de exigir el requisito del plan o acuerdo común.....</i>	161
B)	La esencialidad de la contribución.....	164
a.	<i>Caracterización.....</i>	164
b.	<i>Criticas al requisito de la esencialidad de la contribución.....</i>	165
c.	<i>Réplica a las críticas.....</i>	168
d.	<i>Toma de postura.....</i>	172
C)	La prestación de la contribución en fase ejecutiva.....	173
a.	<i>Caracterización.....</i>	173
b.	<i>Criticas al requisito de prestación de la contribución en fase ejecutiva.....</i>	175
c.	<i>Valoración del requisito de aportación en fase ejecutiva.....</i>	185
<b>3.</b>	<b>LA DETERMINACIÓN OBJETIVA Y POSITIVA DEL HECHO COMO CRITERIO CORRECTO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LA COAUTORÍA....</b>	<b>186</b>
A)	Caracterización.....	186
B)	Criticas.....	187
<b>4.</b>	<b>LA SOLUCIÓN DE COAUTORÍA EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL.....</b>	<b>195</b>
A)	Algunos obstáculos.....	195
a.	<i>Primer obstáculo: ¿carácter exclusivamente horizontal de la coautoría?.....</i>	195
b.	<i>Segundo obstáculo: ¿ausencia de resolución común del hecho?.....</i>	197
c.	<i>Tercer obstáculo: ¿ausencia de actuación en fase ejecutiva?.....</i>	200
B)	La coautoría mediata.....	202
C)	La adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados.....	204
	<b>Recapitulación.....</b>	<b>207</b>
	<b>CAPÍTULO IV</b>	
	<b>LA AUTORÍA MEDIATA.....</b>	<b>210</b>
<b>1.</b>	<b>ASPECTOS GENERALES.....</b>	<b>210</b>
A)	La autoría mediata como manifestación de interacciones verticales.....	210
B)	¿La regulación de la autoría mediata en el CP español es constitutiva o meramente declarativa?.....	212
<b>2.</b>	<b>FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA MEDIATA.....</b>	<b>213</b>

A)	Fundamento de la autoría mediata desde la teoría del dominio del hecho: autoría mediata como dominio de la voluntad .....	213
a.	<i>El dominio de la voluntad en virtud de coacción</i> .....	215
b.	<i>El dominio de la voluntad en virtud del error</i> .....	216
c.	<i>El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder</i> .....	219
B)	Fundamento de la autoría mediata desde la teoría de la pertenencia del hecho .....	228
C)	Fundamento (fuertemente) normativizador de la autoría mediata .....	233
D)	Fundamento de la autoría mediata desde la determinación objetiva y positiva del hecho	240
a.	<i>Generalidades</i> .....	240
b.	<i>Críticas</i> .....	241
<b>3.</b>	<b>GRUPOS DE SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA A PARTIR DEL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN</b> .....	<b>245</b>
A)	Supuestos de autoría mediata derivados de la falta de voluntad libre del instrumento	246
B)	Supuestos de autoría mediata derivados del único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás .....	248
C)	La discusión sobre la autoría mediata imprudente .....	251
D)	La discusión sobre la figura del autor tras el autor.....	255
<b>4.</b>	<b>SUPUESTOS DE AUTORIA MEDIATA EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL</b> .....	<b>258</b>
A)	Supuestos de autoría mediata por creación o aprovechamiento de un error .....	259
B)	Supuestos de autoría mediata en virtud de coacción o procedimientos similares .....	264
C)	La discusión sobre la posibilidad de configuración de supuestos de autoría mediata en virtud de dominio de organización en la estructura empresarial.....	269
a.	<i>Críticas generales a la autoría mediata en virtud del dominio de organización</i> .....	269
b.	<i>Críticas al traslado de la tesis del dominio de organización al ámbito empresarial</i>	273
c.	<i>Toma de postura</i> .....	276
	<b>Recapitulación</b> .....	<b>278</b>
<b>TERCERA PARTE</b>		
<b>FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL</b> .....		<b>281</b>
<b>CAPÍTULO V</b>		
<b>INDUCCIÓN, COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD</b> .....		<b>282</b>
<b>1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>282</b>
<b>2.</b>	<b>CUESTIONES COMUNES A TODAS LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN</b> .....	<b>284</b>
A)	Fundamento del castigo de la participación .....	285
B)	Accesoriedad de la participación.....	288

C)	Participación en cadena .....	289
a.	<i>La discusión sobre la inducción en cadena</i> .....	291
b.	<i>Toma de postura</i> .....	295
D)	La discusión sobre la participación imprudente .....	296
a.	<i>La defensa del castigo de la participación imprudente</i> .....	297
b.	<i>El rechazo del castigo de la participación imprudente</i> .....	299
c.	<i>Toma de postura</i> .....	301
E)	La discusión sobre las denominadas “conductas neutrales” y la relevancia (o no) de los conocimientos especiales .....	302
a.	<i>Contextualización</i> .....	302
b.	<i>Relevancia del tema</i> .....	304
c.	<i>Alternativas de solución</i> .....	307
d.	<i>Los conocimientos especiales y las conductas neutrales en el ámbito empresarial</i> .	314
<b>3.</b>	<b>ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN</b> .....	<b>319</b>
A)	La coinducción .....	320
B)	El criterio de distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad.....	322
C)	La discusión sobre la conveniencia de la figura de cooperación necesaria.....	327
	<b><i>Recapitulación</i></b> .....	<b>333</b>
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>336</b>
	<b>CONCLUSIONS</b> .....	<b>342</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b> .....	<b>348</b>
	<b>JURISPRUDENCIA CITADA</b> .....	<b>374</b>



## ABREVIATURAS

ACLR	American Criminal Law Review (citada por número y año).
AD	Artículos de Doctrina (citada por número y año).
ADP	Anuario de Derecho Penal. Revista electrónica monográfica, publicada en virtud del convenio entre la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza). (Citada por año).
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año).
AFDUA	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (citado por volumen y año).
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia provincial.
art., arts.	Artículo, artículos.
AT	Allgemeiner Teil (Parte General).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo de Alemania).
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (citado por año y número).
Cfr.	Confróntese.
Coord.	Coordinador, coordinadores.
CP	Código Penal.
CPC	Cuadernos de Política Criminal (citados por número y año).
CPI	Corte Penal Internacional.
Dir.	Director, directores.
DoPC	Documentos penales y criminológicos (Managua). (citada por volumen y año).
DP	Derecho Penal.
DPCo	Revista Derecho Penal Contemporáneo (citada por número y año).
DPCr	Revista Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia (citada por número y año).
DPE	Derecho penal económico.

Ed.	Edición, editor.
EDJ	Estudios de Derecho Judicial (citada por año y número).
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos (citada por volumen y año).
EP-Ruiz Antón	OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coord.): Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
EP-Valle Muñiz	QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín (coord.): El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.
Et al.	Y otros.
Foro FICP	Revista Foro. Tribuna y Boletín de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (citada por año y número).
FS-Bockelmann	KAUFMANN, Arthur (ed.): <i>Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978</i> , C. H. Beck, München - Berlin, 1979.
FS-Lüderssen	PRITTWITZ, Cornelius/BAURMANN, Michael/GÜNTHER, Klaus/KUHLEN, Lothar/MERKEL, Reinhard/NESTLER, Cornelius/SCHULZ, Lorenz (ed.): <i>Festschrift für Klaus Lüderssen (zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002)</i> , Nomos, Baden-Baden, 2002.
FS-Roxin	SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (ed.): <i>Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001</i> , De Gruyter, Berlin/New York, 2001.
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (citada por año).
<i>Infra</i>	Abajo, en una parte posterior del trabajo.
JLP	Journal of Law and Policy (citada por número y año).
Jura	Juristische Ausbildung (citada por año).
LH-Cerezo	DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.): <i>La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir</i> , Tecnos, Madrid, 2002.
LH-del Rosal	Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

LH-Mir	SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan J./CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (coord.): <i>Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig</i> , B de F, Montevideo, 2017.
LH-Morillas	SUÁREZ LÓPEZ, José María/BARQUÍN SÁNZ, Jesús/BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./JIMÉNEZ DÍAZ, María José/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Jose Eduardo (Dir.): <i>Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva</i> , Dykinson, Madrid, 2018.
LH-Roxin	SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed. española)/SCHÜNEMANN, Bernd/DE FIGUEIREDO DIAS, J. (coord.): <i>Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin</i> , J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
LH-Roxin-UIGV	LUZÓN PEÑA, Diego-M. (dir.): <i>Libro Homenaje a Claus Roxin</i> , Lima, FICP/Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 2018.
LH-Schünemann	GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/GRACIA MARTÍN, Luis/PEÑARANDA RAMOS, Enrique/RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/URQUIZO OLAECHEA, José (ed.): <i>Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario</i> , Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
LO	Ley orgánica.
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum StGB.
n., nn.	Nota al pie, notas al pie.
nº	Número, números.
NFP	Revista Nuevo Foro Penal (citada por número y año).
nm.	Número marginal.
<i>passim</i>	En todo el trabajo.
PC	Revista Política Criminal, Universidad de Talca (Chile) (citada por número y año).
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial (citada por número y año).
PLLT	Public Law and Legal Theory Series (citada por número y año).
RD	Revista de Derecho (citada por número y año).
RDA	República Democrática Alemana.

RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año).
REDUR	Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (citada por número y año).
REJ	Revista de Estudios de la Justicia (citada por número y año).
RGDP	Revista General de Derecho Penal (citada por número y año).
RL	Revista Lusíada (citada por número y año).
RP	Revista Penal (citada por número y año).
RPPJ	Responsabilidad penal de las personas jurídicas.
RH	Harlax: Revista técnica del Ertzaina, Gobierno Vasco (citada por número y año).
s., ss.	Siguiente, siguientes.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
<i>Supra</i>	Arriba, en una parte anterior del trabajo.
t.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional español.
TS	Tribunal Supremo español.
UE	Unión Europea.
V.	Véase.
YLJ	The Yale Law Journal (citada por número y año).
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (citada por número y año).
ZStrR	Schweizerische zeitschrift für strafrecht (citada por número y año).
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citada por número y año).

# INTRODUCCIÓN Y MÉTODO

“Solo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo”.  
(PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, 384).

## 1. INTRODUCCIÓN

Si existe alguna idea que genere consenso en la doctrina, esta es la de considerar que la atribución de responsabilidad penal en el seno de una estructura empresarial plantea serias dificultades<sup>1</sup>, y ello debido, entre otros factores, a las características que

---

<sup>1</sup> En este sentido se pronuncian expresamente, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 76 n. 224; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 16; ADPCP 2002, 16; en: *Temas actuales*, 2002, 129, 192 s.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, 59 s.; en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 52 s.; *Prolegómenos*, 2003, 86 ss.; *Foro FICP 2014-2*, 29; HASSEMER, en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, 1995, 34 s., 170 ss.; MUÑOZ CONDE en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, 1995 51 ss.; en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 502; PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 137 ss.; en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 290 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 23; en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 121; SILVA SÁNCHEZ, en: *LH-Roxin*, 1995, 368 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RH 16-17 (1996)*, 267; *NFP 71 (2007)*, 116 ss.; *RL 4-5 (2007)*, 122, 140 ss.; HEINE, *ADP 1996*, 1 s., 8; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 366; DANNECKER, *RP 7 (2001)*, 51; ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 17, 27-29; LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 37 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 15, 18, 23; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 520 ss.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 36 s., 48, 50; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 19, 198; en: SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 89 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 97 s., 473; AGUADO LÓPEZ, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 554; CASTRONUOVO, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 196; JUANATEY DORADO, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 135 s.; CERVINI/ADRIASOLA, *DP de la empresa*, 2005, 107 ss.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 7; BERRUEZO, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*, 2007, 1; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 124 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en: SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 161 s.; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *Fraude a consumidores*, 2016, 235 ss.; TERRADILLOS BASOCO, en: SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 14; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, XXIII; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, *passim*; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP*, *PG*, 2ª., 2010, 547; CESANO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 179 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *PG*, t. VI, 2010, 126; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 360, 1038 s.; GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios*, *PG*, 2011, 402; ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 17 s.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, I, 5ª, 2012, 211; GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El Nuevo CP*, 2012, 49; MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 127; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, 2013, 49; SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 34 ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 47; COLINA OQUENDO, en: RODRÍGUEZ RAMOS (dir.)/MARTÍNEZ GUERRA (coord.): *CP comentado*, 5ª, 2015, 354; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 9ª, 2015, 481; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP*, *PG*, 4ª, 2016, 143; GALLEGU SOLER,

se atribuyen a dicha estructura, principalmente las de escisión de los procesos de decisión y ejecución, división del trabajo, jerarquía, especialización, delegación de funciones, principio de confianza, y en algunos casos, incluso, la utilización de mecanismos de fidelización y la posible configuración de un factor criminógeno de grupo<sup>2</sup>. Si a estas dificultades se añaden aquellas propias de la delimitación entre autoría y participación, presentes ya en el análisis de los delitos cometidos fuera de una estructura con las características enunciadas, la complejidad de la tarea se amplifica<sup>3</sup>.

La solución de la doctrina penal a esta problemática suele oscilar entre dos posiciones principales, que, al mismo tiempo, han ido marcando sendas tendencias (y, como tendencias, cada una se presenta con matices relevantes): una primera tendencia se revela más afín al replanteamiento de las categorías dogmáticas tradicionales, y a la reformulación de los criterios de atribución de responsabilidad penal, en tanto son considerados insuficientes para responder a los desafíos que representa la criminalidad en la estructura empresarial<sup>4</sup>; una segunda tendencia, en cambio, denuncia la flexibilización de ciertos principios y garantías, que parece acompañar a muchos de los

---

en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 31 (12); GARCÍA DEL BLANCO, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 61 (15); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 510 ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 104; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal para directivos*, 2016, 3 s., 202; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 31; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.): *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 210; JOECKS, *MüKoStGB*, 3ª, 2017, § 25 nm. 4.

<sup>2</sup> Estas dificultades también han sido puestas de relieve por el TS, entre otras decisiones en la STS 86/2017, de 16 de febrero, donde reconoce que “los delitos producidos en el ámbito organizativo, empresarial no suelen responder, por regla general a comportamientos criminales aislados de una sola persona, más bien, son normalmente el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones, y junto a ello el Derecho penal se encuentra frente a la realidad con mayores dificultades inmanentes al sistema ya que, a menudo, deberá responder a la cuestión de quien, como sujeto individual, debe ser, en el ámbito de una empresa, el responsable de las infracciones externas de determinados deberes y tal cuestión de la imputación individual de hechos realizados en el ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional Parte General del Derecho Penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias (...)”.

<sup>3</sup> Como señala MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 326, “la importancia que ha adquirido en los últimos años el Derecho penal económico-empresarial ha revitalizado en los tribunales la relevante, en lo teórico y lo práctico, cuestión de la separación autor partícipe (sic)”.

<sup>4</sup> Destacan, dentro de esta tendencia, las posiciones de ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 17; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, 2001, 271; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 55; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 25 s., 172; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 19 s., 198; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 124, 128 s.; *Derecho penal económico*, 2009, 1-5; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 356 ss., 1068, 1071; GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 391; SILVA SÁNCHEZ en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 34, 37 ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 291; PEÑARANDA RAMOS, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *Fraude a consumidores*, 2016, 235; ROMEO CASABONA en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 31.

planteamientos derivados de la primera tendencia, y aboga por la conservación de las categorías y criterios tradicionales de atribución de responsabilidad penal<sup>5</sup>, pues, además de considerarlos aptos para abordar la problemática a la que vengo aludiendo, entiende que su conservación va ligada estrechamente al respeto por los postulados fundamentales de un Derecho penal garantista.

Así, para esta tendencia, en palabras de PAREDES CASTAÑÓN, las categorías dogmáticas tradicionales “están muy directamente vinculadas tanto a criterios de justicia de la imputación de responsabilidad como a garantías procesales básicas, conectadas con el derecho fundamental a un juicio justo, por lo que una ‘flexibilización’ de aquellas acaba, casi inexorablemente, ocasionando un deterioro de estas últimas. Deterioro que en ningún caso puede ser justificado sobre la base de razones crudamente utilitarias”<sup>6</sup>.

En línea con lo anterior, el presente trabajo se inscribe en esta última tendencia, en tanto persigue dos objetivos principales: inicialmente busca alertar sobre ciertos riesgos o “vías de escape” que se derivan de la primera tendencia, y que más que *resolver* de fondo los problemas que plantea la atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial, pretenden *acabar* con ellos<sup>7</sup> o, en todo caso, evadirlos. El segundo de los objetivos que me he propuesto consiste en hacer compatibles los criterios y categorías dogmáticas tradicionales, con la solución de los problemas particulares que ese tipo de estructuras generan a la hora de analizar las formas de autoría y participación que pueden presentarse en los diferentes supuestos.

Para lograr estos objetivos, he querido dividir el trabajo en tres partes, que me permiten contextualizar la problemática a la que haré referencia, y delimitarla

---

<sup>5</sup> Resultan representativas de esta tendencia las posiciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RH 16-17 (1996)*, 267; *DoPC 1 (2001)*, 60; *NFP 71 (2007)*, 143 s.; *RL 4-5 (2007)*, 143 s.; PÉREZ CEPEDA, *Responsabilidad de los administradores*, 1997, 24; GIMBERNAT ORDEIG, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 356; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3<sup>a</sup>, 2002, 81 ss., 543 n. 240; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 543 s.; BOX REIG, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 66; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 132; TERRADILLOS BASOCO, en: SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 17 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina*, 2<sup>a</sup>, 2011, 438 s.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, I, 5<sup>a</sup>, 2012, 225; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 422.

<sup>6</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina*, 2<sup>a</sup>, 2011, 438 s.

<sup>7</sup> Sigo aquí la diferencia que plantea GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 62, entre “resolver” los problemas y “acabar” con ellos, cuando critica la posición que, para ese momento, sostenía el TS con respecto a la denominada doctrina del acuerdo previo.

conceptualmente (primera parte); explorar las soluciones de autoría y su posible aplicación en la estructura empresarial (segunda parte); y, finalmente, analizar las soluciones de participación y su viabilidad en el ámbito de la empresa (tercera parte). A continuación, haré referencia al contenido de cada uno de los capítulos que integran estas tres partes.

El primer capítulo lo dedico a la delimitación del objeto de estudio, a partir de dos bloques temáticos. Un bloque inicial busca responder al interrogante sobre la posibilidad y conveniencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ), como mecanismo para hacer frente a las dificultades que presenta la depuración de responsabilidades individuales en la empresa. A ambos aspectos – posibilidad y conveniencia de esta figura– respondo negativamente, tanto por razones dogmáticas como de política criminal, y me valgo del ejemplo de Estados Unidos para ilustrar mi posición. Lo anterior me permite evidenciar que el mecanismo de la RPPJ constituye una de esas “vías de escape” o atajos fáciles para atribuir responsabilidad penal, a costa del sacrificio de garantías básicas, como las derivadas de los principios de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad por el hecho propio, entre otros. De ahí se desprende que la alternativa debe ser la de afinar las herramientas de atribución de responsabilidad penal a las personas físicas en el seno de la empresa, y para ello resulta indispensable establecer como punto de partida el concepto básico de “estructura empresarial”, y no otros conceptos como “criminalidad económica” o “Derecho penal económico”, pues el primero refleja, en mayor grado, la problemática de la que me ocupo, en tanto son las peculiaridades de dicha estructura las que logran explicar ciertas dinámicas que justifican un análisis independiente de la autoría y la participación en los hechos delictivos que allí tienen lugar. El último bloque temático de este capítulo lo dedico, precisamente, a fundamentar esta elección y a analizar las características y elementos organizativos de la estructura empresarial.

Una vez delimitado el objeto de estudio, esto es, el análisis de la determinación de la autoría y la participación de las personas físicas en delitos cometidos en el seno de la estructura empresarial, en el segundo capítulo me ocupo, inicialmente, de la pregunta –ineludible– por el concepto de autor del cual parto. Para responder a esa pregunta, destaco los aspectos fundamentales de los conceptos de autor más relevantes en la evolución de la doctrina penal, y ese recorrido teórico es el que me permite justificar la opción por un concepto restrictivo de autor, que posibilita una mayor precisión de la



descripción típica y, por eso mismo, una mayor conformidad con los principios del Estado social de Derecho. No obstante, advierto también sobre el riesgo de que el legislador, a través de las descripciones típicas de la Parte Especial, termine diluyendo la frontera entre autores y partícipes, e introduciendo, en la práctica, un concepto unitario de autor, lo que configuraría una segunda “vía de escape” para la atribución (fácil, no justa) de responsabilidad penal. Finalmente, sostengo que la elección de un concepto restrictivo de autor lleva aparejada, de manera consecuente, la pregunta por el criterio más adecuado, tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal, para la delimitación entre autoría y participación. Después del análisis de las diferentes teorías que se han ocupado de establecer dicho criterio, me decanto por la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, en la línea creada por LUZÓN PEÑA, y desarrollada, fundamentalmente, por él y por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>8</sup>. Y esta elección, que cierra la primera parte del trabajo, sirve como “hoja de ruta” para las reflexiones que propongo en los tres capítulos posteriores.

En la segunda parte de esta investigación me ocupo, entonces, del análisis de las soluciones de autoría en la estructura empresarial, no sin antes formular algunas advertencias, referidas, sobre todo, a la necesidad de huir de modelos de imputación que, por ejemplo, hagan responder siempre a los directivos en calidad de autores, por el mero hecho de ostentar esa *posición* de dirección, y desechen, para ellos, las soluciones de participación. Estos modelos automáticos o uniformes de imputación funcionan, en la práctica, como una tercera “vía de escape”, a través de la cual se pretende solventar las dificultades de atribución de responsabilidad penal en el seno de la empresa. Frente a este panorama concluyo que solo la identificación de las interacciones verticales y horizontales en la estructura de la empresa, con la consecuente caracterización de los conceptos de *directivo* y *subordinado*, da lugar a modelos de imputación que asocian la responsabilidad penal a la *actividad* que efectivamente realiza el sujeto, y con ello, materializan la idea de un derecho penal de acto y no de autor.

Tras esas advertencias previas, en el tercer capítulo abordo la figura de la coautoría, que se presenta problemática desde su propia definición, y la caracterización de sus límites y requisitos. Para el análisis de estos últimos, tomo como referente a la teoría del dominio del hecho, que en su versión más restrictiva en el ámbito de la

---

<sup>8</sup> V., *infra*, Capítulo II, 3. D), con las respectivas referencias bibliográficas.

coautoría alude a un *dominio funcional del hecho*, con ROXIN como principal representante. El balance de cada uno de los requisitos planteados desde esta teoría arroja, como resultado, que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho resulta más adecuado –y también más restrictivo– para explicar dicha forma de autoría, a la que se define como la realización conjunta de la acción que determina el sí y el cómo del hecho. Ello implica un dominio positivo del hecho, y no meramente negativo, como el que resulta de la idea de esencialidad de la contribución; y a dicho dominio se une el requisito de un plan o acuerdo común, en virtud del cual opera la imputación recíproca de lo que hace cada coautor. De este análisis derivo también la idea de que la prestación de la contribución en fase ejecutiva, más que un requisito, es una consecuencia de la caracterización de la coautoría que aquí asumo, y ello puede representar uno de los mayores obstáculos para atribuir esta forma de autoría a los directivos, lo que implicaría, en consecuencia, que sean más frecuentes los supuestos de (co)autoría mediata.

Esta última idea constituye la puerta de entrada a la discusión que abordo en el cuarto capítulo, sobre las posibilidades de aplicación de la autoría mediata (muchas veces coautoría mediata) en el ámbito empresarial; aplicación que puede verse favorecida por ciertas características de la estructura de la empresa, que en cambio podrían ser obstáculo para la configuración de supuestos de coautoría. Para desarrollar esta idea, me detengo, en un primer momento, en el análisis del fundamento de la autoría mediata, desde diversas teorías, haciendo un énfasis especial, también aquí, en los desarrollos de ROXIN. Y también para esta figura, concluyo que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho se muestra como el más adecuado y consecuente con un concepto restrictivo de autor. En la aplicación de este criterio al ámbito empresarial, constato que podrán ser frecuentes los supuestos de autoría mediata por creación o aprovechamiento de un error, pero también defiendo que pueden serlo aquellos supuestos de autoría mediata en virtud de coacción u otros procedimientos, debido a ciertas dinámicas de verdadera instrumentalización que podrían pasar inadvertidas si no se atiende a las particularidades de las interacciones verticales dentro de la estructura empresarial, y a las *situaciones de especial vulnerabilidad* en las que pueden encontrarse algunos de los subordinados. Finalmente, descarto la instrumentalización (y, con ella, la autoría mediata) en los supuestos de ejecutores inmediatos plenamente responsables, lo que, de manera consecuente, me lleva a

descartar la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, y su traslado al ámbito empresarial.

Tras el balance de las soluciones de autoría, desarrollado en la segunda parte del trabajo (capítulos III y IV), en el quinto y último capítulo, que al mismo tiempo constituye la tercera parte, me dedico a analizar las formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad) y su viabilidad en el proceso de atribución de responsabilidad penal en la empresa. Para ello abordo, en primer lugar, algunas cuestiones comunes a todas las formas de participación, empezando por la pregunta sobre el fundamento del castigo al partícipe, y la importancia del principio de accesoriadad limitada. De ahí continúo con el análisis de la participación en cadena, de especial incidencia en el ámbito empresarial, y asumo la idea de que se trata de una participación en el hecho principal, lo que considero válido también en los supuestos de inducción. Planteo luego la discusión sobre la participación imprudente, y sostengo que, si bien es conceptualmente posible, su castigo no resulta conveniente, sobre todo por razones de política criminal. Por último, dentro de las cuestiones generales de la participación, me acerco a la discusión sobre las conductas neutrales y la relevancia de los conocimientos especiales, lo que me permite concluir que la presencia de conocimientos especiales puede implicar que una conducta aparentemente neutral constituya participación, o incluso autoría, o que se descarte una supuesta instrumentalización del sujeto que posee dichos conocimientos.

Algunos de los problemas particulares de las formas de participación los planteo, finalmente, en la última parte del capítulo. Allí analizo la figura de la coinducción, cuya presencia puede ser muy frecuente en el ámbito empresarial, sobre todo en los supuestos de decisiones tomadas en órganos colegiados, cuando no concurren los requisitos de la coautoría mediata. También expongo el debate en torno a la diferencia entre complicidad y cooperación necesaria, y opto por la vía de conjugar el criterio de los bienes escasos, con el que indaga por el grado de importancia que los demás intervinientes en el hecho le otorgan a la contribución del sujeto. Finalmente, me refiero a las razones por las que un sector de la doctrina rechaza la conveniencia de la figura de la cooperación necesaria, y constato que sus críticas se orientan más a la fórmula que utiliza el legislador español, que a la figura en sí. Concluyo con la defensa de la cooperación necesaria en el CP, en tanto ella refleja de manera más precisa las diferentes formas de intervención en el delito, y se muestra más consecuente con un

concepto restrictivo de autor, como el que he asumido desde un comienzo en esta investigación.

Por fin, me interesa destacar que en esta investigación he excluido de manera consciente el tema de la atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión, y ello se debe, fundamentalmente, a dos razones: en primer lugar, se trata de un problema que, por su gran complejidad, merece él mismo un estudio monográfico, lo que excede los límites de una investigación cuyo alcance ya es amplio, y que, de incluir esa problemática, se tornaría casi inabarcable. En segundo lugar, creo que las reflexiones alrededor de las figuras de autoría y participación constituyen un punto de partida (y aportan ya elementos relevantes) para posteriores trabajos que transpongan esas reflexiones al ámbito de la omisión<sup>9</sup>. Sí quiero, no obstante, poner de relieve que también la figura de la comisión por omisión se ha pretendido usar, en algunas ocasiones, y sobre todo a partir de teorías radicalmente normativizadoras, como otra “vía de escape”, añadida a las tres que ya he mencionado, para ampliar injustificadamente la responsabilidad de los directivos en el ámbito de la estructura empresarial, al aplicarse “como mera infracción del deber de vigilancia”<sup>10</sup>. Aplicación que también rechazo aquí, en consonancia con lo que he defendido.

## 2. MÉTODO

Afirma TERRADILLOS BASOCO que “la dogmática penal del último siglo, desarrollada y profundizada, puede brindar medios para abordar los nuevos fenómenos delictivos. Y en el plano político de las garantías, no caben pasos hacia atrás”<sup>11</sup>. Asumo estas palabras como una declaración de principios que orienta el enfoque metodológico que he procurado seguir en esta investigación. Se trata, en efecto, de una metodología en la que he tenido en cuenta tanto consideraciones de dogmática penal, indispensables

---

<sup>9</sup> En la línea de lo planteado por GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios penales*, 1999, 364, quien sostiene la necesidad de “arrancar de la dogmática de los delitos de acción –mucho más elaborada y avanzada que la de los de omisión–, para, a continuación, transponer los conocimientos relativamente asegurados de que disponemos sobre esos delitos de acción a los delitos de omisión impropia”.

<sup>10</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, I, 5ª, 2012, 217.

<sup>11</sup> TERRADILLOS BASOCO, en: SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 22.

para dar respuesta a los desafíos que plantea la criminalidad en la estructura empresarial, como consideraciones de política criminal en la interpretación de los preceptos normativos, para hacer compatibles esas respuestas con los fines y las garantías –irrenunciables– del Derecho penal.

Lo anterior se enmarca en la línea que hace ya casi medio siglo propuso y empezó a desarrollar ROXIN, al poner de manifiesto la importancia de permitir que las decisiones de política criminal permeen el sistema del Derecho penal: “La vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica”<sup>12</sup>.

También ROXIN ha puesto de relieve tres requisitos fundamentales para la existencia de un sistema fructífero: “claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades políticocriminales”<sup>13</sup>. En el desarrollo de esta investigación he procurado atender a estos requisitos, y para ello he partido siempre de la exposición del debate doctrinal (y, en varios casos, también jurisprudencial) en torno a los diferentes conceptos y soluciones, para dar entrada al desarrollo y a la delimitación de la posición que considero más acertada, sin perder de vista sus posibilidades de aplicación en el ámbito de estudio que he elegido (la estructura empresarial) y sus consecuencias políticocriminales.

Esta metodología ha implicado, en primer lugar, tareas de recolección y revisión de bibliografía, en su mayoría española, también alemana, y en menor medida estadounidense (esto último para el análisis del sistema de RPPJ en dicho país, que realizo en el primer capítulo). He procurado revisar las obras extranjeras en su idioma original, y en algunos casos he ubicado y citado también en la nota al pie las referencias de la respectiva traducción al castellano, para los lectores que no pueden acceder a la obra en el idioma original. La revisión bibliográfica ha incluido manuales (en su mayoría de Parte General), comentarios al CP, monografías sobre los temas específicos que abordo en el trabajo, y artículos de obras colectivas y revistas. De cada una de las

---

<sup>12</sup> ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª, 1973, 10 (*Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, 32).

<sup>13</sup> ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª, 1973, 14 (*Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, 39).

obras citadas he realizado informes de lectura, que me han facilitado el posterior análisis, contraste y valoración de las diferentes posiciones.

De manera simultánea a la labor de revisión bibliográfica, me he ocupado de la descripción, interpretación y valoración crítica de la legislación española. Soy consciente de la importancia de atender constantemente al contenido de la ley, y así me lo ha inculcado mi maestro, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien hace casi 30 años escribía estas palabras que hoy siguen vigentes: “(...) las valoraciones que creo más importantes son las que pueden extraerse de la ley, intentando hacerlas compatibles con las que parecen más correctas desde el punto de vista de la justicia material, de las necesidades políticocriminales, *pero siempre con el límite máximo de la propia letra de la ley*, del principio de legalidad”<sup>14</sup>.

También he querido incluir, en la mayoría de los temas que abordo (y, en algunos, con mayor énfasis), referencias jurisprudenciales, sobre todo a las decisiones del TS. Considero que estas decisiones constituyen un dato fundamental para conocer cómo se está aplicando la ley y qué tanto ella está cumpliendo con su función limitadora de –entre otras– la actividad judicial. A partir de este conocimiento resulta más fácil, y al mismo tiempo más provechoso, formular críticas a las decisiones jurisprudenciales, y proponer también eventuales reformas legislativas.

En cuanto al sistema de citas que he utilizado en el trabajo, he procurado facilitar la identificación de las obras, sin sacrificar la brevedad en la citación. Las monografías y las contribuciones en libros colectivos (también manuales o comentarios) se citan con algunas palabras claves del título de la monografía o de la obra colectiva, respectivamente (esas palabras aparecen en negrita en la bibliografía final del trabajo); los artículos de revista o contribuciones en libros-homenaje se citan por el título abreviado de la revista o libro, según corresponda, y de conformidad con la forma

---

<sup>14</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 35 (la cursiva es mía). También mi maestro colombiano, SOTOMAYOR ACOSTA, me ha alertado siempre sobre los peligros de una dogmática penal “cada día más desvinculada del derecho positivo”. En este sentido, como afirma en SOTOMAYOR ACOSTA, *PC 22 (2016)*, 698, “si de lo que se trata, hoy, es de ‘hacer justicia’, que en el lenguaje de los tiempos es tanto como castigar a toda costa y con la mayor intensidad posible, es lógico que tanto la ley como aquellas categorías jurídicas probatoriamente exigentes sean tratadas como obstáculos que deben ser removidos, para en su lugar erigir nuevos conceptos que permitan condenar de manera más fácil y más intensa. A tal efecto resultan bastante funcionales algunas influyentes tendencias dogmáticas actuales que, comprometidas con pretensiones de científicidad y universalidad, llegan prácticamente a despreciar y en algunas ocasiones inclusive a desconocer el derecho positivo mismo en el quehacer dogmático”.

abreviada que aparece en el índice de abreviaturas, al inicio del trabajo. En el caso de las revistas, después de su título abreviado incluyo el número y año, o solo el año, según la revista.

Para finalizar, y una vez expuestos los objetivos, la estructura y el método que he seguido en la elaboración de este trabajo, retomo las palabras del gran jurista JIMÉNEZ DE ASÚA: “Creo firmemente que todo científico deja de serlo cuando se enamora de sus doctrinas y las cree inmutables”<sup>15</sup>. Las ideas expuestas en este trabajo no pretenden ser doctrinas inmutables; pretenden, sí, en cambio, sembrar dudas, motivar la discusión, y ser puerta de entrada a posteriores reflexiones. Estoy convencida de que esa es la mejor manera de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídico-penal.

---

<sup>15</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Prólogo a la 3ª edición de DP*, t. III, 3ª, 1965, 8.

## **PRIMERA PARTE**

### **DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES**



# CAPÍTULO I

## DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

### 1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿UNA SOLUCIÓN ADECUADA Y NECESARIA?

En los últimos años, la atención de la doctrina penal española se ha centrado, con especial énfasis, en el problema de la RPPJ<sup>1</sup>. Prueba de ello es la cantidad inabarcable de bibliografía al respecto<sup>2</sup>, tanto anterior como posterior a la reforma al CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo –al menos formalmente<sup>3</sup>– este tipo de responsabilidad en el ordenamiento español (art. 31 bis CP). Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>4</sup>, que modifica el CP, y que introduce cambios sustanciales en la regulación del sistema de RPPJ en España, me atrevo a anticipar que –utilizando la expresión de GÓMEZ MARTÍN<sup>5</sup>– seguirán corriendo “ríos de tinta” que alimenten el debate en torno a la justificación y conveniencia de esta institución<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> También se refieren a este fenómeno, entre otros autores, NIETO MARTÍN, *Personas jurídicas*, 2008, 15, 37; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 333 s. n. 2; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 569 s.

<sup>2</sup> Ya en 2008 advertía sobre esta situación, NIETO MARTÍN, *Personas jurídicas*, 2008, 15, quien se refería a la “descomunal cantidad de literatura existente” sobre la RPPJ. También lo señalan expresamente MIR PUIG, *Foro FICP 2014-1*, 24 n. 1; ROBLES PLANAS, *Estudios*, 2014, 203; y BUSATO, *Tres tesis*, 2019, 15. No es posible aquí, ni es objeto de este trabajo, hacer una referencia completa de las múltiples publicaciones sobre el tema. Remito para ello a GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 333 s. n. 2, quien incluye abundantes referencias bibliográficas sobre la RPPJ en la doctrina española. No obstante, pueden mencionarse como monografías de referencia en España, BACIGALUPO SAGGESE, S., *Personas jurídicas*, 1998; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005; *Fundamentos*, 2010; *Tribunal Supremo*, 2017; NIETO MARTÍN, *Personas jurídicas*, 2008; ZUGALDÍA ESPINAR, *Empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008; *La responsabilidad criminal*, 2013; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo*, 3ª, 2009; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción*, 2ª, 2015; FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016; GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites*, 2017; PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2017.

<sup>3</sup> Como se verá más adelante, no es pacífica en la doctrina española la calificación de esta responsabilidad como estrictamente penal.

<sup>4</sup> Esta ley entró en vigor el 1 de julio de 2015, previó una *vacatio legis* de solo 3 meses, lo que resulta, sin duda, insuficiente para una reforma tan amplia y de tanta repercusión.

<sup>5</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 333 s. n. 2.

<sup>6</sup> En efecto, de manera inmediata a la aprobación de esta ley, y sin que la misma hubiese entrado en vigor, ya se encontraban trabajos con una valoración crítica de la nueva regulación. V., por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 158, 160 ss., quien alude al profundo cambio en la estructura del art. 31 bis CP y a la notable transformación de su contenido

Ahondar en ese debate desbordaría los objetivos de este trabajo y merecería un tratamiento monográfico; por tanto, no haré aquí un análisis detallado de los distintos argumentos que se han planteado para rechazar o justificar la existencia de la RPPJ. Simplemente abordaré algunos aspectos críticos que –y con esto adelanto una primera conclusión– me llevan a rechazar la vía de la RPPJ como una alternativa adecuada frente a las dificultades de atribución de responsabilidad penal individual en el seno de las empresas.

Antes cabe advertir que el debate alrededor de la RPPJ no ha sido –ni mucho menos– privativo de España<sup>7</sup>, y que incluso, como expondré más adelante<sup>8</sup>, en países como Estados Unidos, con una larga tradición de reconocimiento legislativo de esta responsabilidad, el debate sobre su fundamento, justificación y conveniencia no puede considerarse agotado en lo más mínimo.

Las razones de rechazo a un sistema de RPPJ se pueden agrupar, de manera muy genérica, en dos grandes bloques: un primer bloque compuesto por razones dogmáticas que cuestionan, básicamente, la capacidad de la persona jurídica para actuar de manera típicamente relevante y para ser objeto del juicio en que consiste la culpabilidad penal; un segundo bloque, que se fundamenta en razones de política criminal, a partir de las cuales se pone en duda, entre otros factores, el efecto preventivo de las sanciones penales para las personas jurídicas y las consecuencias directas de dichas sanciones con respecto a terceros ajenos a la conducta delictiva cometida en el seno de la empresa. En lo siguiente me valdré de esta clasificación entre razones dogmáticas y político-criminales para exponer, de una manera muy global, los aspectos fundamentales de estas críticas, no sin antes advertir que no han variado sustancialmente con la inclusión de la RPPJ en el CP, y que a ellas se han sumado otras, relacionadas, sobre todo, con la

---

(160), y aborda los aspectos problemáticos de esta reforma, comenzando por las irregularidades en su tramitación (158), centrándose, más adelante, en aspectos sustanciales (160 ss.).

<sup>7</sup> En Alemania, por ejemplo, la discusión ha retornado con fuerza a partir del Proyecto de Ley presentado en septiembre de 2013 por el Ministro de Justicia del Estado de Renania del Norte-Westfalia, en que se propone la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras asociaciones. Una exposición de este proyecto desde una perspectiva crítica, se encuentra en HOVEN, *ZIS 1/2014*, 23 ss.; SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 7 ss.; ZIESCHANG, *GA 2014*, 98 ss.; WILLEMS, *ZIS 1/2015*, 40 ss., quien realiza una crítica novedosa, desde la óptica de las empresas.

<sup>8</sup> *Infra*, apartado C).

deficiente redacción del precepto, el catálogo de delitos que incluye, y su escasísima aplicación<sup>9</sup>.

### A) Críticas a la RPPJ desde una perspectiva dogmática

Una de las críticas más relevantes y recurrentes en el sector de la doctrina penal que rechaza la posibilidad de una verdadera RPPJ, es la de la incapacidad de estas entidades para realizar acciones penalmente típicas y para ser culpables. Como acabo de advertir, estas críticas, que se venían formulando con anterioridad a la reforma del 2010<sup>10</sup>, todavía hoy se sostienen, e incluso se valen del texto legal para refrendarse.

En esta línea –la de las críticas posteriores a la reforma de 2010–, son destacables los argumentos de GÓMEZ MARTÍN<sup>11</sup>, quien, en primer lugar, parte del análisis de la corriente dogmática que, para evitar las críticas a las que me he referido, defiende un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica<sup>12</sup> y la consecuente

---

<sup>9</sup> Desde una concepción opuesta a la que defiende en las siguientes líneas, ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal*, 2013, 15, parte de la premisa de que “el debate sobre si *se debe* (desde el punto de vista político-criminal) y *se puede* (desde el punto de vista dogmático) exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas pertenece al pasado, se encuentra superado desde hace tiempo y resuelto en sentido afirmativo”. Aquí se intentará demostrar la incorrección de esta premisa, pues el debate, como afirmé más arriba, sigue abierto incluso en países con una larga trayectoria en este sistema de responsabilidad.

<sup>10</sup> Como pone de relieve MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 2ª, 2007, 536, 551 s., para ese momento, la posición doctrinal mayoritaria rechazaba la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Son representativas, en este sentido, las posturas de GRACIA MARTÍN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 43 s., 63, quien afirmaba que “dado que a la persona jurídica le falta ya (...) la capacidad de acción y, por tanto, la de realizar acciones típicas, el criterio de imputación del hecho objetivo a la persona jurídica no puede tener carácter jurídico-penal sino que tendrá otra naturaleza, pues aquel no puede ser imputado a ninguna acción de la *propia persona jurídica*” (43 s.). A lo que añadía que el “destinatario de una norma de *conducta* solo puede ser un sujeto con respecto al que esta sea susceptible de concretarse, alguna vez, en deber, y esto solo puede suceder con respecto al sujeto capaz de acción” (63); LUZÓN PEÑA, *EP-Ruiz Antón*, 2004, 548, para quien “en un Derecho penal del hecho y de la culpabilidad dicho concepto de delito debe seguir basándose en la responsabilidad penal por el hecho individual y propio, sin el cual no hay acción (...) ni menos culpabilidad, (...) que en cualquier caso presupone siempre una decisión y una actuación propia”; MIR PUIG, *EP-Ruiz Antón*, 2004, 749, advertía también sobre la existencia de razones muy importantes, tanto dogmáticas como político-criminales, que aconsejaban limitar al ser humano la capacidad para cometer delitos y para ser castigado con penas. En este sentido sostenía que “una persona jurídica no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, tal como ha sido elaborada en los países de tradición continental-europea”; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 145 ss.

<sup>11</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 340 ss.

<sup>12</sup> Para una exposición detallada de los diferentes modelos teóricos de RPPJ, v., por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005, 139 ss.; *Fundamentos*, 2010, 233 ss.; *Tribunal Supremo*, 2017,

elaboración de una teoría del delito propia para aquella, en la cual los elementos del concepto de delito serían “*equivalentes funcionales*” de las categorías del delito cometido por la persona física. Así, por ejemplo, la acción sería entendida como la capacidad de organización de la persona jurídica; la imputación objetiva vendría representada por el llamado “defecto de organización”; el dolo sería el “*conocimiento organizativo del riesgo empresarial*”; y la culpabilidad se traduciría en una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad<sup>13</sup>. GÓMEZ MARTÍN rechaza –a mi modo de ver, con acierto– la construcción de estos equivalentes funcionales<sup>14</sup>, y para ello se vale, entre otras, de las siguientes razones, que destaco por su relevancia para la discusión actual.

En primer lugar, este autor considera imposible que las personas jurídicas sean destinatarias de normas de determinación. Así, si se entiende que con la conducta delictiva se infringen estas normas, las personas jurídicas no podrán cometer delitos. Afirmar que sí pueden hacerlo implica, en consecuencia, entender el delito, únicamente, como un comportamiento desvalorado o merecedor de un juicio de desvalor. Lo anterior sería incompatible con la función de protección que debe cumplir el Derecho penal a partir de la prevención de delitos, para lo cual es necesario dirigirse a los ciudadanos a través de normas de determinación que solo pueden ser atendidas “por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad”<sup>15</sup>. En consecuencia, rechaza la

---

38 ss., 53-56; NIETO MARTÍN, *personas jurídicas*, 2008, 85 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008, 114 ss.; *La responsabilidad criminal*, 2013, 64 ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 166 ss., 329 ss.; GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites*, 2017, 34 ss.; PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2017, 69 ss.; BUSATO, *Tres tesis*, 2019, 77 ss.

<sup>13</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 340 s. Cfr., también, la interesante crítica de SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 4 ss., a estos modelos, tanto desde un punto de vista intrasistémico como desde la teoría de la norma. Resulta necesario destacar en este punto el trabajo de SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, 2013, *passim*, especialmente 459 ss., quien pretende construir, desde una teoría de sistemas, un concepto de acción y de culpabilidad propios para la empresa, lo que la lleva a proponer un sistema penal paralelo (*parastrafrechtliches System*) para la empresa. Coincido con la crítica que le hace SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 5, en el sentido de que un sistema como el propuesto por la autora no sería estrictamente un Derecho penal de las personas jurídicas, sino que se asemejaría a un Derecho administrativo sancionador. Considero que la propuesta de esta autora termina evidenciando la imposibilidad de construir equivalentes funcionales de las categorías dogmáticas del Derecho penal individual porque, o bien vulneran principios básicos del Derecho penal, o bien terminan convirtiéndose en propuestas fuera del sistema penal.

<sup>14</sup> También cuestionan esta construcción CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, *passim*, para quien el trasplante de las categorías de la teoría del delito al sujeto colectivo es un camino equivocado, “en tanto supone la erosión de los fundamentos materiales del concepto de culpabilidad y la teoría del delito” (364); SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 298 ss.

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 360. Cfr., en igual sentido, SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 2 s., quien, a propósito de la discusión en torno a

capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, pues el Derecho penal solamente puede (y solo le es lícito) prohibir los comportamientos humanos voluntarios y externos<sup>16</sup>.

GÓMEZ MARTÍN rechaza también el equivalente funcional de la imputación objetiva para las personas jurídicas, esto es, el criterio del defecto de organización. Explica que, quien incurre en este defecto será la persona física y no la jurídica. Así, por ejemplo, “la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (...)

---

la RPPJ, ha insistido en que el destinatario de una norma solo puede ser una persona humana, capaz de comprender la norma y de observarla a través de su conducta. Añade que la capacidad de acción es una premisa lógica y necesaria para la imposición de una pena desde la perspectiva de la prevención general negativa, pues sin capacidad de acción no puede existir infracción de la norma. En un sentido muy similar, también, GRACIA MARTÍN, *LH-Schünemann*, t. II, 2014, 113, 116-118, quien compara la doctrina de la RPPJ con “un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y el espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y que por esto puede luego soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales” (113) (= *Foro FICP 2014-2*, 37), y alerta sobre el fraude de etiquetas en que se incurre al llamar “acción” y “culpabilidad” a conceptos adaptados a la persona jurídica y completamente diferentes a los correspondientes a la persona natural (116 ss.); *Foro FICP 2015-2*, 150.

<sup>16</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 363. En un sentido muy similar se pronuncia LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 1/26, 11/38, quien sostiene que las personas jurídicas no son responsables del delito “dado que no realizan ellas mismas una acción humana voluntaria, por lo que no son sujeto activo del delito (...) ni pueden actuar con dolo o imprudencia propia, ni por todo ello cometen ellas el delito, es decir que no son autores (...) y en todo caso no son ni pueden ser culpables, ya que no pueden decidir libremente como los seres humanos”(1/26). En efecto, este autor, al partir de un concepto de acción entendida como “manifestación externa activa o pasiva (...) de una voluntad derivada de la situación de consciencia del aparato espiritual de un individuo concreto”, rechaza que esas características se presenten en las “operaciones, acuerdos o resoluciones de personas jurídicas” y considera preferible seguir manteniendo el concepto de “acción humana propiamente dicha”, sin efectuar una ampliación de dicho concepto a las personas jurídicas (11/38). También resulta ilustrativa al respecto la postura de GONZÁLEZ RUS, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 34, quien sostiene que, si el concepto de acción se entiende como exclusivamente valorativo, si la capacidad de acción se le puede atribuir a todo aquello a lo que sea posible exigirle el cumplimiento de un deber, y, por tanto, a las personas jurídicas, “se aproximan tiempos interesantes, pues el desarrollo de la inteligencia artificial, de la robótica y de las nuevas tecnologías en general presentarán pronto ingenios mecánicos a los que, conforme a esos principios, no habrá razón alguna para negarles capacidad de acción penal; y tengo para mí que no faltarán quienes pronto lo pretendan. (...) Por este camino, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las ‘cosas’ y de los ingenios tecnológicos estaría más próximo de lo que parece, recuperando una postura político-criminal que parecía culturalmente superada y que el progreso nos pondría, nuevamente, delante”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 240 s. [= *Libertas 5 (2016)*, 33 s.]; JORGE BARREIRO, *Foro FICP 2017-2*, 41 ss.

siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa”<sup>17</sup>.

En cuanto al equivalente funcional del dolo, que para aquellos que defienden una teoría del delito propia de las personas jurídicas sería el conocimiento organizativo del riesgo empresarial, nuevamente rechaza GÓMEZ MARTÍN que una empresa pueda conocer algo o quererlo, y reitera que son las personas físicas las que lo hacen. Se tratará, entonces, de un equivalente funcional con un contenido “radicalmente normativizado”, incompatible con el principio de culpabilidad<sup>18</sup>.

Tampoco resultan adecuados los equivalentes funcionales que se han propuesto para la culpabilidad desde los modelos de autorresponsabilidad de la persona jurídica<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 364 (la cursiva es mía). A esto añade que “las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación”. Además sostiene, con razón, que aunque se creyera que son las propias personas jurídicas las que incurren en defectos de organización, resulta muy discutible que estos defectos puedan equivaler a la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico. Así, por ejemplo, en cuanto a los protocolos de cumplimiento, se pregunta si la simple inobservancia de un supuesto deber de contar con estos protocolos para cubrir los riesgos penales que puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la RPPJ puede constituir “un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial (...)”, etc., a lo que contesta negativamente, debido a la inexistencia de una relación de riesgo suficiente (364 s.). En sentido similar PÉREZ ARIAS, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 234, afirma que “nadie que haya sido parte de un comité de dirección, o de un consejo de administración o de un mero departamento empresarial podrá aceptar que las sociedades piensan, previenen o actúan. Esto solo se podrá decir, tendenciosamente, en dos casos: uno, cuando no se tenga esta experiencia profesional societaria, y dos, cuando aun teniendo esa experiencia, la persona solo pretenda auto-exculparse con argumentos formales y escurridizos (es decir, sujetos ansiosos de cargos sin cargas, muy presentes en momentos de enorme nominalismo laboral)”. También SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 4, advierte de que las personas jurídicas no pueden organizarse por sí mismas sino solo a través de las conductas de las personas físicas. En sentido similar, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 169, afirma que “todos los sucesos (también los delitos) son incomprensibles sin la referencia a los individuos que componen la empresa, lo cual choca con el intento de presentar el ‘hecho organizativo’ como enteramente propio de la organización”. En la misma línea, FERNÁNDEZ TERUELO, *Libertas 6 (2017)*, 91, sostiene que la culpabilidad de la persona jurídica, fundamentada en el defecto de organización, “no es más que una pura ficción jurídica”, pues nadie puede desconocer que quienes organizan o desorganizan la sociedad son personas físicas. En este sentido concluye que “el modelo de autorresponsabilidad esconde, bajo un manto puramente conceptual cargado de conceptos abstractos con claras pretensiones de alejar el análisis de la realidad, lo que no es más que el comportamiento de las personas físicas que actúan (u omiten) en nombre de la sociedad”.

<sup>18</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 365. A esto se suma que tampoco desde un modelo de transferencia se puede fundamentar la responsabilidad subjetiva de la empresa, pues no es posible la transferencia de elementos subjetivos desde la persona física a la jurídica, razón por la cual la responsabilidad de esta última sería puramente objetiva. En sentido muy similar, GONZÁLEZ RUS, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 35; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 241 ss. [= *Libertas 5 (2016)*, 34 ss.]; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 302 s.

<sup>19</sup> Cfr. GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 366; GRACIA MARTÍN, *LH-Schünemann*, t. II, 2014, 145; GRECO, *GA 2015*, 507 s.; CORCOY

Conceptos como el de la participación en una cultura de incumplimiento de la legalidad, cultura empresarial de infidelidad al Derecho, cultura corporativa generadora de defectos de organización, culpabilidad por la conducción de la empresa, entre otros, hacen que la culpabilidad pierda su función limitadora del *ius puniendi* en cuanto se restringe a la determinación de lo que es funcional o disfuncional para el sistema<sup>20</sup>, y en

---

BIDASOLO, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 87 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 264; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 310 ss. En España, resulta paradigmática la postura de GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005, *passim*, especialmente 201 ss.; *ZStW 119 (2007)*, t. 2, especialmente 315 ss., como defensor de un “concepto constructivista de culpabilidad”. Este autor parte del normativismo funcionalista de JAKOBS, teniendo como referencia un concepto de culpabilidad funcional-personal y un concepto de persona como construcción del sistema jurídico, a la que se le imputa una serie de comunicaciones. Para este autor, los tres fundamentos de la culpabilidad empresarial serían: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma; la igualdad objetivada entre las personas; y la posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma participando en los asuntos públicos. Aunque este autor parte de los fundamentos teóricos desarrollados por JAKOBS, reconoce que el propio JAKOBS rechaza la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente. También JAKOBS, en el dictamen que se incluye en la obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005, 19, advierte de esta divergencia. La posición de JAKOBS frente al problema de la RPPJ puede verse en JAKOBS, *FS-Lüderssen*, 2002, 559 ss. Este autor rechaza expresamente la posibilidad de una genuina culpabilidad en sentido penal de las personas jurídicas (570 s.), pues considera que la culpabilidad requiere la identidad de la persona desde la conciencia, esto es, una persona auto-consciente, competente comunicativamente, mientras que la identidad de la persona jurídica viene “prestada” por la Constitución (570 s., 575). Defienden una culpabilidad propia de la empresa, entre otros, HEINE, *ADP 1996*, 10, quien afirma que “en el Derecho penal de la empresa no se trata solo de una culpabilidad individual por el acto; sino más bien de una culpabilidad de hecho, que se podría caracterizar, a la manera del concepto (por cierto mal visto jurídicamente) de la ‘culpabilidad por conducta de vida’, como una ‘culpabilidad por la conducción de la empresa’”; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Personas jurídicas*, 1998, 199 ss.; DANNECKER, *RP 7 (2001)*, 47; REYES ALVARADO, *RGDP 11 (2009)*, 3, 13 ss., quien hace depender la culpabilidad de las personas jurídicas de “la capacidad de auto-organizar la conducta en función de mantener la fidelidad a la norma” (15); TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, AT*, 4ª, 2014, nm. 375 ss. (164-167), quien defiende el concepto de “imputación o atribución de culpabilidad por la organización” (*Organisationsverschulden*); FEJOO SÁNCHEZ, *LH-Schünemann*, t. II, 2014, 41-70, quien defiende un modelo de RPPJ basado en la autorresponsabilidad y en virtud del cual el injusto, entendido como defecto de la organización, se le imputa a la persona jurídica en la medida en que “sea imputable a un conjunto de decisiones individuales diversas de carácter difuso que han conducido a que en el momento del hecho existiera una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente” (68 s.), lo que fundamentaría, según este autor, la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho (70); PÉREZ MACHÍO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2017, 190, quien se refiere a la culpabilidad de la persona jurídica como “cultura empresarial de incumplimiento de legalidad”. CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 48 ss., 71 ss., en cambio, se refiere al abandono progresivo del término “culpabilidad”, y la opción por el término “responsabilidad”, en tanto este último “tiene un contenido conceptual más aséptico y menos individualizador en el que el colectivo podría tener cabida” (49). Incluso califica de “problemáticos” los conceptos de culpabilidad que en el ámbito de los sujetos colectivos plantean autores como BACIGALUPO SAGGESE o GÓMEZ-JARA DÍEZ, porque, en su opinión, “es discutible que lo que describen como culpabilidad sea verdaderamente tal” (50 n. 66, y luego profundiza en estas críticas a partir de la página 87 ss.). Además, este autor considera un “error categorial” la atribución de culpabilidad penal a los colectivos, pues con ello se subsume en una misma categoría, la de “culpabilidad”, dos realidades muy diversas: la de los individuos que componen un grupo y la del grupo en sí mismo (72).

<sup>20</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 366. Añade que un concepto de culpabilidad de la empresa, construido a partir de la idea de la infidelidad o del incumplimiento de la legalidad, “transita de forma peligrosa por la senda de la *culpabilidad por la conducción de vida*”, que ha sido una de las más –y con razón– criticadas formas de Derecho penal de autor (367 s.). Rechazan también esta concepción de la culpabilidad GRACIA MARTÍN, *LH-Schünemann*, t. II, 2014, 145 s.; PÉREZ ARIAS, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*,

cuanto establece, a lo sumo, “una infracción diacrónica de deberes de cuidado (...) que, desde luego, no podría identificarse con un ‘conocimiento organizativo’ ni con una ‘reprochabilidad organizativa’”<sup>21</sup>.

Pero no solo desde los modelos de autorresponsabilidad se han pretendido solventar las críticas a la falta de capacidad de acción y de culpabilidad en la persona jurídica. También los llamados modelos de transferencia o heterorresponsabilidad<sup>22</sup> – desde una concepción igualmente rechazable – han intentado dar solución a esta problemática. Para estos modelos, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica obedece a la transferencia a esta de los elementos del delito cometido por la persona física en el seno de la estructura organizativa de la persona jurídica, y esa transferencia se logra a partir de un “hecho de conexión” como, por ejemplo, la concurrencia en la persona física de un poder de representación suficiente de la empresa, o la actuación en su nombre y beneficio. No hace falta abundar en razones para demostrar lo que, a mi juicio, resulta evidente: que ese elemento de conexión no representa una base suficiente para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica y que, en esa medida, conculca, entre otros principios, el de responsabilidad por el hecho propio<sup>23</sup>.

---

2014, 236 s., por considerar que “la culpabilidad se torna claramente en un análisis metafísico, esto es, la culpabilidad se ceñiría a una mera afirmación que escaparía por completo a toda posibilidad de experimentación sensible por el ser humano” (237); SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 4 s., quien, entre otras críticas, expone que el concepto de “culpabilidad por organización” solo puede describir un estado de cosas en la organización, pero no una infracción de la norma. Añade que un concepto como el de “cultura empresarial de infidelidad al Derecho”, se refiere también, en el mejor de los casos, a actos defectuosos de organización de los individuos; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 243 s. [= *Libertas 5 (2016)*, 37 s.]; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 207 s.; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 310 ss.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 364. Este autor señala, también, que en el mejor de los casos se trataría de una “cuasi-culpabilidad” (346).

<sup>22</sup> Para una exposición de estos modelos, v., por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, 2005, 140 ss., quien los caracteriza como modelos de imputación de una culpabilidad ajena (141); NIETO MARTÍN, *Personas jurídicas*, 2008, 88 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *LH-Schünemann*, 2014, 48 ss.; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 166 ss.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, MIR PUIG, *EP-Ruiz Antón*, 2004, 752, sostiene que “imponer una pena a una persona jurídica o a una empresa es extender el grave reproche de la condena penal a quien no puede reprochársele el hecho como autor o partícipe culpable del mismo. (...) ¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado?”; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 375 ss.; ZIESCHANG, *GA 2014*, 95; GRECO, *GA 2015*, 506 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 263; MARTÍNEZ-BUJÁN, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 592 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 2/12, 5/8 n. 2. También muy crítico con este modelo de simple imputación o de representación se muestra SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 3 s., quien afirma que la imputación de una acción ajena demuestra precisamente la falta de acción, y la imputación de una culpabilidad ajena no puede crear una culpabilidad que no existe.



Así, cabe afirmar, junto con MIR PUIG, que “si la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de que tienen personalidad jurídica y actúan a través de sus representantes, ello supone reprochar gravemente a una persona, la persona jurídica, lo que ha hecho otra, la persona física que actúa en su nombre [modelo de transferencia o heterorresponsabilidad]; y si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una forma de responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque solo algunos sean los culpables del delito [modelo de autorresponsabilidad]”<sup>24</sup>.

De todo lo anterior se desprende que, tanto las alternativas propuestas desde un modelo de autorresponsabilidad, como las provenientes de un modelo de transferencia o heterorresponsabilidad, tendentes ambas a solventar las críticas con respecto a la falta de capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas, se muestran insatisfactorias y, en algunos casos, contrarias a principios fundamentales del Derecho penal, como el de responsabilidad por el hecho propio, o el de culpabilidad. La regulación introducida por la LO 5/2010, ahora reformada por la LO 1/2015, no escapa a estas críticas, pues existe controversia incluso al momento de identificar el modelo de RPPJ por el cual se decanta dicha regulación<sup>25</sup>, que parece mezclar elementos de uno y otro, haciéndose con ello merecedora de las objeciones planteadas a ambos modelos.

---

<sup>24</sup> MIR PUIG, *EP-Ruiz Antón*, 2004, 754.

<sup>25</sup> V., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 592 ss., quien afirma, además, que esta controversia no le resulta extraña, debido a la imperfecta redacción del art. 31 bis CP (592). Este autor, pese a reconocer que el precepto contiene muchos elementos del modelo de heterorresponsabilidad (593), sostiene que debe interpretarse a partir del modelo de autorresponsabilidad, para respetar “los principios constitucionales que informan la responsabilidad penal” (594). Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 160, 162, pone de relieve que, si bien con la reforma de 2015 se introduce un profundo cambio en la estructura del art. 31 bis CP y una notable transformación de su contenido (160), el modelo no ha cambiado, y sigue siendo de transferencia, con lo cual el fundamento de la RPPJ sigue residiendo en un hecho ajeno y no propio (162). También comparten esta opinión MIR PUIG, *Foro FICP 2014-1*, 25; GÓMEZ MARTÍN/VALIENTE IVÁÑEZ, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 131, para quienes la LO 5/2010 consagra un modelo de heterorresponsabilidad, pues, en las dos vías de imputación que prevé, exige que el delito “haya sido cometido, en todo caso, por una persona física vinculada a la persona jurídica, y, además, en provecho de la sociedad”. De manera similar, y aunque no profundiza en este tema, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 239 [= *Libertas 5 (2016)*, 32 s.], considera que en la regulación existen indicios de ambos sistemas pero prepondera el modelo de heterorresponsabilidad. En este mismo sentido, VERA SÁNCHEZ, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 202. Por su parte, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 334, sostiene que el legislador español no ha acogido en puridad ninguno de los dos modelos, sino una mezcla de ambos. La controversia en cuanto al modelo de RPPJ por el cual optó el legislador español también ha sido abordada por el TS, que en la primera sentencia en la que se pronuncia de fondo sobre la RPPJ, la STS 154/2016, de 29 de febrero (y en la que confirma la responsabilidad penal de tres empresas por el delito de tráfico de estupefacientes), después de destacar lo novedoso y complejo de la materia, parece decantarse por un modelo de autorresponsabilidad

Esta situación ha motivado que un sector de la doctrina española interprete – como ya anticipé– que la responsabilidad prevista en el art. 31 bis CP no es en realidad una responsabilidad estrictamente penal<sup>26</sup> y, por ende, que el catálogo de sanciones imponibles a las personas jurídicas no contiene auténticas penas. LUZÓN PEÑA<sup>27</sup>, por ejemplo, sostiene que, si se consideraran penas, serían inconstitucionales por vulnerar principios como el de responsabilidad personal vinculado al de legalidad, el de responsabilidad subjetiva y el de culpabilidad. Para este autor, dichas sanciones deben interpretarse como una clase especial de sanciones criminales de carácter exclusivamente preventivo, y su denominación debería sustituirse por la de sanciones o medidas criminales aplicables a personas jurídicas<sup>28</sup>.

---

(fundamento de derecho octavo, a) y b)). En la STS 221/2016, de 16 de marzo, la segunda en que el TS se pronuncia de fondo sobre el tema de la RPPJ (en este caso absuelve a la persona jurídica del delito de estafa por el que había sido condenada en sentencia de la AP de Cáceres), la línea argumentativa del TS, más favorable a aceptar un modelo de autorresponsabilidad, se mantiene (fundamento de derecho quinto, b)). En contraposición, y ya con anterioridad al primero de los fallos mencionados, la Fiscalía General del Estado, en Circular 1/2016, de 22 de enero, se había pronunciado sobre el modelo de responsabilidad de la persona jurídica (3 ss.), y en ese momento descartó, de manera enfática, la posibilidad de interpretación del art. 31 bis en apoyo del modelo de autorresponsabilidad (7), y afirmó que la regulación vigente “establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica” (5).

<sup>26</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 331, sostiene que el hecho de que el legislador “haya decidido que las sociedades puedan ser castigadas con pena no significa, sin embargo, que las personas jurídicas puedan cometer delitos, o que el sentido en que la ley emplea el término ‘pena’ para las personas jurídicas coincida con el sentido que la pena tiene como consecuencia jurídica del comportamiento de una persona física”; MIR PUIG, *Foro FICP 2014-1*, 28- 31; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 11/45; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 83 (2014)*, 32; *GA 2016*, 245 s. [= *Libertas 5 (2016)*, 39 ss.], también rechaza que se trate de auténticas penas, debido a la imposibilidad de que las personas jurídicas cometan delitos y sean susceptibles de culpabilidad. Añade que, si bien “las etiquetas y hasta las convenciones lingüísticas pueden retorcerse y llamar penas a esas medidas (...), no por mucho aplicarles el nombre reunirán las características que, en una larga elaboración, se atribuyen a las penas”; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 163, haciendo referencia a la reforma introducida por la LO 1/2015, afirma que “son muchos los que con razón opinan que la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas posee una naturaleza eminentemente administrativa”; GRACIA MARTÍN, *Foro FICP 2015-2*, 154 ss.

<sup>27</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 11/45.

<sup>28</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 11/45, 11/46, considera, además, que esto “no fuerza ni distorsiona las reglas generales sobre la capacidad de delinquir y la responsabilidad penal” (11/45), y no sería un fraude de etiquetas porque se exigiría que los presupuestos de aplicación y cese sean diferentes a los de las penas (11/46). Por su parte, GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 383, comparte la idea según la cual, aunque formalmente se hayan incluido en el catálogo de penas las imponibles a las personas jurídicas, materialmente no se trata de auténticas penas sino más bien de una especie de “consecuencias jurídicas interdictivas o reglas de restablecimiento de situaciones económicas de enriquecimiento injusto”. Tampoco las considera verdaderas penas CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 362 s., quien afirma que la persona jurídica no tiene capacidad de pena, básicamente porque “no es capaz de comportamientos propios, como tampoco de culpabilidad personal”. En un sentido muy similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 246 [= *Libertas 5 (2016)*, 40]; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 163 s.; JORGE BARREIRO, *Foro FICP 2017-2*, 60, quien considera que las penas previstas en el art. 33.7 CP son materialmente “consecuencias accesorias”.

En una línea similar, SILVA SÁNCHEZ<sup>29</sup> considera que las penas aplicables a las personas jurídicas no son auténticas penas. Lo anterior lo fundamenta en la incapacidad de las personas jurídicas de lesionar normas de determinación y, por tanto, de ser destinatarias de juicios de reproche. Para este autor, “cualquier consecuencia jurídica que imponga un juez penal a personas jurídicas carece hasta tal punto de los presupuestos de la pena clásica, que la propia denominación de pena es inconveniente”<sup>30</sup>.

Esa inconveniencia de hablar de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas, de *penas*, y de regular el sistema en el CP es denunciada también por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>31</sup>, entre otras razones, por lo que denomina como “riesgo de contagio” del régimen de la RPPJ al de las personas físicas, en tanto aquel implica una relajación de los principios fundamentales del Derecho penal, y la probable distorsión de las categorías penales que sirven de garantía a los ciudadanos<sup>32</sup>.

En este punto considero también relevantes los argumentos expuestos por GRECO<sup>33</sup>, que resultan perfectamente trasladables al caso español. Para este autor, la pena es la privación de un derecho innato o personalísimo, como reacción a un comportamiento incorrecto y que exige culpabilidad<sup>34</sup>. La culpabilidad es también estrictamente personal, y no puede predicarse de las personas jurídicas. Al fallar este

---

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 357 ss.

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 364, sostiene que esas sanciones deberían quedar fuera del sistema del Derecho penal. No obstante, debido a que el legislador ha decidido su introducción en dicho sistema, propone que se entiendan incluidas en la –por él– denominada “segunda velocidad” del Derecho penal, “más débil y flexible”. Para una exposición de esas “dos velocidades” que el autor propone para el sistema penal, v., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 3ª, 2011, 178 ss. Me parece similar la propuesta de CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 294 ss., 362 ss., con su modelo de “responsabilidad estructural relativa”, que sería más flexible que el de la culpabilidad individual en cuanto a las reglas de imputación, dado que las sanciones serían menos graves y la entidad a la cual se le aplican “carece de dignidad personal” (294).

<sup>31</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 247 s. [= *Libertas 5 (2016)*, 41 s.].

<sup>32</sup> Se refiere también a este “efecto de contagio” CADAVID QUINTERO, en: ONTIVEROS ALONSO (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2014, 130, quien afirma que “la asignación de carácter penal a la respuesta a dar a los entes colectivos comporta el *riesgo de aligeramiento de las cargas conceptuales* que se debe acreditar al atribuirle responsabilidad penal a los ciudadanos (...)” (la cursiva es mía). Como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, en: SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 17, aunque refiriéndose al fenómeno de la criminalidad organizada, “una vez derribados los límites propios del Derecho penal democrático en un área, es imposible poner freno a su expansión”. No obstante, en la misma obra este autor defiende el sistema de RPPJ (20).

<sup>33</sup> GRECO, *GA 2015*, 503-516.

<sup>34</sup> GRECO, *GA 2015*, 514.

requisito de la pena, y en tanto las personas jurídicas no poseen derechos innatos, pues todos sus derechos son adquiridos, no pueden ser destinatarias de penas en sentido estricto<sup>35</sup>. Por ello, según este autor –y comparto su razonamiento–, la denominación como “penas” de las sanciones a las personas jurídicas no es un asunto irrelevante; por el contrario, representa una señal incorrecta y marca un precedente equívoco: el reconocimiento de una pena sin culpabilidad<sup>36</sup>.

No es este el lugar para pronunciarme con respecto a estas últimas consideraciones, porque ello implicaría un análisis más detallado de la regulación de la RPPJ introducida por la LO 5/2010, así como de la reforma operada por la LO 1/2015, cuestión que excede los límites de este trabajo. No obstante, su exposición sirve para constatar que, si de algo adolece esta normativa, es de falta de claridad, y si con su introducción se pretendía zanjar la polémica en torno a la adecuación de la RPPJ a los conceptos de acción y culpabilidad penal, ello, en mi opinión, no se ha logrado. Ahora paso a analizar si la valoración puede ser diferente en cuanto a las críticas que, desde una perspectiva político-criminal, se realizan al establecimiento de un sistema de RPPJ.

## **B) Críticas a la RPPJ desde una perspectiva político-criminal**

Recientemente SCHÜNEMANN<sup>37</sup> ha calificado de “zombis político-criminales” las propuestas de regulación que, en virtud de un análisis concienzudo, han sido descartadas, pero que después de un período de latencia vuelven a surgir y provocan una nueva discusión, con pocos nuevos –y muchos viejos y “refritos”– argumentos. Para este autor, el “zombi” más vital del Derecho penal alemán se encuentra, sin duda, en la figura de la RPPJ<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> GRECO, *GA 2015*, 514, 516.

<sup>36</sup> GRECO, *GA 2015*, 515.

<sup>37</sup> SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 1; *GA 2015*, 282 s.

<sup>38</sup> En cuanto a la evolución de la discusión sobre la RPPJ en Alemania, expone SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 1 s., 7, que ya desde 1953 se debatió si era recomendable o no incluir legalmente la RPPJ, y la idea se desechó sobre la base de que la pena solo podía imponerse frente a una acción antijurídica y culpable, y las personas jurídicas no son capaces ni de acción ni de culpabilidad. No obstante, advierte de que el debate científico no se detuvo, y en la década de los 90 tomó fuerza, a partir de propuestas muy diferentes en detalle. Añade que en el 2000 la comisión para la reforma del sistema de sanciones penales en Alemania rechazó en su informe final la introducción de la RPPJ, tanto por la falta de una necesidad político-criminal, como por los considerables reparos en cuanto al principio de culpabilidad, y que en la

Retomando esa metáfora propuesta por SCHÜNEMANN, podría decirse que en España el “zombi” de la RPPJ ha cobrado vida, y que los argumentos para hacerlo no son muy distintos a los defendidos en otras etapas de la discusión. Dentro de esos argumentos, los de carácter político-criminal han sido, quizás, los más decisivos para la incorporación de un sistema de RPPJ (volviendo a la metáfora, para dotar de vida al “zombi”).

Uno de esos argumentos que podrían calificarse de “refritos” es el relativo a la incorporación de la RPPJ como cumplimiento de las exigencias impuestas por la normativa europea o los tratados internacionales sobre la materia. En efecto, el legislador español acudió a este argumento en el Preámbulo de la LO 5/2010, y afirmó, en su momento, que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una *respuesta penal* clara para las personas jurídicas (...)” (la cursiva es mía).

Pues bien, contra este argumento hay que afirmar que no es cierta la exigencia de tal demanda. Aunque sí existe una clara tendencia en los países europeos a introducir la RPPJ<sup>39</sup>, las recomendaciones europeas o, en general, internacionales, no obligan a una respuesta *específicamente penal*<sup>40</sup>. En este sentido, y como ha puesto de relieve

---

década posterior se ha reforzado esta renuncia, porque los múltiples intentos de sustituir la base ontológica de la sanción penal de los individuos a las asociaciones, bien sea a través de la mera imputación o a través de la analogía, por un lado trasponen los requisitos de eficacia y legitimación del Derecho penal de manera incorrecta y, por otro lado, conducen a una aporía teórico-normativa (1). Concluye esta sección observando que, aunque naturalmente no hay unanimidad al respecto –como en muchas otras cuestiones en la ciencia jurídico-penal alemana–, hoy la doctrina mayoritaria sostiene que no es ni político-criminalmente adecuada ni legítima la introducción de la RPPJ y de otras organizaciones (7).

<sup>39</sup> En efecto, son muchos los países que, con diferencias en el detalle, han introducido la RPPJ: Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Países Bajos, Noruega, Austria, Luxemburgo, Polonia, Suiza, Eslovenia, España y República Checa. Cfr. ZIESCHANG, *GA 2014*, 96; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, AT*, 4ª, 2014, nm. 368 (161 s.). No menciono en este listado a Italia porque su ley no habla específicamente de responsabilidad *penal*, si bien reconozco que muchos autores lo interpretan así. En este sentido, véase, por todos, FOFFANI, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 305 s; *NPP 75-2010*, 42, 51. Este autor sostiene que el grupo de países que permanecen fieles al principio *societas delinquere non potest* se ha reducido de manera muy considerable, y afirma que Italia, después de la reforma operada por el Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, N° 231, ya no hace parte de dicho grupo (42). Más adelante reconoce que, de acuerdo con la definición adoptada por el legislador italiano, formalmente se trata de una responsabilidad administrativa; sin embargo, considera que “la sustancia de esta responsabilidad, su fundamento y su regulación *aparecen mucho más cerca del sistema penal* que del administrativo” (51) (la cursiva es mía).

<sup>40</sup> Con respecto al argumento de la referencia a Europa, GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 359, sostiene que “los instrumentos de Derecho comunitario que instan a los Estados miembros a adoptar medidas en la lucha contra la criminalidad cometida desde la persona jurídica ni imponen que tales medidas sean de naturaleza jurídico-penal, ni

SILVA SÁNCHEZ<sup>41</sup>, la falta de una justificación político-criminal detenida de la introducción de la RPPJ se sustituyó por la “cómoda apelación a obligaciones impuestas por la Unión Europea o los Tratados internacionales”.

Pero más relevante aún –para los propósitos de este trabajo– resulta el argumento según el cual la RPPJ es necesaria, bien sea por las dificultades de atribución de responsabilidad individual dentro de la empresa, o bien por la insuficiencia de las sanciones penales a las personas físicas para atacar el fenómeno de la criminalidad empresarial<sup>42</sup>.

Al respecto cabe hacer varias observaciones: en primer lugar, si bien son evidentes las dificultades que representa la atribución de responsabilidades individuales en el seno de estructuras complejas como la empresa<sup>43</sup>, ello no implica que sea conveniente renunciar a la determinación de estas responsabilidades y desplazar el foco de atención desde las personas físicas a las jurídicas. En contra de lo que se pretende con la introducción de la RPPJ –y como ya han advertido varios autores<sup>44</sup>, antes y

---

obligan, en modo alguno, a la instauración de uno u otro modelo de responsabilidad” (359). También en GÓMEZ MARTÍN/VALIENTE IVÁÑEZ, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 128 s. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 329, quien considera razonable pensar que el legislador español, “de forma más bien irreflexiva, se ha dejado llevar por la tendencia (no por el Derecho) internacional”; FERNÁNDEZ TERUELO, *Libertas 6 (2017)*, 77. También en Alemania ha sostenido SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 12, que la UE no obliga a la introducción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; GRACIA MARTÍN, *Foro FICP 2015-2*, 158 s.; JORGE BARREIRO, *Foro FICP 2017-2*, 48.

<sup>41</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo CP*, 2012, 37.

<sup>42</sup> Se refieren a estos argumentos, también desde una perspectiva crítica, entre otros, MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 44 s.; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 353 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 246 ss. [= *Libertas 5 (2016)*, 41 s.]; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 324 ss.

<sup>43</sup> V., al respecto, las numerosas referencias doctrinales citadas *supra*, Introducción, n. 1.

<sup>44</sup> Cfr., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 55; BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 32; MORILLAS CUEVA, *DP, PG*, t. II, 2008, 168; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 357; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 247 [= *Libertas 5 (2016)*, 41 s.]. En este punto, llama la atención la postura de POLAINO NAVARRETE, *DP, PG*, t. II, 2000, 127, quien, antes de la reforma de 2010, consideraba que negar la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no implicaba ignorar la importancia de perseguir y castigar la delincuencia económica. En este sentido advertía de que, tanto en las grandes sociedades mercantiles como en las pequeñas, hay un número limitado de sujetos que lo deciden todo “al margen del resto de los socios” y sobre ellos debe recaer la sanción penal. Añadía que, precisamente porque se reconoce la importancia de la prevención de la delincuencia económica se rechaza la aplicación de penas a entes colectivos, para evitar que esto “sirva de coartada para la impunidad de sus poderosos socios”. No obstante, con posterioridad a la reforma, en POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 36, defiende la RPPJ, y en este sentido expone que “un Derecho penal al quite de los tiempos no puede concebir que determinada criminalidad de empresa quede en la impunidad por la rigidez de los principios inspiradores del sistema de imputación, cuyos criterios rectores deben ser flexibilizados, conforme a un progresivo

después de la reforma de 2010 al CP– el efecto que se consigue podría ser incluso criminógeno, si se relajan los esfuerzos judiciales encaminados a lograr el llamado “levantamiento del velo”<sup>45</sup> de las personas jurídicas, a través del cual se pretende revelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad de la empresa, para hacerla responsable sin que pueda escudarse en la persona jurídica<sup>46</sup>. Como afirma MORILLAS CUEVA<sup>47</sup>, “se puede caer en la incoherencia de que la ‘voluntad de la sociedad’ a la que se adscriba la carga de la respuesta delictiva sirva más, como cortina de humo, para eludir la singularización de las responsabilidades penales de los miembros relevantes y ejecutores de las decisiones del colectivo”. Puede concluirse entonces, con SCHÜNEMANN<sup>48</sup>, que si la tendencia que defiende la introducción de la RPPJ, ubica a la empresa en el centro de la persecución penal, esto se logra a costa de la eficiencia del Derecho penal individual.

En segundo lugar, la afirmación de la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual para combatir la criminalidad empresarial, tendría que ir acompañada, en todo caso, de estudios empíricos que la respaldasen. Por el contrario, y así lo advierte SILVA SÁNCHEZ<sup>49</sup>, la reforma de 2010 no estuvo precedida por ningún estudio “que avalara las suposiciones de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Este autor añade que no existían razones que llevaran a sostener el fracaso ostensible del Derecho penal de la empresa en España. De hecho –agrega–, los juzgados y tribunales ya disponían de la posibilidad de imponer las llamadas “consecuencias accesorias” para las empresas, en algunos supuestos de delitos

---

criterio de normativización penal”. Como se ve, la opinión de este autor ha variado de manera considerable: de rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha pasado a defenderla, partiendo, en ambos momentos, del argumento de la impunidad.

<sup>45</sup> Cfr. PALMA HERRERA, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 162, quien pone de relieve, además, que según el art. 31 bis CP no es necesario individualizar al responsable del hecho delictivo para poder condenar a la persona jurídica. No obstante, aquí cabe aclarar que sí es necesario probar la existencia de un delito cometido por una persona física (aunque ella no se logre individualizar), lo que resulta importante.

<sup>46</sup> BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 32.

<sup>47</sup> MORILLAS CUEVA, *DP, PG*, t. II, 2008, 168.

<sup>48</sup> SCHÜNEMANN, *ZIS I/2014*, 14.

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 325. También lo advierte JORGE BARREIRO, *Foro FICP 2017-2*, 63.

cometidos en su seno, pero pocas veces hicieron uso de esta posibilidad y, cuando lo hicieron, fue para casos relacionados únicamente con la criminalidad organizada<sup>50</sup>.

Pero no se echan de menos únicamente razones que fundamenten la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual en el ámbito de la criminalidad empresarial; tampoco se han aportado razones que fundamenten un mayor efecto preventivo de la RPPJ<sup>51</sup>. Existen, en cambio, datos que hablarían más bien a favor de la no necesidad de una RPPJ<sup>52</sup>. En primer lugar, como ya expresé más arriba, el desplazamiento de la atención de los entes investigadores desde las personas físicas a las personas jurídicas, podría actuar como factor criminógeno; además, y de acuerdo con el análisis detallado que hace GÓMEZ MARTÍN<sup>53</sup>, si lo que se pretende con la introducción de la RPPJ es, entre otras cosas, dotar al ordenamiento jurídico de una herramienta que colme lagunas de punibilidad, en el caso de España esta pretensión resultó “*altamente fallida*”, porque probablemente esas lagunas que trataban de colmarse no existen, y las que en realidad existen no pueden ser colmadas a través de dicha herramienta.

Un tercer dato lo proporciona la experiencia del entorno europeo<sup>54</sup>. En este sentido, resulta ilustrativa la comparación que realiza SCHÜNEMANN<sup>55</sup>. Este autor contrasta los casos de España (que, para ese momento, no contaba con ninguna condena penal a personas jurídicas<sup>56</sup>) y de Austria<sup>57</sup>, que implementó este sistema en 2006 (con un promedio de dos condenas por año), con el caso de Alemania, que, sin introducir

---

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 325.

<sup>51</sup> Cfr., GONZÁLEZ RUS, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 36; PALMA HERRERA, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 162.

<sup>52</sup> En este punto cabe señalar que he decidido reservar para el próximo apartado la exposición del caso de Estados Unidos, que, sin duda, como se verá, tiene mucho que ilustrar con respecto a la idea que se viene sosteniendo en cuanto a la no necesidad de la RPPJ.

<sup>53</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 353 ss.

<sup>54</sup> Al que parece no habersele prestado tanta atención al momento de justificar la reforma, como sí se hizo con las recomendaciones e instrumentos europeos, argumentando la existencia de obligaciones que, como ya se afirmó, no existían (al menos no como las quiso interpretar el legislador).

<sup>55</sup> SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 14 s.

<sup>56</sup> A día de hoy, según el rastreo jurisprudencial realizado, el TS ha proferido las siguientes sentencias en que se *condena* penalmente a personas jurídicas: STS 154/2016, de 29 de febrero; STS 583/2017, de 19 de julio; STS 742/2018, de 7 de febrero; STS 746/2018, de 13 de febrero. V., al respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tribunal Supremo*, 2017; ESCRIBUELA CHUMILLA, *Diario La Ley 9260 (2018)*, 1-28.

<sup>57</sup> SCHÜNEMANN, *GA 2015*, 280.



dicha responsabilidad, en los últimos años ha visto crecer de manera exponencial la imposición de multas a las empresas<sup>58</sup>, debido a la infracción de sus deberes de vigilancia y en virtud de la ley de infracciones administrativas. Por su parte, ZIESCHANG<sup>59</sup> incluye, además, el caso de Suiza, donde se introdujo la RPPJ en 2003 y solo de manera muy ocasional se han llevado a cabo procesos contra empresas.

También cabe destacar aquí la crítica relativa a los efectos directos de las penas a las personas jurídicas, que recaen en terceros ajenos a la comisión del hecho delictivo dentro de la empresa, como podrían ser los trabajadores o los socios. Son expresivas al respecto las palabras de RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, quienes sostienen que “cuando no todos los que componen el ente delictivo están implicados en sus actividades criminales, el extender a ellos la pena sería (...) de una palmaria injusticia”<sup>60</sup>.

A esta crítica se le ha objetado que lo mismo ocurre con todas las penas, en especial con la de prisión, sin que eso cuestione, en general, su legitimidad<sup>61</sup>. Aquí suscribo la réplica que hace GÓMEZ MARTÍN<sup>62</sup>, quien advierte de que la referencia se hace a los efectos *directos* y no a los efectos colaterales de las penas. Así, en el caso de las penas a personas jurídicas, “no es que los socios o trabajadores de una sociedad condenada sufran las consecuencias *indirectas* de la pena impuesta a la empresa, sino que, en tanto que parte integrante de la misma, el peso de la multa o pena interdictiva impuesta a la misma recae de forma *directa* sobre ellos”.

---

<sup>58</sup> A título de ejemplo, para 2015, ROGALL, *GA 2015*, 263, señalaba que el Servicio Federal de Defensa de la Competencia en Alemania ya había impuesto alrededor de mil millones de euros en multas contra personas jurídicas.

<sup>59</sup> ZIESCHANG, *GA 2014*, 97.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP, PG*, 18ª, 1995, 391 s. También BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 32, plantea que las sanciones asociadas a la RPPJ repercuten no solo sobre los socios inocentes, sino también sobre los trabajadores, llegando a consecuencias muy graves cuando se trata de sanciones como disolución o prohibición de contratación; GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 378 s.

<sup>61</sup> Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Legal Today*, 8/4/2009, añade que “cada vez que se condena a una persona a prisión, quienes dependen económicamente de ella (sus hijos, su pareja, sus empleados si es un empresario individual, sus socios si es un pequeño empresario, sus acreedores) se ven afectados de modo sumamente negativo. Sin embargo, ello no refrena la actividad punitiva del Estado”.

<sup>62</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 378 s., quien además considera que las penas a las personas jurídicas no satisfacen el juicio de proporcionalidad que plantea el TC a partir de la exigencia de tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La imposición de una pena a quien no ha cometido el delito es, desde un principio, desproporcionada. Cfr., también, SCHÜNEMANN, *GA 2015*, 279.

Esta situación ha llevado a SCHÜNEMANN<sup>63</sup> a defender la medida – administrativa– que denomina como “curatela de la empresa”, porque actúa justamente en el ámbito en que se originan los defectos de organización, no genera daños a personas no vinculadas con la comisión del delito (como accionistas o trabajadores) y también por sus efectos preventivo-generales, a partir de la publicidad de la medida.

El CP de 1995 incluyó, en el art. 129, la consecuencia accesoria de la curatela de la empresa<sup>64</sup> (con la denominación de “intervención judicial”) que, con la reforma de 2010, pasó a ser catalogada como una de las “penas” aplicables a las personas jurídicas<sup>65</sup>. Al respecto comparto la opinión de SCHÜNEMANN favorable a la existencia de la medida de curatela, por sus efectos preventivos, porque actúa en el centro del problema y por el hecho de que no afecta directamente a terceros ajenos a la comisión del delito. Pero también comparto su opinión –en la línea que vengo sosteniendo de la no necesidad de la RPPJ– de que dicha medida debe integrarse en el Derecho administrativo sancionador<sup>66</sup>, donde no pierde ninguna de sus ventajas, y no en el Derecho penal, donde –entendida estrictamente como pena– se convierte en un elemento extraño –como todas las demás penas aplicables a las personas jurídicas– a los principios básicos sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad penal.

Por último, haré mención de otras críticas que, si bien no son estrictamente de carácter político-criminal sino, más bien, de técnica legislativa, evidencian una deficiente –o inexistente– fundamentación empírica de las reformas legislativas en el ámbito de la RPPJ, y pueden generar efectos político-criminales adversos.

---

<sup>63</sup> SCHÜNEMANN, *ZIS 1/2014*, 7, 18.

<sup>64</sup> Así lo explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 581, y añade que la introducción de esta medida fue alabada por la doctrina. No obstante, considera que habría sido conveniente atender a la recomendación de SCHÜNEMANN (véase, en este sentido, SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, 2002, 199) de convertir dicha sanción en consecuencia principal, por el fuerte efecto preventivo que posee sobre los órganos directivos de la empresa, y porque no afecta los derechos de terceras personas como trabajadores o accionistas.

<sup>65</sup> Art. 33 “(...)”. 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: (...) g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. (...)”.

<sup>66</sup> En sentido similar se pronuncia BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *DP, PG*, 2ª, 2016, 369, quien afirma que estamos “ante un sistema de responsabilidad penal que no sólo fuerza las categorías dogmáticas sino igualmente la naturaleza de las cosas, en la medida en que existe otro sistema de responsabilidad administrativa que no lo hace (el de consecuencias accesorias) y que alcanza idénticas consecuencias (exceptuando las meramente simbólicas)”.

En primer lugar, resulta, como mínimo, sorprendente, que en la reforma operada por la LO 1/2015, el legislador haya hecho una transcripción literal de varios apartados de los arts. 6 y 7 del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001 n° 231 italiano, que regula la responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas. Como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC<sup>67</sup>, si ya es reprochable trasladar acríticamente un precepto de un ordenamiento extranjero a otro, lo es más tratándose de una norma que, al menos nominalmente, no se da a sí misma naturaleza penal<sup>68</sup>, “y con una andadura ciertamente pobre y criticada en el país de referencia”. También se ha pronunciado críticamente al respecto DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien analiza de manera detallada la norma original italiana y su traducción por el legislador penal, para concluir que la nueva regulación de la RPPJ “queda transformada en un *Frankenstein jurídico*, construido con órganos de distintos cuerpos (legislación penal española y legislación administrativa italiana)”<sup>69</sup>. Todo lo anterior agravado –como denuncian ambos autores–, por las múltiples irregularidades que se presentaron en la tramitación del precepto<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 160. Similar, Díez Ripollés, *DP, PG*, 4ª, 2016, 261.

<sup>68</sup> Aunque, como ya expliqué *supra*, n. 39, muchos autores en Italia consideran que la naturaleza de esta norma es penal. Véase, por todos, Foffani, en: Boix Reig/Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 305 s.; *NPP 75-2010*, 42, 51.

<sup>69</sup> Dopico Gómez-Aller, en: Álvarez García (dir.), *Informe*, 2014, 22. Tanto González Cussac como Dopico Gómez-Aller reprochan, además, el hecho de que la legislación administrativa italiana se basa materialmente en la inversión de la carga de la prueba, al ser la entidad quien debe probar que ha actuado de manera diligente en sus tareas preventivas. Aunque el texto de la nueva regulación no es tan tajante en este sentido como el italiano, sí parece incluir una inversión material de la carga de la prueba. Cfr., con respecto al Proyecto de Reforma de 2013, Dopico Gómez-Aller, en: Álvarez García (dir.), *Informe*, 2014, 23 s., y con respecto a la regulación ya aprobada, González Cussac, en: González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 176, quien advierte de que esta “tampoco despeja completamente (...) las posibles consecuencias indeseables desde el punto de vista de una inversión material de la carga de la prueba”. No obstante, ya con anterioridad a la reforma de 2015 se venía denunciando este problema en la regulación de la RPPJ. Así, Gómez Martín, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 381, afirmaba que, de entenderse el modelo introducido por la LO 5/2010 como un modelo de responsabilidad por defecto de organización, la empresa sería quien tuviera que demostrar su diligencia, la ausencia de todo defecto de organización.

<sup>70</sup> Dopico Gómez-Aller, en: Álvarez García (dir.), *Informe*, 2014, 18 s.; González Cussac, en: González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 158, quien expone, con respecto a la tramitación del precepto, que el texto solo contó con el respaldo del Grupo Parlamentario Popular, y se rechazaron las múltiples enmiendas presentadas por los demás grupos parlamentarios. Añade que la presentación masiva de enmiendas demuestra la relevancia de la materia, tanto en el ámbito económico y empresarial como en el jurídico, lo que hace más rechazable que la mayoría se haya cerrado a admitir alguna modificación de su posición. A lo anterior se suma una crítica que considero aún más grave, referida al hecho de que en la iniciativa original del Gobierno (Anteproyecto de 2012 y Proyecto de 2013) la reforma al art. 31 bis no tenía el mismo alcance y contenido del texto que finalmente se aprobó. En este sentido, señala que “la grave irregularidad de este procedimiento se encuentra en la inexistencia de los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal”, que emitieron sendos informes con respecto a un texto que luego sufrió profundas modificaciones. El Consejo de Estado, en su dictamen del 27 de junio de 2013 (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>) se pronunció

En segundo lugar –y no menos sorprendente–, el catálogo de delitos para los cuales se prevé la aplicación de la RPPJ no parece corresponderse del todo con la realidad criminológica que pretende regular, donde la empresa desempeña un papel preponderante. Así, se han dejado fuera –antes y después de la reforma de 2015– no solo los delitos considerados socio-económicos<sup>71</sup>, sino además muchas conductas imprudentes<sup>72</sup>. Como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>73</sup>, a ello no puede oponerse el argumento de que para algunos de esos delitos se mantiene el régimen del art. 129 CP (las llamadas “consecuencias accesorias”), pues precisamente la aplicación de este artículo se limita a las entidades *sin personalidad jurídica*, y además su aplicación es potestativa.

---

también sobre dicha irregularidad, en los siguientes términos: “(...) el Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que esta importante parte de la reforma proyectada [la revisión del régimen de RPPJ] no haya sido informada por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. De ello resulta que la modificación del vigente régimen legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido en una versión del Anteproyecto posterior a la que fue sometida a informe de dichos órganos que, en consecuencia, no han podido expresar sus puntos de vista al respecto, lo que resulta claramente criticable. Lo anterior constituye una relevante omisión en el procedimiento que el Consejo de Estado debe reprobar, y que el propio Tribunal Supremo ha censurado recientemente (...)”.

<sup>71</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 592. Este autor se refiere a los delitos de los arts. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas), 289 (sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural), 290 a 294 (delitos societarios), y 311 a 317 (delitos contra los derechos de los trabajadores) del CP. Con anterioridad a la reforma de 2015, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 83 (2014)*, 32, también llamaba la atención sobre la no inclusión de la RPPJ en los delitos societarios. En este sentido afirmaba que la decisión del legislador podría parecer lógica, pues precisamente la persona jurídica era la afectada por la gestión desleal del administrador. No obstante advertía, con razón, que con esta decisión se olvidaba la posibilidad de que la administración de la persona jurídica sea ejercida, a su vez, por una persona jurídica, con lo cual cabría la exigencia de responsabilidad penal a esta (si bien advierte de que es crítico con la existencia de un sistema de RPPJ). Con la reforma al CP por la LO 1/2015, el delito de administración desleal se desplazó desde los delitos societarios hacia los delitos patrimoniales (nuevo art. 252 CP), y tampoco se incluye allí la posibilidad de la RPPJ. La reforma sigue sin incluir esta posibilidad para los restantes delitos societarios, ni para los demás delitos a los que se ha hecho referencia más arriba. Por lo que alcanzo a advertir, amplía el ámbito de aplicación de la RPPJ a los delitos relacionados con la interceptación de comunicaciones, de datos electrónicos, de transmisiones entre sistemas; daños informáticos e interferencias en los sistemas de información (los nuevos arts. 197 quinquies y 264 quater CP prevén la RPPJ para estos supuestos); al nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis.5 CP); a los delitos contra la salud pública (art. 366 CP prevé la RPPJ); al delito de falsificación de moneda (art. 386.5 CP); y a conductas de incitación al odio y a la violencia (nuevo art. 510 bis CP). Con respecto a los delitos contra la salud pública, ahora incluidos en el ámbito de la RPPJ, advertí en otro lugar, antes de la última reforma de 2015, de que el legislador los había excluido de este régimen, si bien era muy probable que su comisión se diera en el seno de una empresa, sobre todo en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos: ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 97.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 591. Mencionan también esta problemática BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *DP, PG*, 2ª, 2016, 360; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2016*, 242 [= *Libertas 5 (2016)*, 36]; GÓMEZ MARTÍN/VALIENTE IVÁÑEZ, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 130.

<sup>73</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 592.

Por último, y como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ<sup>74</sup>, resulta también llamativa la laguna que en materia de codelincuencia –autoría y participación– e *iter criminis* presenta el sistema de RPPJ. En efecto, las reglas de la parte especial para la imposición de penas a las personas jurídicas se refieren al “responsable” de cada delito o grupo de delitos. Las regulaciones típicas en que se insertan dichas reglas configuran tipos de delito consumado y de autoría, y no se prevé ninguna indicación para los supuestos en que la persona física, cuya responsabilidad se transfiere a la persona jurídica, no ha consumado el delito o su conducta ha sido de participación. Son notorias, entonces, las dificultades que ello plantea en relación con el principio de legalidad<sup>75</sup>.

Con todo lo anterior he pretendido dejar en evidencia la debilidad –y, en algunos casos, la incorrección– de los argumentos que se han defendido para justificar el sistema de RPPJ desde la perspectiva de las necesidades político-criminales; también he expuesto algunas de las inconsistencias de la regulación legal de dicho sistema en el caso español, que demuestran la ausencia de un análisis concienzudo con respecto a la fundamentación y a las consecuencias de la aplicación de este tipo de responsabilidad. En el siguiente apartado me valdré del caso de Estados Unidos para ilustrar algunas de las críticas a las que me he referido.

### **C) El caso de Estados Unidos: ¿el modelo de la RPPJ en crisis?**

Como se ha visto hasta aquí, la polémica alrededor del sistema de RPPJ no es privativa del ordenamiento jurídico español, ni obedece a su reciente incorporación legislativa; esta polémica se viene dando en muchos países, cuenten o no con un sistema

---

<sup>74</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 335.

<sup>75</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 335 n. 28. Muestra de esas dificultades es el hecho de que en la primera STS que condenó penalmente a personas jurídicas (la STS 154/2016, de 29 de febrero), el título de imputación que se utilizó, y que fue el mismo que empleó la AN en la sentencia de primera instancia, fue el de “*participación como instrumento jurídico* en los términos ya definidos respecto del delito contra la salud pública” (la cursiva es mía). Surge la duda, entonces, del título en virtud del cual se está condenando a estas personas jurídicas. Pareciera que, con la expresión utilizada, se estuviera descartando su intervención como autoras. No obstante, tampoco está claro qué tipo de participación podría configurarse cuando se actúa como “instrumento jurídico”, si esta expresión, en el ámbito del Derecho penal, suele reservarse para el ejecutor inmediato en los supuestos de autoría mediata (art. 28 CP). A mi juicio, ambos fallos impiden establecer si a las personas jurídicas se les condenó como autoras o como partícipes, y tanto la AN como el TS terminan creando un nuevo título de imputación, con todo lo que ello representa, no solo en términos de vulneración al principio de legalidad, sino al debido proceso que también debe amparar a estas entidades.

de RPPJ. No obstante, podría pensarse que el sistema modelo por excelencia de este tipo de responsabilidad, el de los Estados Unidos de América<sup>76</sup>, después de un siglo de aplicación<sup>77</sup>, escaparía a ese debate. Nada más ajeno a la realidad: el sistema de RPPJ en ese país está siendo objeto de una agitada discusión<sup>78</sup>, no solo en cuanto a su fundamento sino además –y sobre todo– en cuanto a las consecuencias político-criminales derivadas de su aplicación.

En lo concerniente al primer aspecto, todavía está vigente en Estados Unidos la discusión sobre la posibilidad de que las personas jurídicas sean capaces de acción y de culpabilidad<sup>79</sup>. En esta línea destaca el interesante trabajo de HASNAS<sup>80</sup>, quien rechaza

---

<sup>76</sup> Para una presentación amplia y detallada del sistema de RPPJ en Estados Unidos de América, v., por todos, VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, *passim*.

<sup>77</sup> A partir del *leading case* de “New York Central (NYC) & Hudson River R. R. Co. vs. United States”, en 1909. Para una exposición más detallada del caso, cfr., especialmente, BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 2 ss. (= *ZStW 1 (2014)*, 29 ss.). También DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 135 ss.; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 7 ss.; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1329, 1336 ss.; BAER, *JLP 1 (2010)*, 3 ss.; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 29, 93-95, 125 ss. Con la decisión de la Corte Suprema en este caso surgió la RPPJ en Estados Unidos. En esta decisión, el alto tribunal trasladó la doctrina del *respondeat superior* (o “*let the master answer*”) del Derecho de daños al Derecho penal. Según esta teoría, la empresa es responsable de las conductas delictivas de sus empleados, si esas conductas se realizan, al menos en parte, en beneficio de la empresa, y si el agente estaba actuando dentro del ámbito de su cargo (podría corresponderse con los llamados modelos de heteroresponsabilidad). Esta doctrina ha sido objeto de muchas críticas, que coinciden, por lo general, en la injusticia que supone la responsabilidad penal por hechos ajenos. V., al respecto, ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 13, 19; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1329, 1358, quien advierte de que la decisión del NYC fue un error trascendental cuando se tomó, sigue siendo un error hoy, y debe ser rechazada expresamente; BAER, *JLP 1 (2010)*, 11; BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 10 [= *ZStW 1 (2014)*, 36 s.]; ELIASON, <http://rdeliason.com/2015/01/12/the-crisis-in-corporate-criminal-liability/>, 2015; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 147, 169 ss., quien, además de analizar de manera exhaustiva esta doctrina, reconoce que su aplicación en el ámbito penal “supone una responsabilidad por un hecho cometido por otro, en el que no se ha tenido ninguna participación ni por acción ni por omisión” (172 n.16).

<sup>78</sup> Así lo advierte también SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la Empresa*, 2ª, 2016, 323, quien califica de paradójico que el debate sobre la necesidad y el fundamento de la RPPJ se siga dando en Estados Unidos. También sobre la actualidad del debate, DAN-COHEN, *JLP 1 (2010)*, 15; HASNAS, *JLP 1 (2010)*, 68.

<sup>79</sup> Sobre las opiniones que rechazan la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica, v., con amplias referencias, BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 11 ss. [= *ZStW 1 (2014)*, 36 ss.], quien afirma que son muchos los autores que consideran que el sistema de RPPJ debería abandonarse, y la crítica fundamental que realizan al sistema es que este no se compadece con las premisas básicas del Derecho penal, entre ellas las de la capacidad de acción y de culpabilidad. No obstante, esta autora defiende la existencia de RPPJ.

<sup>80</sup> HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1329. Este autor considera que su postura es un poco “quijotesca”, frente a un sistema que, después de cien años, parece imposible que desaparezca. Sin embargo, sostiene que el proceso a través del cual la sociedad determina quién debe ser objeto de sanción penal no puede ser como el jazz, del que una vez escuchó que fuera definido como “la forma musical en la cual se legitima un error por repetirlo” (1329). Concluye que la justicia federal de Estados Unidos ha estado interpretando el “jazz *New York Central*” por un siglo [también, *JLP 1 (2010)*, 68 ss.]. En un sentido similar, ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 18 s.; ELIASON, <http://rdeliason.com/2015/01/12/the-crisis-in-corporate-criminal-liability/>, 2015.

toda justificación teórica de la RPPJ, y, con ello, la capacidad de acción y culpabilidad de estas entidades. Considera, por ejemplo, que la responsabilidad moral es condición necesaria (no suficiente) para el castigo: si las corporaciones no son agentes moralmente responsables, no pueden ser, en consecuencia, sujetos de un castigo penal. Por su parte, ALSCHULER<sup>81</sup> califica como un fraude de etiquetas el considerar a la empresa como delincuente, pues solo puede serlo quien es capaz de culpabilidad.

No obstante, quizás resulte más interesante para lo que aquí quiero demostrar, la polémica en torno a las consecuencias político-criminales derivadas de la aplicación del sistema de RPPJ, que hablarían, sobre todo, de las distorsiones –e incluso perversiones– que puede provocar en el sistema penal en su conjunto.

Lo primero que hay que destacar es que también en Estados Unidos se reprocha –por un sector de la doctrina– el hecho de que los efectos de la sanción penal a la persona jurídica recaigan en terceros ajenos a la comisión de la conducta delictiva dentro de la empresa. Los autores que denuncian esta situación parten, lógicamente, de la consideración de estos efectos como *directos*<sup>82</sup> y no como colaterales. El caso paradigmático es el de la empresa *Arthur Andersen*<sup>83</sup>, que, a raíz del escándalo del caso *Enron*, fue investigada y condenada en el año 2002 por un delito de obstrucción a la justicia. En el año 2005, la Corte Suprema casó la sentencia y absolvió a la empresa. No obstante, para ese momento la empresa ya había colapsado<sup>84</sup> y más de 85.000

---

<sup>81</sup> ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 18 s., es muy crítico con la existencia de la RPPJ, si bien considera que ya no hay retorno a un sistema anterior.

<sup>82</sup> Así, DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 129, 141; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 13 s., quien sostiene que lo más delicado de la RPPJ es que castiga al inocente junto con el culpable. Este autor advierte expresamente de que los efectos de las penas a las personas jurídicas no son colaterales, sino que son todo lo que representa el castigo a un ente colectivo. También HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1338 s.; *JLP 1 (2010)*, 77 s., explica que, en los supuestos de penas a personas físicas, los efectos adversos para terceros inocentes son efectos colaterales, mientras que, en la RPPJ, los efectos *directos* de las penas a las personas jurídicas recaen sobre terceros inocentes. Añade que las sanciones penales a las empresas tienen carácter económico, y, ante la pregunta de quién paga esas pérdidas económicas, se responde: consumidores, trabajadores y accionistas. Sostiene, además, que el castigo a inocentes no puede perseguir, legítimamente, ninguno de los fines de la pena, y que se trata de un “castigo vicarial colectivo”, considerado como una violación a los derechos humanos. Por el contrario, BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 21 [= *ZStW 1 (2014)*, 46], considera como colaterales estos efectos de las penas a las personas jurídicas.

<sup>83</sup> Cfr. DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 129 n. 5; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 10 ss.; HASNAS, *JLP 19 (2010)*, 75; ELIASON, <http://rdeliason.com/2015/01/12/the-crisis-in-corporate-criminal-liability/>, 2015; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 212 ss.

<sup>84</sup> V., THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right-side-law-mammoth-guilt>.

trabajadores en 390 oficinas alrededor del mundo ya habían perdido su empleo<sup>85</sup>. Como advierte DISKANT<sup>86</sup>, las condenas penales a las empresas tienen devastadoras repercusiones económicas y de reputación comercial, que fuerzan muchas veces a las compañías a salir del mercado, por la imposibilidad de recuperarse.

Pero no solo las condenas generan efectos negativos para la empresa. Una acusación o formulación de cargos produce una rápida respuesta del mercado; muchas veces, también, la destitución de las directivas; la pérdida de licencias, de contratos estatales, de clientes; el pago de millones de dólares en servicios legales; y, por supuesto, la posibilidad de una condena<sup>87</sup>.

Este panorama tan desolador para la empresa ha motivado una dinámica que parece ir en ascenso y que representa la gran paradoja del sistema de RPPJ en Estados Unidos actualmente: rara vez las empresas están yendo a juicio, y, en consecuencia, rara vez están siendo condenadas penalmente<sup>88</sup>; pero, a cambio, la Fiscalía está utilizando a las empresas para facilitar la investigación y acusación de las personas individuales, responsables de los delitos dentro de la empresa. ¿Cómo se explica este fenómeno? Porque las empresas quieren evitar a toda costa una investigación penal, debido a los efectos negativos que ello genera; y, para ello, los fiscales, en un sistema que los dota de amplios poderes<sup>89</sup>, cuentan con la potestad de proponerle a las empresas acuerdos de encausamiento diferido, esto es, acuerdos para aplazar la investigación penal (los llamados “*Deferrent Prosecution Agreements*” –DPA–) o acuerdos para no iniciar la

---

<sup>85</sup> ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 11; HASNAS, *JLP 1 (2010)*, 78; ELIASON, <http://rdeliason.com/2015/01/12/the-crisis-in-corporate-criminal-liability/>, 2015.

<sup>86</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 129. En sentido similar, VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 212 s. n.174, afirma que los efectos de la condena a la empresa *Arthur Andersen* constituyeron un punto de inflexión en la persecución de las personas jurídicas, que se vio reflejado en el aumento de los acuerdos entre la Fiscalía y las empresas, para evitar que estas vayan a juicio y sufran consecuencias similares a las de la empresa auditora.

<sup>87</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 128; THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right-side-law-mammoth-guilt>,

<sup>88</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 133; BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 1, 22 [= *ZStW 1 (2014)*, 47]; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 293.

<sup>89</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 131 s., se refiere a estos amplios poderes de los fiscales y considera que la RPPJ en Estados Unidos se ha desarrollado, al menos en una parte muy significativa, por las actuaciones de los fiscales, que de alguna forma manipulan el proceso penal; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 23 ss.; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1342; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 336.



investigación penal (“*Non-Prosecution Agreements*” –NPA)<sup>90</sup>, que, por lo general, implican promesas de absolución. Estos acuerdos se han querido mostrar como un “gana-gana”, es decir, como algo beneficioso para todas las partes, pero, en realidad, el costo para las empresas y sus miembros es muy alto<sup>91</sup>.

En efecto, a cambio de que el proceso penal contra la empresa no continúe, los fiscales imponen varias condiciones: en primer lugar, la cooperación con la investigación de las personas físicas que pudieron haber cometido el delito dentro de la empresa. Ello no solo puede generar verdaderos conflictos de interés entre empleadores y empleados<sup>92</sup>, sino además la renuncia a muchas de las protecciones probatorias que ofrece el sistema estadounidense<sup>93</sup>, y el florecimiento de una especie de “cultura de la delación” entre los miembros de la empresa<sup>94</sup>. Como indica HASNAS, la RPPJ hace que los empleadores se conviertan en los adversarios de sus empleados cuando estos caen bajo sospecha. Este autor manifiesta, con razón, su rechazo a “una sociedad en la cual los organismos de policía se dediquen a la misión de hacer que los ciudadanos se vuelvan los unos contra los otros”<sup>95</sup>.

Pero la cooperación con la investigación es solo una de las múltiples condiciones que imponen los acuerdos entre Fiscalía y empresa. Estos suelen ir acompañados del pago de multas considerables<sup>96</sup>, el cese en la realización de ciertas actividades, el

---

<sup>90</sup> Sobre las características de estos acuerdos, v., DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 134, 166 ss.; BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 1, 22 ss. (= *ZStW 1 (2014)*, 47 ss.); VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 358 ss.

<sup>91</sup> En este sentido, DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 162, 171 s.; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 16, 33; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1354 s.; BAER, *JLP 1 (2010)*, 7. También GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, 185, se ha referido a la controversia en Estados Unidos alrededor de estos acuerdos. En sentido similar, VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 214, se refiere a la presión que la Fiscalía puede ejercer para lograr estos acuerdos y evitar el juicio.

<sup>92</sup> Al respecto, ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 16.

<sup>93</sup> Como la presunción de inocencia, el estándar de la duda razonable, el derecho a no auto-incriminarse, y el *attorney-client privilege* (que protege las comunicaciones entre el abogado y su cliente, y las mantiene en la confidencialidad). Sobre este efecto negativo de los acuerdos, v., DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 171; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1357;

<sup>94</sup> Resulta significativa la opinión de SCHÜNEMANN, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Constitución*, 2006, 154, quien, al analizar este fenómeno, se refiere a la imposición de medidas “que recuerdan a métodos del servicio secreto, como cuando se reanima el *Whistle-Blowing*, es decir, que miembros de la empresa delaten prácticas ilegales empresariales y que los traidores internos de la empresa sean protegidos de las desventajas que pudieran sufrir”.

<sup>95</sup> HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1355.

<sup>96</sup> Por ejemplo, según THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right->

permitir (y pagar) la presencia de un supervisor externo, y el compromiso con otras reformas que proponga el Fiscal<sup>97</sup>, como la implementación de programas de cumplimiento (*compliance*)<sup>98</sup>. Como se ve, el coste –no solo, ni principalmente, económico– de un acuerdo para la empresa es muy alto, pero puede ser mayor el de ir a juicio. Ante este escenario, la única alternativa realista, al parecer, es la de aceptar el acuerdo, aunque se tengan buenas posibilidades de conseguir una absolución<sup>99</sup>. Incluso, actualmente, los directivos de las empresas están afirmando que sería simplemente irresponsable no aceptar un acuerdo y correr el riesgo de una acusación y un juicio<sup>100</sup>.

Parece ser, entonces, –como advierte HASNAS<sup>101</sup> y volviendo a la paradoja a la que me referí antes– que hoy el propósito de la RPPJ en Estados Unidos no es castigar a las personas jurídicas sino forzarlas a cooperar con la persecución penal de sus miembros. Lo anterior se evidencia con el creciente número de investigaciones penales a organizaciones empresariales que terminan en acuerdos de encausamiento diferido (DPA)<sup>102</sup>, junto con el número decreciente de las que terminan en acusaciones y

---

[side-law-mammoth-guilt](#), el mes de agosto de 2014 finalizó con un acuerdo del *Bank of America*, en virtud del cual se obliga a pagar 17 billones de dólares, eclipsando así el acuerdo por 1.2 billones, firmado por la empresa *Goldman Sachs*, y uno de 300 millones de dólares, firmado por *Standard Chartered* en el mismo mes. Las investigaciones se han convertido, entonces, en una fuente de beneficios económicos para el Gobierno.

<sup>97</sup> Cfr., BAER, *JLP 1* (2010), 7.

<sup>98</sup> Con respecto a los cuales, por cierto, también se cuestiona últimamente su efectividad. En este sentido, SCHÜNEMANN, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Constitución*, 2006, 154, advierte del fuerte desencanto que ha tenido lugar con respecto a la efectividad de los programas de cumplimiento, pues se ha constatado que sirven solo como una “máscara externa”, que no logra transformación alguna en la cultura empresarial. En este sentido afirma, por ejemplo, que “los mejores programas *Compliance* no poseen valor cuando el *management* intermedio es obligado por un guiño de ojo de los órganos de dirección para que cometa delitos en interés de la ganancia empresarial”. Advierten también de las dudas en cuanto a la efectividad de estos programas, ALSCHULER, *PLLT 19* (2009), 33 s.; BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 17; BOLEA BARDON, en: CORCOY BISADOLLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 72; VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2016, 326 ss., especialmente 330.

<sup>99</sup> Así lo pone de relieve ALSCHULER, *PLLT 19* (2009), 33, quien señala que, incluso aunque una empresa tuviera una defensa plausible, usualmente no asume el riesgo de las consecuencias adversas de una investigación y de una condena.

<sup>100</sup> Según datos de THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right-side-law-mammoth-guilt>.

<sup>101</sup> HASNAS, *ACLR 46* (2009), 1354.

<sup>102</sup> Cfr., BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 22 s. [= *ZStW 1* (2014), 47 s.]. Según THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right-side-law-mammoth-guilt>, hasta agosto de 2014, y en el tiempo transcurrido de ese año, habían tenido lugar acuerdos no solo con *Bank of America* (en dos casos diferentes), *Goldman Sachs*, y *Standard Chartered*, sino, además, con *Morgan Stanley*, *Citigroup*, *Credit Suisse*, *Toyota*, *Marubeni*, *Barclays*, *Rabobank*, y *General Electric*. También ha habido informes de

condenas a las organizaciones. La efectiva acusación de una persona jurídica, que implica los costos (también para el Estado) de ir a juicio, es entendida por los fiscales como un fracaso en la investigación, porque significa que no han logrado su principal objetivo: la cooperación, que permite además trasladar a la empresa los costos de la investigación penal.

De todo lo anterior se deduce que la RPPJ en Estados Unidos se ha convertido, básicamente, en una herramienta de negociación<sup>103</sup>, diseñada para esquivar los principios de corte liberal que inspiran al sistema penal estadounidense<sup>104</sup> y para facilitar, de este modo, la persecución de los responsables individuales. Ya DISKANT<sup>105</sup>, en un interesante trabajo comparativo del sistema de RPPJ en Estados Unidos y el sistema penal alemán, que no contempla este tipo de responsabilidad, concluyó que, si bien ambos sistemas están apuntando ahora al mismo objetivo –que las personas jurídicas no respondan penalmente y que la investigación se centre en las personas físicas–, en Estados Unidos esto se está persiguiendo a un costo muy alto<sup>106</sup>; de ahí que

---

investigaciones o de posibles negociaciones de acuerdos con *Walmart*, la mayor cadena minorista del mundo; *Hospital Corporation of America*, la mayor cadena privada hospitalaria del mundo; y *General Motors*, la empresa de automóviles más grande de Estados Unidos, entre muchas otras.

<sup>103</sup> Así lo destacan, entre otros, DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 161, 172; ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, 16, 33; HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1354. Y ello no solo en el ámbito de la RPPJ, sino en general. Por ejemplo, señala DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 162, que en Estados Unidos cerca del 95 % de las acusaciones termina en acuerdos, sin que se llegue a constituir el jurado. Incluso una defensora del sistema de RPPJ, BEALE, <http://ssrn.com/abstract=2375318>, 2014, 32, reconoce que el Sistema de Justicia Penal Federal depende de los acuerdos de conformidad y de la cooperación en la construcción de un caso contra otro acusado. La autora parece justificar este funcionamiento de la RPPJ advirtiendo de que las personas físicas a menudo están sujetas a presiones aún más poderosas para evitar o limitar las largas penas de prisión que se establecen. Agrega que “es muy cierto que el sistema depende, en la mayoría de los casos, de la renuncia de los acusados a sus derechos, pero esta ‘cultura de la renuncia’ en los tribunales federales se extiende a todos los acusados, no solo a las empresas. Y las empresas acusadas pueden estar en una posición más favorable que los individuos, que se enfrentan a severas penas de prisión, a menos que cooperen”. Personalmente, no creo que la justificación del sistema de RPPJ pueda basarse en el “argumento” de que iguales –o a veces peores– irregularidades se presentan en el sistema de responsabilidad penal individual. Lo que ello evidencia, en todo caso, es que ambos sistemas están fallando.

<sup>104</sup> HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1355, quien añade que ninguna forma de RPPJ es compatible con el mantenimiento de un sistema liberal de justicia penal, que busque limitar el poder punitivo del Estado (1357).

<sup>105</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, *passim*, en especial 134 ss.

<sup>106</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 172, apunta que los fiscales estadounidenses, ayudados por el Congreso, los tribunales y, más importante, por el sistema de procedimiento penal, han manipulado el proceso de persecución penal a las empresas y a los empleados, y con ello han creado el sistema que tienen hoy en día.

sostenga la necesidad de tomar prestados del modelo alemán aspectos como la reducción de las posibilidades de negociación, y el apego a lo dictado por la ley<sup>107</sup>.

No es de extrañar, entonces, que el debate en torno a la RPPJ continúe vigente en Estados Unidos, que se llame la atención sobre la necesidad de centrar los esfuerzos en la investigación de los responsables individuales<sup>108</sup>, que se haya propuesto, incluso, la desaparición de la RPPJ<sup>109</sup> o la necesidad de acudir a otras ramas del Derecho para regular la dinámica empresarial. En este último sentido se enfoca la propuesta de BAER<sup>110</sup>, quien sostiene que, si se quieren mejorar las prácticas dentro de la empresa, promover cambios estructurales en ella, o reformar la cultura corporativa, es necesario reflexionar cuidadosamente sobre cómo reformar las leyes mercantiles y bursátiles, lo que obliga a centrar la atención en los mecanismos más adecuados para regular las empresas, los mercados de capital y la economía en general. “Ello permitiría a los fiscales volver a hacer lo que mejor saben hacer: investigar a los individuos”<sup>111</sup>. Yo agregaría: y no a cualquier precio.

---

<sup>107</sup> DISKANT, *YLJ 118 (2008)*, 174.

<sup>108</sup> Así, entre otros, LUNA, *ACLR 46 (2009)*, 1511, quien manifiesta no ser partidario de la RPPJ, y considera que esta debe ser descartada en favor de perseguir a los individuos por sus delitos, y de hacer responder a las empresas desde el Derecho de daños; BAER, *JLP 1 (2010)*, 14. Al respecto, el juez federal Jed Rakoff, en un discurso pronunciado en noviembre de 2013, argumentó que la atención del sistema penal debe centrarse en los individuos, y que no investigarlos (después de la crisis financiera y a pesar de los indicios de fraude) podría “ser juzgado como uno de los fracasos más grandes del sistema de justicia penal en muchos años”: THE ECONOMIST, 30 de agosto de 2014, <http://www.economist.com/news/briefing/21614101-corporate-america-finding-it-ever-harder-stay-right-side-law-mammoth-guilt>.

<sup>109</sup> HASNAS, *ACLR 46 (2009)*, 1329, 1357 s. Algunos, desde posturas más resignadas, se muestran muy críticos con la RPPJ, pero consideran imposible retornar a un sistema anterior, y proponen una interpretación del sistema más coherente con los principios que lo inspiran: cfr., ALSCHULER, *PLLT 19 (2009)*, *passim*; LUNA, *ACLR 46 (2009)*, 1522, quien sospecha que la responsabilidad corporativa siempre hará parte del sistema legal estadounidense. No obstante, considera que podría esperarse una mayor claridad en la forma de considerar la RPPJ, y aboga por la reforma de sus manifestaciones más vergonzosas. Concluye que “la idea de castigar a las corporaciones siempre será extraña, pero no tiene por qué ser injusta”.

<sup>110</sup> BAER, *JLP 1 (2010)*, 14.

<sup>111</sup> BAER, *JLP 1 (2010)*, 14.

## D) Toma de postura

Si bien debe valorarse positivamente que las empresas sean “*socialmente responsables*”, que incorporen prácticas de buen gobierno corporativo<sup>112</sup>, y que se ejerza control sobre su gestión, el instrumento para ello no puede ni debe ser la RPPJ<sup>113</sup>. Sobre lo primero –la imposibilidad– hablarían, principalmente, las razones dogmáticas que he expuesto; sobre lo segundo –la inconveniencia–, las razones de política criminal, unidas a la experiencia de países como Estados Unidos<sup>114</sup>, donde la amplia trayectoria de este tipo de responsabilidad ha dejado al descubierto sus carencias, la erosión de los principios penales fundamentales y la necesidad de volver la atención sobre los responsables individuales dentro de la estructura empresarial.

Es cierto que la tarea de depurar estas responsabilidades en la empresa no resulta sencilla, pero ello no implica que deba buscarse el atajo fácil –y, como se vio, injusto– de imputar responsabilidad a la persona jurídica en su conjunto<sup>115</sup>. Y es que, yendo aún más lejos en la argumentación, aun si se admite la RPPJ, los problemas de atribución de responsabilidad penal a personas físicas permanecerían idénticos o muy similares. Concluyo, entonces, con GÓMEZ MARTÍN, que “la (siempre fácil) salida de hacer responder a la sociedad, además de constituir (...) una solución claramente desproporcionada, bien podría acabar provocando una *cierta relajación en la*

---

<sup>112</sup> En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 357.

<sup>113</sup> Con ello no desconozco que la propia estructura compleja de las personas jurídicas puede facilitar la comisión de delitos de personas físicas en su seno o suponer riesgos para socios o trabajadores no implicados en los delitos y, por ello, que puede estar justificado tomar medidas que afecten a la propia persona jurídica; ello, como he puesto de relieve *supra*, se hacía ya con las llamadas consecuencias accesorias del antiguo art. 129 CP antes de la reforma de 2010 y -al margen de los concretos detalles de esa regulación- podía resultar satisfactorio, sin los riesgos y defectos de la llamada RPPJ, que aquí he querido dejar en evidencia.

<sup>114</sup> Como lo señalé *supra*, una de esas carencias se manifiesta en el hecho de que la RPPJ en Estados Unidos se ha convertido, básicamente, en una herramienta de negociación. El modelo de regulación de la RPPJ en España, si bien por razones diferentes, parece no hallarse muy lejano a esa situación, pues, como lo ha advertido recientemente FERNÁNDEZ TERUELO, *Libertas 6 (2017)*, 95 s., dicho modelo no parece pensado para condenar a la persona jurídica sino, más bien, para lograr su conformidad, por las muchas posibilidades de negociación que ofrece, en especial a partir de la sustitución de penas interdictivas por pecuniarias. Así, en palabras de este autor, el modelo está “orientado a convertirse en una fórmula sancionatorio-recaudatoria, que se sirve de determinados instrumentos coercitivos propios del Derecho penal”.

<sup>115</sup> Así también, GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 356. En sentido similar, CERVINI/ADRIASOLA, *DP de la empresa*, 2005, 109 s.

*persecución* de quien realmente habría cometido el delito, esto es, la persona física, al grito de ‘siempre nos quedará la empresa’”<sup>116</sup>.

La alternativa, más bien, debe ser el fortalecimiento de los mecanismos de investigación para lograr el levantamiento del velo societario y la identificación de los verdaderos responsables del hecho delictivo dentro de la empresa<sup>117</sup>. Lo anterior, por supuesto, tiene que ir acompañado de la articulación de “criterios de imputación de responsabilidad individual en estructuras organizativas complejas que permitan realizar correctamente aquella función de depuración”<sup>118</sup>; objetivo al que pretende contribuir esta investigación, desde la perspectiva de la determinación de la autoría y la participación en los delitos cometidos en el seno de la estructura empresarial.

---

<sup>116</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 357.

<sup>117</sup> Al respecto señala PALMA HERRERA, en: PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados*, 2014, 161, que el legislador español “ha buscado una vez más una respuesta rápida y barata, y no una solución real y efectiva. En vez de acometer una profunda reforma de la justicia penal que la dote de medios y, sobre todo, de especialistas en el ámbito de la delincuencia empresarial capaces de *levantar el velo societario y de dirigir el procedimiento contra los verdaderos responsables del hecho delictivo*, siguiendo lo que es una constante en otras tradiciones jurídicas de corte anglosajón ha optado por delegar en los propios entes la gestión del riesgo de comisión delictiva haciéndolos directamente responsables de aquello que ocurra en su seno”. También ZIESCHANG, *GA 2014*, 106, sostiene que “en vez de imponer penas contra las personas jurídicas, se deben reforzar aquellas que persiguen a las personas naturales que dentro de las empresas cometen realmente el delito, ordenan su comisión o prestan una ayuda”. En sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 143.

<sup>118</sup> GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Garantías constitucionales*, 2012, 357. En igual sentido, GRACIA MARTÍN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 69, quien sostiene que “el futuro de la dogmática jurídico-penal en cuanto a la lucha contra la criminalidad económica que se desarrolla a partir de la actividad de una empresa debe orientarse al desarrollo de instrumentos jurídicos de responsabilidad de las personas físicas que actúan para la empresa”. También CESANO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 188, considera conveniente centrar los esfuerzos en buscar instrumentos de imputación penal individual para determinar la responsabilidad de quienes conducen la empresa e intervienen en la realización del hecho punible.

## 2. LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL COMO CONCEPTO BÁSICO PARA LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Una vez que se ha evidenciado la necesidad de retomar el debate en torno a la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas en el seno de las personas jurídicas, considero necesario delimitar el ámbito en el que centraré mi investigación. En este sentido, y como afirmé más arriba, he optado aquí por el análisis de la determinación de la autoría y la participación<sup>119</sup> en la *estructura empresarial*.

La elección del concepto de “estructura empresarial”, y no de otros conceptos como el de “criminalidad económica” o “Derecho penal económico” no es casual ni arbitraria, y encuentra su fundamento en que –como buscaré demostrar en las siguientes líneas– se trata del concepto que refleja, en mayor grado, la problemática a la que haré referencia, en tanto son las peculiaridades de dicha estructura las que logran explicar ciertas dinámicas que justifican un análisis independiente de la autoría y la participación en los hechos delictivos que allí tienen lugar.

Para fundamentar lo anterior, me detendré, en un primer momento, en el análisis de los conceptos de “Derecho penal económico”, “criminalidad económica” y “criminalidad de empresa”, con el fin de explicar por qué estos no logran dar cuenta, en su totalidad, del problema que aquí abordo. Luego de este análisis, expondré una caracterización de la estructura empresarial, desde las interacciones verticales y horizontales<sup>120</sup>, para destacar las ventajas de asumir ese concepto como dato fundamental en el estudio de la codelinuencia en la empresa.

### A) El concepto de “Derecho penal económico” y de “delito económico”

Ya desde la década de los sesenta del siglo pasado, JIMÉNEZ DE ASÚA cuestionaba la autonomía del Derecho penal económico<sup>121</sup>. Más recientemente, BAJO

---

<sup>119</sup> Tan solo como un aspecto de la responsabilidad penal, que abarca más elementos.

<sup>120</sup> Utilizo aquí –y más adelante– estos conceptos empleados por ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 26 ss., cuando se refiere a las distintas manifestaciones de interacción de la sociedad moderna, que generan dificultades para la teoría de la intervención delictiva.

<sup>121</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *DP*, t. I, 3ª, 1964, 56 s. Aunque este autor reconocía, ya para ese momento, las grandes proporciones que había adquirido el delito económico y la consecuente necesidad de que los juristas y legisladores le prestaran mayor atención. No obstante, consideraba que ello no debía suponer la

FERNÁNDEZ, quien puede considerarse como uno de los precursores del estudio del Derecho penal económico en España<sup>122</sup>, ha advertido de que “la acotación de este sector del derecho penal bajo la denominación de derecho penal económico, no persigue una *autonomía científica* respecto del resto de disciplinas penales”, sino que, simplemente, se trata de “facilitar la labor científica sobre una materia nueva que ha protagonizado un desarrollo legal y científico notable en los últimos años”<sup>123</sup>. Por su parte, en Alemania, TIEDEMANN<sup>124</sup>, un autor tan destacado, entre otros aspectos, por sus contribuciones en el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa, pone incluso en duda la caracterización del propio concepto de “Derecho económico” en sentido amplio como una categoría nueva e independiente. No es de extrañar, entonces, que la delimitación del concepto de Derecho penal económico genere –todavía hoy– tanta controversia en la doctrina, si su propia autonomía ha sido cuestionada desde muy temprano<sup>125</sup>.

Y es que, aun si se acepta que el Derecho penal económico constituye una categoría autónoma<sup>126</sup>, una rama independiente dentro del Derecho penal, su

---

primacía y la proliferación de conductas delictivas como las contempladas en algunos códigos, ni tampoco, como ya se ha dicho, la decisión de constituir un Derecho penal económico autónomo. Lo anterior, según este autor, olvidaba lo que él denunciaba como origen autoritario del Derecho penal económico, en regímenes en los que surgió la idea de reunir bajo el título de Derecho penal económico a todos los preceptos relacionados con el objetivo estatal de dirigir o encauzar la economía. Sobre los orígenes y evolución del Derecho penal económico, v., FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 94 ss.; TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 11, 16 ss.; *Nuevas formas de criminalidad*, 2ª, 2007, 4 ss.; *Wirtschaftsstrafrecht*, AT, 4ª, 2014, 27 ss.; MARTOS NÚÑEZ, *DPE*, 1987, 111 ss.; DANNECKER, en: WABNITZ/JANOVSKY (ed.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4ª, 2014, 3 ss.; KRAATZ, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2014, 4; KUDLICH/OGLAKCIOGLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª, 2014, 11 ss.; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrech*, 3ª, 2014, 14 ss.

<sup>122</sup> De hecho TIEDEMANN, en: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dir.), *DPE*, 2013, 31, afirma que la obra de BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, “constituyó un hito en el desarrollo de la ciencia penal sobre esta materia”.

<sup>123</sup> BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 8 s.

<sup>124</sup> TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 16; *Nuevas formas de criminalidad*, 2ª, 2007, 3. Este autor, además de referirse a las dificultades de definición y delimitación del Derecho penal económico, se refiere a la pregunta por su independencia como disciplina científica dentro de la ciencia penal.

<sup>125</sup> En un sentido similar se pronuncia MAGALDI PATERNOSTRO, *EDJ 2004-61*, 276, quien manifiesta sus dudas “no ya sobre la conveniencia político criminal sino sobre la necesidad dogmática de acotar dentro del sistema penal un subsistema (el de los delitos económicos) cuya materia de prohibición diferenciada es difícilmente perfilable y así lo reconoce la propia doctrina”.

<sup>126</sup> En este punto resulta interesante lo sostenido por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, *PG*, 5ª, 2016, 77 s., quien parte de la idea de que, con la denominación “Derecho penal económico”, no se quiere aludir a un Derecho penal “sustancialmente diferente” sino a una calificación que atiende a la naturaleza peculiar de su objeto de tutela. En esta medida, afirma, el Derecho penal económico se rige por los mismos principios del Derecho penal común y se encauza “a través de idénticas instituciones dogmáticas” (77). No obstante, pone de relieve que se trata de una familia delictiva con peculiaridades que sí permiten individualizarla y diferenciarla de otras familias delictivas que se han incluido tradicionalmente en el



caracterización sigue siendo ampliamente discutida. Si hay algo en lo que coinciden quienes se han ocupado de este tema, es, precisamente, en la vaguedad e imprecisión del concepto<sup>127</sup>; en lo demás, las opiniones siguen siendo divergentes, aunque destacan algunos intentos por aportar claridad en esta materia.

Dentro de esos intentos, quizás el más relevante vino dado por el Proyecto alternativo alemán de Código penal del año 1977<sup>128</sup>, que, en consonancia con la doctrina alemana especializada, tomó en consideración la distinción entre un *concepto estricto* y un *concepto amplio* de delitos económicos<sup>129</sup>. Como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>130</sup>, esta distinción luego fue asumida también por la doctrina española<sup>131</sup>,

---

llamado Derecho penal “clásico” o “nuclear” (78). Defiende, entonces, la necesidad de dotar de autonomía a la categoría de delitos económicos en sentido amplio, o delitos contra el orden socioeconómico, y, más adelante (124 ss.), expone los criterios que, a su juicio, deben utilizarse para identificar los delitos que integran esta categoría. En un sentido similar se pronuncian PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO (dir.), *DPE*, 2ª, 2005, 24 s.; LASCANO, en: BAIGÚN/GARCÍA RIVAS (dir.), *Delincuencia económica*, 2006, 56, quien reconoce que la autonomía del Derecho penal económico es discutida, pero sostiene que este plantea “cuestiones doctrinarias, político-criminales y criminológicas especiales, diferentes de las que se suscitan respecto de los delitos clásicos o tradicionales que integran el denominado ‘derecho penal nuclear’”.

<sup>127</sup> En este sentido, cfr., BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 4 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *DPE*, 2ª, 2010, 11 ss.; TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 9 s., quien alude a la falta de univocidad y claridad con respecto a los conceptos de “Derecho penal económico” y “delito económico”, principalmente en el campo de las investigaciones comparadas; MARTOS NÚÑEZ, *DPE*, 1987, 125; SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 529, quien pone de relieve la falta de “un término concreto, capaz de lograr un consenso y que a su vez recoja todos los aspectos esenciales del Derecho penal económico”; HERRERO, *Los delitos económicos*, 1992, 38 s.; MUÑOZ CONDE/NÚÑEZ CASTAÑO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 558 s., quienes afirman que el propio concepto de “orden socioeconómico”, como categoría superior al orden patrimonial clásico, “dista mucho de ser un concepto perfilado”; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, 2003, 66, 71, 73, advierte de que la reflexión científica en las últimas décadas “no ha logrado aún precisar una definición de criminalidad económica ni determinar los supuestos abarcados por el Derecho penal económico” (66). Considera, además, que se debe renunciar a definir el delito económico y el contenido del Derecho penal económico a través de un único criterio de validez general (71), lo que lo lleva a defender un concepto amplio de Derecho penal económico, en el que se incluya “todo hecho delictivo realizado en el contexto y práctica de una actividad económica” (73); PRADEL, *CDJ 2003-II*, 25 s.; MAGALDI PATERNOSTRO, *EDJ 2004-61*, 276; PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO (dir.), *DPE*, 2ª, 2005, 25, quien advierte sobre la inseguridad que prima a la hora de fijar el concepto de Derecho penal económico; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 90, 122, quien reconoce que la delimitación conceptual de los delitos socioeconómicos “no es una cuestión pacífica en las investigaciones científicas” (90).

<sup>128</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 103 ss. Sobre el Proyecto alternativo alemán de Código penal, véase, también, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 31 ss.

<sup>129</sup> No sin razón, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 103 s., califica la sistematización de los delitos económicos realizada por los autores de este Proyecto como la “primera tentativa moderna de ofrecer un exhaustivo catálogo de delitos socioeconómicos” (103), y destaca su importancia como referente para las investigaciones que después se han llevado a cabo en este ámbito.

<sup>130</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 100.

<sup>131</sup> V., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 42 ss.; en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 5 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 99 ss.

que la ha llegado a considerar como el “único medio de conseguir una cierta univocidad”<sup>132</sup> en el concepto de Derecho penal económico.

En efecto, en la que ha sido calificada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ como la “primera gran obra científica moderna publicada sobre el Derecho penal económico”<sup>133</sup> en España –la obra de BAJO FERNÁNDEZ–<sup>134</sup>, se acogió esa doble caracterización de delitos económicos o Derecho penal económico en sentido amplio y en sentido estricto. Para este autor, el delito económico en sentido estricto es “*la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país*”<sup>135</sup>. Explica que, según este criterio, los delitos económicos se reducirían a aquellos que atentan contra la formación de los precios, los delitos monetarios, de contrabando y el delito fiscal<sup>136</sup>. Lo anterior lo lleva a rechazar dicho criterio en la medida en que reduce de manera excesiva el ámbito del Derecho penal económico y se enfrenta con la concepción criminológica de la delincuencia económica, que abarcaría conductas muy distintas a las descritas<sup>137</sup>.

Por otra parte, el delito económico en sentido amplio es definido por BAJO FERNÁNDEZ como “*aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”<sup>138</sup>. Según este autor, la

---

<sup>132</sup> Así, BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 42; en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 3 s.

<sup>133</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 101.

<sup>134</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978.

<sup>135</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 42. En un sentido muy similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 100, expone que, tradicionalmente, el concepto estricto de delitos económicos está conformado por las “infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía”.

<sup>136</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 42 s. En trabajos posteriores incluye también, en esta categoría, al delito de blanqueo de capitales: v., por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 6. De manera correlativa, en el último trabajo citado, BAJO FERNÁNDEZ define el Derecho penal económico en sentido estricto como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía” (5).

<sup>137</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 42 s. [= en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 6].

<sup>138</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 43. De manera correlativa, BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/MODOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 7, define al Derecho penal económico en sentido amplio como el “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”. Por su parte, y desde una concepción más restrictiva, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 100, explica que, tradicionalmente, se han incluido dentro del grupo de los delitos económicos en

concepción amplia del delito económico abarcaría conductas como las de competencia ilícita, estafa, fraudes alimenticios, delitos laborales, receptación, cohecho, apropiación indebida, falsedad de documentos, etc., y, en esa medida, haría coincidir las preocupaciones del jurista y del criminólogo. No obstante, reconoce que con esta concepción amplia “se pierden aquella univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual”<sup>139</sup>.

También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>140</sup>, aunque en su trabajo opta por un concepto amplio de delitos económicos<sup>141</sup>, reconoce la falta de unanimidad en la doctrina con respecto a cuáles deben ser las infracciones delictivas que se reconduzcan a esta categoría, y afirma que “las discrepancias comienzan ya a asomar cuando se pretende identificar los criterios que habría que utilizar para caracterizar la agrupación de los delitos económicos”<sup>142</sup>. Muestra de ello es, precisamente, la diferencia entre su concepción y la de BAJO FERNÁNDEZ, que acabo de exponer. En efecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ excluye de la categoría de delitos socioeconómicos a todos los delitos patrimoniales clásicos que no incorporen “de forma indefectible” dentro de sus elementos básicos una afectación, aunque sea mediata, del orden económico<sup>143</sup>. Y

---

sentido amplio a las “infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente patrimonial individual”.

<sup>139</sup> BAJO FERNÁNDEZ, en: MIR PUIG/MOOLELL GONZÁLEZ/GALLEGO SOLER/BELLO RENGIFO (coord.), *DPE*, 2002, 8. Así mismo, LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, n. 14 (8 s.), adopta una concepción amplia de la delincuencia en el ámbito económico, al referirse a ella desde un sentido criminológico y, por ello, más amplio que el estrictamente jurídico, incluyendo figuras de delitos patrimoniales clásicos.

<sup>140</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 102.

<sup>141</sup> También TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 20, califica a la noción de Derecho económico en sentido amplio como una solución conciliatoria que obedece a una tendencia internacional, y que permite considerar como delitos económicos a todos los relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que protegen y organizan la economía. Este autor, en *Lecciones*, 1993, 31, advierte, además, de que la doctrina alemana entiende actualmente al Derecho penal económico en su sentido más amplio, y esto lo atribuye al “progreso del Derecho económico hacia una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho administrativo”. Optan también por un concepto amplio de Derecho penal económico, CARPIO BRIZ, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *DPE, PG y PE*, 2016, 27; CASTRO MARQUINA, *La necesidad del DPE*, 2016, 5 s., 10. Se inclina, en cambio, por un “concepto restringido” de Derecho penal económico, BERRUEZO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 6, si bien le agrega el Derecho ambiental, al considerar que el deterioro constante del medio ambiente “influye directa o indirectamente en la producción económica de un sector”.

<sup>142</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 102.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 125. Y añade: “a pesar de que en el caso concreto pudiese acreditarse que su ejecución llevaba aparejada una cierta afectación al orden socioeconómico a la vista de la relevante magnitud del perjuicio producido”. También, con respecto al ámbito de los delitos patrimoniales, afirma TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, 18, que solo en algunos casos implican la tutela de intereses patrimoniales supraindividuales. No obstante, este autor

dentro de este grupo incluye, por ejemplo, la estafa, la apropiación indebida y los daños; delitos –al menos el de estafa y de apropiación indebida– que, como ya se vio, BAJO FERNÁNDEZ sí incluía dentro del catálogo de delitos económicos en sentido amplio. No obstante, para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, son más bien razones de carácter didáctico las que lo llevan a agrupar los delitos económicos y facilitar así su estudio, examinar sus peculiaridades e identificar las diferencias con respecto al Derecho penal tradicional<sup>144</sup>.

Ahora bien, a esta falta de univocidad del concepto de Derecho penal económico, unida a las dificultades para determinar cuáles delitos deben reconducirse a dicha categoría, tanto en su versión amplia como estricta, se suma el hecho, muy relevante para esta investigación, de que no todos los delitos considerados como económicos tienen que tener lugar dentro de la empresa<sup>145</sup> –aunque en la práctica esto sea así la mayoría de las veces–<sup>146</sup>, y, a la inversa, no todos los delitos que tienen lugar en la empresa pueden catalogarse como delitos económicos<sup>147</sup>.

---

sostiene que existen delitos patrimoniales clásicos que podrían ser delitos económicos en sentido estricto. Cita como ejemplos el del daño, desde el punto de vista del sabotaje económico, y el de alteración de computadores valiéndose de magnetos. Concluye que, en principio, “existirá un delito económico, en el ámbito clásico del derecho penal patrimonial, cuando para la ejecución del delito se empleen medios que el legislador protege como instrumentos de la vida económica mediante tipificaciones penales autónomas”.

<sup>144</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 102. Para este autor, los criterios que deben utilizarse en la identificación de los delitos que integran la categoría del Derecho penal económico en sentido amplio serían, en primer lugar, la “proyección conceptual de los delitos sobre el orden socioeconómico (...), trascendiendo la dimensión puramente patrimonial individual”. De ahí que, según el autor, sea imprescindible la afectación, aunque sea mediata, de intereses económicos supraindividuales (124); como segundo criterio identificador se refiere al hecho de que los delitos económicos “no pertenecen al núcleo tradicional del Derecho penal” (127), y, en este sentido, poseen una serie de características comunes: el problema de su legitimidad y de la vulneración, en abstracto o en concreto, del principio de proporcionalidad, el hecho de ser delitos que “presuponen ya la existencia de un ilícito extrapenal” y que imponen pautas de tipificación y de interpretación peculiares (128). Por último, presenta otros criterios que, en su opinión, refuerzan la idea de dotar de autonomía al Derecho penal económico en sentido amplio: el relacionado con la persecución penal, en el sentido de los múltiples obstáculos que surgen para perseguir adecuadamente estos delitos (129); el criterio criminológico, que atiende a la “conurrencia de un interés o beneficio económico en el autor” (131); y, por último, el dato de que los delitos económicos se realicen a través de o en beneficio de una empresa, esto es, la “criminalidad de empresa” (133).

<sup>145</sup> Resulta ilustrativa aquí la afirmación de PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO (dir.), *DPE*, 2ª, 2005, 20, en el sentido de que existen ciertas parcelas que “inequívocamente pertenecen al ámbito del Derecho penal económico, aunque sus autores no lo son en cuanto empresarios o partes de una empresa”, y pone el ejemplo del delito fiscal cuando se refiere a impuestos no ligados a una actividad empresarial, como es el caso del impuesto de renta de las personas físicas.

<sup>146</sup> En este sentido, v., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 5, 60. También DANNECKER, *RP* 7 (2001), 41; BERRUEZO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 3-5; CASTRO MARQUINA, *La necesidad del DPE*, 2016, 6 ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 6ª, 2016, 320, quienes incluso señalan que más del 80 % de los delitos económicos se cometen a través de empresas. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 126, 511, advierte de que los conceptos de “Derecho penal económico” y “Derecho penal de la empresa” no son coincidentes. No obstante, admite que la

Como ejemplo de esto último –y si se sigue la concepción de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, arriba expuesta– pueden mencionarse los llamados fraudes alimentarios, incluidos dentro de los delitos contra la salud pública, y otras figuras delictivas tradicionales, como la estafa, la apropiación indebida, las insolvencias y las falsedades. Todas estas conductas, además de que pueden llevarse a cabo en el ámbito de la actividad empresarial, cada vez cobran mayor relevancia<sup>148</sup> y se presentan con mayor frecuencia en dicho ámbito.

Como muestra de lo anterior, resultan paradigmáticos los tres casos célebres de responsabilidad penal por productos defectuosos: caso *Lederspray*<sup>149</sup> (*spray* para cuero) o *Erdal* y caso *Contergan*<sup>150</sup>, en Alemania; y caso del *aceite de Colza*<sup>151</sup>, en España, en los que no solo se discutió la responsabilidad por delitos contra la salud pública (*Caso de la Colza*), sino incluso por delitos de lesiones (*Caso Lederspray* y *Contergan*). El

---

mayoría de los delitos socioeconómicos se llevan a cabo en el seno de una empresa, pero considera que ello (esto es, que se desarrollen en la empresa) no es consustancial a gran parte de estos delitos.

<sup>147</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, *PG*, 5ª, 2016, 126, quien sostiene que hay conductas que aunque se puedan calificar como delitos empresariales, y sean ejecutadas por autores que, desde un aspecto criminológico, deben ser incluidos en el sector de la criminalidad económica, no hacen parte de la categoría de delitos económicos. En contra, GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, 2003, 85, quien señala que el criterio de que el hecho delictivo se lleve a cabo en el curso de la actividad económica de una empresa, tiene la suficiente fuerza como para que ese hecho sea adscrito al Derecho penal económico y medioambiental. No obstante, en n. 112 (85 ss.) advierte de que quedan excluidos de esta categoría los hechos delictivos cometidos contra la empresa por sus colaboradores, y los que cometen estos contra otros colaboradores, pues estos hechos quedarían abarcados por la llamada “criminalidad en el establecimiento”.

<sup>148</sup> Ya en otro lugar advertí, por ejemplo, sobre la creciente relevancia de la responsabilidad penal por productos defectuosos (con los delitos contra la salud pública como una de sus más importantes manifestaciones) en la criminalidad empresarial: ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 17. En este mismo sentido, HASSEMER, en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, 1995, 121; AGUADO LÓPEZ, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 553 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 115.

<sup>149</sup> Sentencia del BGH, de 6 de julio de 1990. Para una descripción del caso, v. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 30 ss.

<sup>150</sup> Para una exposición más detallada de este caso remito a GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, 1988, 40-46 y 125-137; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 28 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 117; CANCIO MELIÁ, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina*, 2ª ed., 2011, 207-222.

<sup>151</sup> SAN (Sección 2ª de la Sala de lo Penal) núm. 48/1989, de 20 de mayo. Para una exposición más amplia de este caso, v. PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 49-52; en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina*, 2ª ed., 2011, 425-439; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 41-47; en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 118-121. También MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 124, se refiere al *Caso Contergan* y de la *Colza*, como supuestos, no de Derecho penal económico, pero sí de Derecho penal de la empresa.

supuesto más reciente, de mucha repercusión mediática –y mundial–, sería el *Caso Volkswagen*, en el que, si bien en España la AN solo ha proferido, hasta ahora, un auto ordenando el inicio del procedimiento penal contra el Grupo Volkswagen<sup>152</sup> –lo que hace prematuro que aquí me pronuncie más a fondo sobre dicho caso–, ya en el propio auto transcribe parte del informe presentado por el Ministerio Fiscal, en el que se afirma la posibilidad de que exista responsabilidad penal, no solo por delito contra el medio ambiente, fraude de subvenciones y publicidad engañosa, sino también por el delito de estafa<sup>153</sup>.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que, si me atuviera en este estudio al análisis de la autoría y la participación en los delitos económicos o en el Derecho penal económico –optando por alguna de las múltiples concepciones que, como ya se ha visto, se manejan en la doctrina–, dejaría a un lado un grupo de delitos muy importante, tanto desde su magnitud como desde su frecuencia, que pueden tener lugar en el seno de la estructura empresarial, y que, por tanto, participan de su problemática y sus particularidades<sup>154</sup>, a las que me referiré en la última parte de este capítulo.

---

<sup>152</sup> Auto de la AN, de 28 de octubre de 2015. Para una descripción general del caso, transcribo parte del informe del Ministerio Fiscal, a la vez transcrito por la AN en el auto referido. Según el Ministerio Fiscal, de acuerdo con las querellas interpuestas, que recogen las noticias publicadas últimamente en la prensa, el supuesto se refiere al “presunto trucaje efectuado por el ‘Grupo Volkswagen’ de determinados motores diesel de 4 cilindros (2.0 TDI)./ La manipulación parece consistir en la instalación de un programa informático que detecta cuándo el vehículo se encuentra en un banco de pruebas al objeto de reducir sus emisiones contaminantes dentro de los parámetros exigidos por la normativa medioambiental./ La explicación a dicha manipulación radica en que para lograr un menor consumo de combustible es necesario obtener la mayor eficiencia energética del mismo, para lo cual se ha de someter a altas temperaturas; ello genera, sin embargo, la emisión de gases altamente contaminantes (óxido de nitrógeno). El reto técnico que se plantea es el de lograr fabricar un motor que consuma poco y mantenga una gran potencia pero que a su vez no desprenda gases por encima de los límites legales marcados./ Supuestamente, para resolver el problema, el fabricante introdujo un software capaz de detectar cuándo el vehículo estaba siendo testado para comprobar sus emisiones contaminantes de manera que en ese momento tuviera un funcionamiento menos eficiente (con mayor consumo de combustible) y, por tanto, menos contaminante”.

<sup>153</sup> El Ministerio Fiscal parece fundamentar la existencia de este último delito en que los hechos, de ser ciertos, “determinarían que los vehículos afectados, en condiciones normales de funcionamiento, están emitiendo gases contaminantes muy por encima de los límites permitidos (podrían superar en 40 veces dicho máximo), lo que les inhabilitaría para circular, con el consiguiente perjuicio para su titular”.

<sup>154</sup> En un sentido muy similar, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal para directivos*, 2016, 102 s.

## B) El concepto de “criminalidad o delincuencia económica”

Algo muy similar a lo descrito más arriba con respecto a los conceptos de “Derecho penal económico” y “delitos económicos” sucede con el concepto de “criminalidad económica”. Ello explica que no me extienda en este análisis y que traslade a este punto las críticas que acaban de exponerse en cuanto a la falta de univocidad y la vaguedad de aquellos conceptos. En efecto, y no sin razón, se refiere KINDHÄUSER a la “particular problemática que revisten los intentos de definición de la criminalidad económica”<sup>155</sup>.

Como ponen de relieve FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ PÉREZ<sup>156</sup>, la discusión sobre el contenido de este concepto ha tenido más participación de la doctrina criminológica. Estos autores sostienen que, si bien el concepto de “delincuencia económica” ha sido el más utilizado en el ámbito europeo para describir estas “nuevas formas de criminalidad”, coexisten en la doctrina criminológica muchas otras expresiones que pretenden dar cuenta de este fenómeno<sup>157</sup>. Entre ellas mencionan, por ejemplo, la “delincuencia de caballeros”, “delincuencia profesional”, “delincuencia de negocios”<sup>158</sup> y la “delincuencia de cuello blanco”<sup>159</sup>; expresión, esta última, mucho más difundida en el ámbito internacional, a raíz del importante trabajo de SUTHERLAND<sup>160</sup>, quien acuñó y sentó las bases de este concepto. No obstante, también estos autores destacan la falta de precisión de esta expresión, lo que ha llevado –en su opinión, de manera equívoca–, a identificarla con la de delincuencia económica<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> KINDHÄUSER, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 70. Recientemente, y en un sentido muy similar, MORÓN LERMA, en: GARCÍA ARÁN (dir.), *La delincuencia económica*, 2014, 31.

<sup>156</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 23.

<sup>157</sup> BOTTKÉ, *RP 4 (1999)*, 23, acoge, por ejemplo, un concepto de criminalidad económica en sentido estricto, que él denomina “criminalidad contra la economía”, o “criminalidad contra el mercado”, en una sociedad de mercado. Este concepto se refiere, según el autor, a “la puesta en peligro de las condiciones que precisa el mercado para su actuación”.

<sup>158</sup> Con respecto a este concepto, critican su identificación con el de “delincuencia económica”, FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 33 s., al entender que la criminalidad de negocios se refiere a un fenómeno más restringido.

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 23. En igual sentido, HERRERO, *Los delitos económicos*, 1992, 47.

<sup>160</sup> Cfr. SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, 1999, *passim*, especialmente 277 ss.

<sup>161</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 23.

En efecto, para FERNÁNDEZ ALBOR y MARTÍNEZ PÉREZ, “en puridad de principios”, la identificación entre delincuencia económica y delincuencia de cuello blanco es inexacta, porque consideran que aquella es solo una parte de esta<sup>162</sup>. No obstante, también califican de ardua la tarea de indagar dónde radica esa especialidad, teniendo en cuenta los “múltiples intentos definatorios y el establecimiento de diversos criterios para caracterizar la delincuencia económica”<sup>163</sup>. Esta problemática, añaden, “surge de la intrincada variedad de tipos delictivos susceptibles de ser agrupados bajo esta expresión”<sup>164</sup>.

Se vuelve entonces, como ya lo anticipé, al problema común de esta categoría con los conceptos de Derecho penal económico o delitos económicos: su falta de univocidad, y la dificultad para determinar el ámbito de delitos que quedarían abarcados por cada una de estas categorías<sup>165</sup>.

### C) El concepto de “criminalidad empresarial”

Un concepto en apariencia cercano a los anteriores, pero que, a mi juicio, puede rendir más frutos al momento de delimitar el ámbito de estudio de esta investigación, es el de “criminalidad empresarial”<sup>166</sup>, precisamente porque pone el foco de atención en el dato que considero fundamental: la empresa.

---

<sup>162</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 24, 32. En el mismo sentido, HERRERO, *Los delitos económicos*, 1992, 48. Se refiere también a la no coincidencia de estos dos conceptos, PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO (dir.), *DPE*, 2ª, 2005, 26 s.

<sup>163</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 33.

<sup>164</sup> FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, 1983, 33.

<sup>165</sup> Ello es evidente, por ejemplo, en la posición de PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO (dir.), *DPE*, 2ª, 2005, 28, quien llega a incluir, como una “parte decisiva” de la delincuencia económica –y también del Derecho penal económico– a los delitos cometidos en el ámbito de la Administración, y que se relacionan con la actividad económica. En este sentido sostiene que, “en la medida que la sanción de estos comportamientos está vinculada a la ratificación de la confianza en la vigencia de las normas que rigen el orden económico, constituyen también criminalidad económica, independientemente de que en el caso concreto exista una conexión o plan delictivo común entre los autores de estos delitos y las personas que desempeñan una actividad económica y se benefician de los efectos de la infracción”. Este sería, entonces, un concepto de criminalidad económica mucho más amplio que los expuestos hasta el momento.

<sup>166</sup> Recomiendo, en este punto, el interesante estudio de SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, 2013, 24 ss., sobre el surgimiento y la evolución de este concepto en Alemania.



No obstante, tampoco este criterio ha estado exento de dificultades para la concreción de su contenido. En este sentido, cabe destacar la muy relevante contribución de SCHÜNEMANN para perfilar la categoría a la que me vengo refiriendo. En primer lugar, este autor pone de relieve que la criminalidad económica es esencialmente criminalidad empresarial<sup>167</sup>. Pero en este punto distingue entre dos conceptos: “*Unternehmenskriminalität*” y “*Betriebskriminalität*”, esto es, “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”<sup>168</sup>, respectivamente. Dentro del primer concepto incluye a “los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa –o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa–”<sup>169</sup>, mientras que, en el segundo concepto, incluye a los delitos llevados a cabo por los miembros de una empresa contra la propia empresa o contra otros de sus miembros<sup>170</sup>. Para SCHÜNEMANN<sup>171</sup>, los delitos de esta última categoría –criminalidad en la empresa– se pueden reconducir sin dificultades a las reglas de los delitos comunes, mientras que los delitos pertenecientes a la primera categoría –criminalidad de empresa– plantean cuestiones –y dificultades– dogmáticas, criminológicas y político-criminales muy diferentes a las de los delitos clásicos<sup>172</sup>.

Si bien la concepción de SCHÜNEMANN ha aportado más claridad y precisión en el desarrollo del concepto de “criminalidad empresarial”, y ha perfilado mejor sus alcances a partir de la doble manifestación: criminalidad *de* empresa y criminalidad *en* la empresa, tampoco esta concepción ha sido ajena a las críticas. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>173</sup>, por ejemplo, el criterio de la criminalidad de empresa conduce de manera inevitable a la ampliación del concepto jurídico-penal de Derecho penal económico que él acoge como punto de partida. En efecto, sostiene que una “genuina criminalidad

---

<sup>167</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 5; *ADPCP 1988*, 531; *Temas actuales*, 2002, 192.

<sup>168</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 529 s. Utilizo aquí los términos según la traducción al español que realizan BRÜCKNER/LASCURAÍN SÁNCHEZ, y que considero acertada para expresar lo que el autor alemán pretende exponer. Sobre la distinción realizada por SCHÜNEMANN, v., también, CERVINI/ADRIASOLA, *DP de la empresa*, 2005, 104-107; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 133 ss.

<sup>169</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 529.

<sup>170</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 530.

<sup>171</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 530.

<sup>172</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 1988*, 530. En el mismo sentido, en España, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 36 s.

<sup>173</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 135.

empresarial”, con los problemas criminológicos y dogmáticos que supone, puede ir referida a delitos que no reúnen las características de delitos económicos, “conforme al criterio de los intereses jurídicos protegidos”<sup>174</sup>.

Más allá de esta crítica, frente a la que podría sostenerse que, precisamente, el concepto de criminalidad de empresa, desarrollado por SCHÜNEMANN, no busca identificarse con el concepto de delitos económicos o Derecho penal económico, lo que sí me genera ciertas dudas es la afirmación que hace el autor alemán en el sentido de que los delitos pertenecientes a la categoría “criminalidad en la empresa” no presentarían las peculiaridades y problemas dogmáticos, criminológicos y político-criminales que sí plantean los delitos pertenecientes a la llamada criminalidad de empresa. Lo anterior porque, con dicha afirmación, se estarían excluyendo de esa problemática y desde un principio, por ejemplo, delitos como el de administración desleal (art. 252 CP), en el que se exige que el administrador cause un perjuicio al patrimonio que administra, o incluso delitos de estafa, apropiación indebida, falsedad documental, entre otros, cuando la empresa o algunos de sus miembros son los perjudicados con la actuación. Considero que en estos supuestos no puede rechazarse, de plano, la posibilidad de que se presenten problemas de imputación penal iguales o muy similares a los de la “criminalidad de empresa”<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 135.

<sup>175</sup> Sirva como ejemplo de esto último la STS 905/2014, de 29 diciembre (RJ 2014\6716), en la que se analiza la responsabilidad penal de, entre otros acusados, un socio y a la vez administrador solidario de tres sociedades, y de su esposa, quien trabajaba como administrativa en el departamento de administración común de las tres sociedades. Dos de esas sociedades se dedicaban a la comercialización de vehículos, y una de ellas a la explotación de coches en régimen de alquiler. Dentro de los hechos probados, destaco aquí los siguientes, extraídos de la sentencia: “1º.- Dado que como consecuencia del sistema de facturación de los coches nuevos y, concretamente, de la no inclusión en el importe facturado de los gastos de matriculación cobrados a los clientes, se generaba normalmente una diferencia a favor de éstos (sic), los acusados confeccionaban unos recibos aparentando la devolución de las respectivas cantidades a los compradores, firmándolos por su orden los mismos empleados del departamento de administración, lo que permitía a los acusados sacar de caja el importe correspondiente y disponer del dinero, que hicieron suyo./ 2º.- Cuando de ventas de vehículos usados se trataba, los acusados facturaban por un precio inferior al abonado por los clientes, cuando no contabilizaban la operación por un importe para seguidamente anularla indicando un precio superior, quedándose con la diferencia./ 3º.- Cargaron en las cuentas de las sociedades gastos estrictamente personales (...)” (la cursiva es mía). Entre otros delitos, el TS analizó la responsabilidad de los acusados por el delito de apropiación indebida y de falsedad documental. En la sentencia se tratan temas complejos como el de la administración de hecho, la calificación de la acusada como cómplice o coautora (el TS se decide por esto último, entendiéndose que ambos acusados realizaban acciones que “determinaban el dominio del hecho de la apropiación continuada”). Y un tema que está latente en el relato de los hechos, pero cuyo análisis se echa de menos en la sentencia, es el de la posible responsabilidad penal de los empleados que firmaron los recibos confeccionados por los acusados, como si fueran clientes, “siguiendo las órdenes” de aquellos. Con lo anterior pretendo mostrar cómo algunos supuestos que, en la calificación realizada por SCHÜNEMANN,

Planteado en otros términos, no veo por qué este grupo de delitos que se cometen en el seno de la empresa tiene que estar excluido de la problemática que genera la estructura empresarial en el análisis de la atribución de responsabilidad penal de las personas físicas. Así, por ejemplo, una decisión de los miembros de la junta directiva, que es ejecutada por órganos inferiores en la jerarquía empresarial, y que persigue el detrimento del patrimonio de la empresa o de algunos de sus socios, genera problemas de atribución penal propios de las decisiones colectivas, de la estructura jerárquica y de la distribución de tareas, que los supuestos más “tradicionales” de atribución de responsabilidad penal no generan<sup>176</sup>.

Así, para concluir este apartado, y como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>177</sup>, lo peculiar de delitos como la estafa, los delitos societarios, los delitos contra el sistema financiero (que este autor denomina como “delitos económicos” en su sentido más estricto), y de los delitos que se producen en la actividad económica (“delitos económicos” en su sentido más laxo, según este autor), como aquellos relacionados con la responsabilidad penal por productos defectuosos, o los delitos medioambientales, “lo que los convierte en un problema especial de autoría y participación o, mejor aún, de atribución de responsabilidad penal entre los distintos intervinientes, es que a menudo se producen en el seno de una empresa económica, es decir, en el de una estructura compleja que se caracteriza, entre otras notas, por las de distribución de funciones y división del trabajo y de jerarquía, especialización y complementariedad (también descentralización de las decisiones y controles, a menudo)”<sup>178</sup>. Al análisis de estas notas distintivas de la estructura empresarial me dedicaré en el siguiente apartado.

---

podrían calificarse de “criminalidad en la empresa”, presentan problemas dogmáticos y político-criminales diferentes a los de los supuestos “clásicos”.

<sup>176</sup> O –un segundo ejemplo– el análisis de las llamadas “conductas neutrales” puede plantearse también en supuestos en que el trabajador, en el marco de su actividad profesional, ejecuta una orden de su superior, a sabiendas, por ejemplo, de que este pretende, con ello, apropiarse de recursos de la propia empresa.

<sup>177</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 116 s.

<sup>178</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 117.

## D) El dato fundamental: la actuación en el seno de la estructura empresarial

Con lo dicho hasta aquí, es posible constatar que el criterio fundamental, que hace que se justifique un análisis independiente de los criterios de determinación de la autoría y la participación en la empresa, es el de la actuación en el seno de la estructura empresarial, más allá de conceptos como el de Derecho penal económico, delitos económicos, criminalidad económica o criminalidad empresarial, que resultan, o bien demasiado amplios, porque abarcan conductas que pueden llevarse a cabo fuera del ámbito de la empresa –como puede ser el caso de los conceptos de Derecho penal económico, delitos económicos o criminalidad económica–, o bien demasiado estrechos, al dejar fuera supuestos en los que la estructura empresarial juega un papel importante para la atribución de responsabilidad penal –este podría ser el caso, como acabo de exponer, del concepto de criminalidad de empresa–.

En efecto, son muchos los autores que, de manera expresa o no, terminan privilegiando el dato de la estructura empresarial en sus análisis<sup>179</sup>. Cabe mencionar aquí a SCHÜNEMANN<sup>180</sup>, HEINE<sup>181</sup>, KUHLEN<sup>182</sup>, SCHUMANN<sup>183</sup>, OTTO<sup>184</sup>, ROTSCH<sup>185</sup>, BOTTKE<sup>186</sup>, DANNECKER<sup>187</sup>, VOGEL<sup>188</sup>, URBAN<sup>189</sup>, SCHMITT-LEONARDY<sup>190</sup> y ZIESCHANG<sup>191</sup>, en Alemania; y a BAJO FERNÁNDEZ<sup>192</sup>, PAREDES CASTAÑÓN<sup>193</sup>,

---

<sup>179</sup> Incluso SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 64, afirma, al respecto, que “todos los estudios sobre los delitos de empresa coinciden en atribuir especial relevancia a la estructura organizativa que es inherente a tal entidad”.

<sup>180</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 30 ss.; *ADPCP 2002*, 16; *Temas actuales*, 2002, 129, 192 ss.

<sup>181</sup> HEINE, *ADP 1996*, 2.

<sup>182</sup> KUHLEN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 238.

<sup>183</sup> SCHUMANN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 209.

<sup>184</sup> OTTO, *Jura 1998*, 409 s., quien, entre otras características de la actividad empresarial, se refiere a la división del trabajo, la descentralización y la delegación (410).

<sup>185</sup> ROTSCH, *Individuelle Haftung*, 1998, 74 ss.; *ZStW 112 (2000)*, 532, 561.

<sup>186</sup> BOTTKE, *RP 4 (1999)*, 25.

<sup>187</sup> DANNECKER, *RP 7 (2001)*, 41, 51.

<sup>188</sup> VOGEL, *RP 8 (2001)*, 99, 104.

<sup>189</sup> URBAN, *Mittelbare Täterschaft*, 2004, 24.

<sup>190</sup> SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität*, 2013, *passim*, especialmente 750 ss.

<sup>191</sup> ZIESCHANG, *GA 2014*, 94.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>194</sup>, SILVA SÁNCHEZ<sup>195</sup>, PÉREZ CEPEDA<sup>196</sup>, NÚÑEZ CASTAÑO<sup>197</sup>, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>198</sup>, ÍÑIGO CORROZA<sup>199</sup>, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS<sup>200</sup>, GRACIA MARTÍN<sup>201</sup>, MEINI MÉNDEZ<sup>202</sup>, ROBLES PLANAS<sup>203</sup>, FARALDO CABANA<sup>204</sup>, GALLEGO SOLER<sup>205</sup>, BERRUEZO<sup>206</sup>, FEJOO SÁNCHEZ<sup>207</sup>, MONTANER FERNÁNDEZ<sup>208</sup>, PEÑARANDA RAMOS<sup>209</sup>, TERRADILLOS BASOCO<sup>210</sup>, DEMETRIO CRESPO<sup>211</sup>, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>212</sup>, GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>213</sup>, GARCÍA CAVERO<sup>214</sup>, MIRÓ LLINARES<sup>215</sup>, SILVA

---

<sup>192</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *DPE*, 1978, 44 s.

<sup>193</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 139 ss.; en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 290 ss.

<sup>194</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 23; en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 121, 128.

<sup>195</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ (ed.)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), *LH-Roxin*, 1995, 368 s.; *CDJ 1997-II, passim*; en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 64.

<sup>196</sup> PÉREZ CEPEDA, *Responsabilidad de los administradores*, 1997, 21 s., 431.

<sup>197</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 19 s., 22 s., 32 s., 41, 166 ss.

<sup>198</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC 2001*, 60; *NFP 71 (2007)*, 116 s., 143.

<sup>199</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 27, 244 ss., 261 ss.

<sup>200</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, *passim*, especialmente 15 s., 33 ss.

<sup>201</sup> GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, 2003, 84, 86 ss.

<sup>202</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 36 s., 47 ss., 54, 61; *Dominio de la organización*, 2008, 182 ss.

<sup>203</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 26 s.

<sup>204</sup> FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, *passim*, especialmente 19 s., 310 ss.

<sup>205</sup> GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, *passim*, especialmente 53 s., 77 ss.; en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.): *Memento*, 2016, nm. 25 (11).

<sup>206</sup> BERRUEZO, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*, 2007, *passim*, especialmente 1, 81 ss.

<sup>207</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, *passim*, especialmente 49, 128 s., 155 ss., 179, 186 s., 205.

<sup>208</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, *passim*, especialmente 35 ss.; en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 406 ss.

<sup>209</sup> PEÑARANDA RAMOS, en: SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 162 ss.; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *Fraude a consumidores*, 2016, 236 ss.

<sup>210</sup> TERRADILLOS BASOCO, en: SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 14 ss.

<sup>211</sup> DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 105 ss.

<sup>212</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 202 ss.

<sup>213</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El Nuevo CP*, 2012, 48 s.

SÁNCHEZ<sup>216</sup>, CIGÜELA SOLA<sup>217</sup>, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>218</sup>, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>219</sup>, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ<sup>220</sup>, ZUGALDÍA ESPINAR<sup>221</sup> en la doctrina de habla hispana.

a. *La necesidad de atender a la estructura singular de cada empresa*

En la indagación por el contenido y la relevancia del concepto de “estructura empresarial”, me interesa destacar, en primer lugar, y siguiendo a GALLEGO SOLER<sup>222</sup>, que las organizaciones –y, de manera específica, las empresas– pueden adoptar estructuras muy diversas, dependiendo de múltiples factores. A esto cabe añadir que la propia estructura que adopte una empresa es dinámica, puede ir variando –y es normal que ello suceda– a medida que crece, pues sus funciones también se vuelven más complejas, los productos evolucionan y el funcionamiento de los mercados cambia<sup>223</sup>.

De ahí que, como señala acertadamente MONTANER FERNÁNDEZ<sup>224</sup>, se haga necesario atender a esa configuración propia de cada empresa, para que las consecuencias que de ella se deriven en la atribución de responsabilidad penal sean adecuadas o, en palabras de la autora, para trazar un “sistema de imputación realmente

---

<sup>214</sup> GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 355.

<sup>215</sup> MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 127.

<sup>216</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 64.

<sup>217</sup> CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 297 ss.

<sup>218</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 24. Ya desde el prólogo a la segunda edición el autor advertía sobre la novedad metodológica, con respecto a la primera edición, de elaborar su construcción teórica concediéndole un peso determinante –para el objeto de estudio– al criterio consistente en que “los hechos delictivos sean realizados en el contexto y práctica de una actividad económica y empresarial”.

<sup>219</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 484 s.

<sup>220</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal para directivos*, 2016, *passim*, especialmente 3 s., 296.

<sup>221</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.): *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 210 ss.

<sup>222</sup> GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 77. Este autor se detiene, además, en el análisis de las formas de organización más importantes (78 ss.). Al respecto, remito también al interesante trabajo de MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 42-51.

<sup>223</sup> GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 80.

<sup>224</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 41; en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 408. En un sentido similar, ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 247.

operativo”<sup>225</sup>. En este sentido sostiene –y comparto esa afirmación– que “la estructura organizativa que adopte una empresa constituye el esqueleto funcional o diseño organizativo de su actividad y perfila el esquema inicial de funcionamiento y de coordinación de sus miembros”<sup>226</sup>. La organización específica que adopte cada empresa será, entonces, un dato esencial en el análisis de la atribución de responsabilidad penal de las personas físicas que actúen en su seno.

#### b. Algunos aspectos comunes a las estructuras empresariales

Si bien es necesario, como dije arriba, atender a la estructura singular de la empresa, la doctrina ha identificado ciertos elementos o rasgos comunes a las estructuras empresariales, que resultan muy útiles para el análisis propuesto en este trabajo<sup>227</sup>. A continuación, expongo los aspectos que he considerado más relevantes, y frente a los que suele existir un mayor consenso doctrinal.

##### b.1. Escisión entre acción y decisión

Uno de los aspectos más característicos de la estructura empresarial es el de la separación entre la acción y la decisión (*Trennung von Handlung und Entscheidung*, en palabras de SCHÜNEMANN<sup>228</sup>), esto es, el hecho de que en muchos casos, si no en la mayoría, quien toma la decisión en la empresa no se corresponde con quien la ejecuta<sup>229</sup>. Se habla, también, de la “descentralización”<sup>230</sup> o “fragmentarización”<sup>231</sup> de

---

<sup>225</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 408.

<sup>226</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 408. En sentido similar HERNÁNDEZ BASUALTO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 245.

<sup>227</sup> En sentido similar, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 50, se refiere por ejemplo a que, si bien la estructura organizativa que adopte cada empresa condiciona el grado de flexibilización de su gestión, “siempre va a existir una dirección o autoridad central”, y, por ello, no se podrá hablar de una “completa ausencia de centralización en la dirección y gestión de la empresa, ni tampoco de una absoluta descentralización de estas facultades”.

<sup>228</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 5.

<sup>229</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 5.

<sup>230</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 34; *ADPCP 2002*, 16. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 117; MEINI MÉNDEZ, *Dominio de la organización*, 2008, 188.

estos procesos de acción y decisión, o, también, del “progresivo alejamiento de los centros de decisión, respecto de los agentes ejecutores”<sup>232</sup>.

En la caracterización de este fenómeno, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS<sup>233</sup> incluye un factor que a veces es pasado por alto: el papel que desempeñan los mandos medios con respecto a las decisiones que se toman en la empresa. En efecto, esta autora distingue tres grupos de sujetos que participan en este proceso: un primer grupo, que califica como “apéndice estratégico” de la empresa, compuesto por quienes toman las decisiones; un segundo grupo, el de la “línea intermedia de mando”, con la función de transmitir y coordinar las decisiones; y un tercer grupo, el del “núcleo de operaciones”, compuesto por quienes ejecutan las decisiones. En mi opinión, la descripción de esta autora da cuenta, en mayor medida, del proceso de descentralización al que vengo haciendo referencia, al incluir el elemento fundamental –y generalmente en cabeza de los mandos intermedios– de la transmisión y coordinación de la decisión.

Este proceso también se ha querido describir en términos de escisión o disociación entre los sujetos que ejecutan de manera inmediata la conducta y los sujetos que realmente son *responsables* de la decisión<sup>234</sup>. No obstante, prefiero las descripciones que expuse antes, en tanto no introducen todavía ninguna consideración con respecto a la responsabilidad de los intervinientes, ni excluyen, de antemano, la posibilidad de que, en determinados supuestos, el ejecutor inmediato de una orden pueda responder penalmente.

---

<sup>231</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 215, quien señala que, en la empresa, “los centros decisionales están fragmentados de acuerdo a los roles funcionales, por lo cual el ‘iter’ formativo de la voluntad social también es complejo”. En un sentido similar, GALLEGU SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 57, quien advierte que en la empresa “unos sujetos son los que tienen conocimiento de la situación, otros tienen la capacidad de decisión y otros tienen la capacidad de ejecución típica”.

<sup>232</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 166.

<sup>233</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 33.

<sup>234</sup> En este sentido, por ejemplo, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 168 s.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 37, 43; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 19; PEÑARANDA RAMOS, en: SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 162; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Fraude a consumidores*, 2016, 236 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 511; BOLEA BARDON, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 66; ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 185 (29); RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal para directivos*, 2016, 135, 142, 303.



## b.2. Interacciones horizontales y verticales

Con una expresión, a mi modo de ver más adecuada y, quizás, menos estática que la de “plano” horizontal o vertical, ROBLES PLANAS<sup>235</sup> se refiere a las “interacciones” verticales u horizontales, presentes en la sociedad moderna. El término “interacción” puede dar una idea más clara –y dinámica– de las relaciones entre los distintos miembros de una organización empresarial<sup>236</sup>. Para ROBLES PLANAS<sup>237</sup>, la interacción vertical es propia de la estructura que se organiza jerárquicamente, y en ella se hace más evidente la especial problemática que plantean los fenómenos de delegación y asunción de competencias<sup>238</sup>. Con respecto a la interacción horizontal, además de advertir que en ella surgen también muchas cuestiones que la dogmática tradicional aún no resuelve, ROBLES PLANAS se refiere a la especial relevancia que en este tipo de interacción cobra la determinación de ámbitos de responsabilidad asociados, a diferencia de la interacción vertical, donde –añade este autor– el fenómeno de la disociación de responsabilidad es el principal<sup>239</sup>.

Aquí he querido relacionar, a efectos didácticos, la interacción vertical con el principio de jerarquía, y la interacción horizontal con el principio de división del trabajo<sup>240</sup>. No obstante, como advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>241</sup>, la división del trabajo no es exclusiva de las relaciones horizontales, aunque, como se verá enseguida, sí se manifiesta de manera más evidente en ellas.

---

<sup>235</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 26 s.; en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 187 (29).

<sup>236</sup> También se refiere a las interacciones empresariales, en términos de verticalidad y horizontalidad, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 74; y a la división horizontal y vertical de tareas, CERVINI/ADRIASOLA, *DP de la empresa*, 2005, 108 s.

<sup>237</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 28.

<sup>238</sup> También este autor considera que es en la interacción vertical donde son más frecuentes los supuestos de intervención a partir de las llamadas “conductas neutrales” o “profesionalmente adecuadas”: ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 29.

<sup>239</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 30.

<sup>240</sup> En un sentido muy similar, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 121, pone de relieve que en una empresa “participan una pluralidad de personas físicas, con una organización formal compleja basada, en el plano horizontal, en los principios de división del trabajo y reparto de competencias, deberes y funciones, y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía”. También alude a esta correspondencia, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 32; BOLEA BARDON, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 64.

<sup>241</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 203 s.

i. Interacciones horizontales. Principios de división del trabajo, especialización y complementariedad

Siguiendo los planteamientos de PAREDES CASTAÑÓN<sup>242</sup> sobre los principios organizativos del proceso productivo, el principio de división del trabajo puede entenderse como aquel en virtud del cual “cada sujeto interviniente en el proceso asume la competencia funcional para determinar un cierto momento del mismo”<sup>243</sup>. Como pone de relieve SCHÜNEMANN<sup>244</sup>, la división del trabajo es, entonces, una condición básica para el funcionamiento de todas las organizaciones empresariales. En efecto, resulta difícilmente imaginable la realización de una actividad compleja, en la que interviene un grupo de personas, con un objetivo común, sin acudir al mecanismo de la división del trabajo<sup>245</sup>.

De la aplicación de este mecanismo en la empresa se derivan dos consecuencias fundamentales: en primer lugar, que al repartirse el trabajo entre los miembros de la organización, aparecen determinadas esferas de competencia<sup>246</sup>, o, mejor aún, de responsabilidad individual, que se interrelacionan entre sí. En segundo lugar, cada miembro de la organización no desempeña su función de manera aislada, sino vinculada a la “actividad global de la empresa”<sup>247</sup>. Podría hablarse, entonces, de dos subprincipios asociados al de división del trabajo en la empresa: la especialización y la complementariedad, respectivamente.

---

<sup>242</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 142. Siguen también esta descripción NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 167; ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 245.

<sup>243</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 142. Por su parte, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 82, describe este principio como “la subdivisión o desglose de un proceso económico de producción o de un proceso administrativo en actividades todas ellas engranadas, de manera que su unión produce el efecto deseado por la dirección de la empresa”.

<sup>244</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 30.

<sup>245</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 82; en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 410, quien señala que la división de trabajo “es una técnica absolutamente internalizada en cualquier ámbito de actividad en el que participa un determinado número de personas con un objetivo común”. Sobre el principio de división del trabajo puede verse, también, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 22; ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 245; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 15 s.; GALLEGU SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 77, 82.

<sup>246</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 82; BOLEA BARDON, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 64.

<sup>247</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 82.

En relación con la especialización laboral, afirma GALLEGO SOLER que esta motiva a que “el trabajo esté dividido en diversas materias, de tal modo que, contemplada la organización como un todo, cada una de las labores específicas es complementaria de las demás”<sup>248</sup>. Así, señala, nos encontramos en la estructura empresarial con distintos miembros que actúan en ámbitos formalmente separados (por ejemplo, el de la producción, la gestión, la comercialización, entre otros) pero siempre vinculados por un plan común: “la maximización económica y la viabilidad empresarial a largo plazo”<sup>249</sup>. Lo anterior conecta directamente a la especialización con el principio de complementariedad, según el cual “la aportación al proceso de cada sujeto interviniente se complementa, en el contexto de un plan común –‘programa de actuación’–, con las de los restantes sujetos”<sup>250</sup>.

ii. Interacciones verticales. Principio de jerarquía y delegación

La verticalidad de la interacción en la empresa va ligada al principio de jerarquía, y da lugar, en términos muy básicos, al binomio “*superior jerárquico / trabajador subordinado*”<sup>251</sup>. Desde el punto de vista específico del proceso de producción, el principio de jerarquía implica que “las aportaciones de los sujetos no son libres, sino que están sometidas a una común dirección, con capacidad para aceptarlas, modificarlas o rechazarlas, y para ubicarlas en uno u otro momento del proceso productivo”<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 82.

<sup>249</sup> GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 82.

<sup>250</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 142 [= en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 292].

<sup>251</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 78.

<sup>252</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 142 [= en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 292]. También, sobre el principio de jerarquía y sus implicaciones en la atribución de responsabilidad penal en la empresa, v., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 34 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, 2000, 22 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 15 s.; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 76 ss.; en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 411 ss.

Ya desde un punto de vista más general, considero importante aludir a la matización conceptual propuesta por MONTANER FERNÁNDEZ<sup>253</sup>. Esta autora distingue entre dos dimensiones de la jerarquía: la dimensión estructural y la dimensión operativa, que se corresponde, en su opinión, con el principio de jerarquía. La primera de estas dimensiones atiende a la organización estructural y al modelo de gestión adoptado en la empresa, del que se derivan los distintos niveles jerárquicos, mientras que la segunda dimensión representa un “criterio orientativo” para delimitar las competencias de los sujetos que intervienen dentro de la organización<sup>254</sup>.

Esta autora relativiza la eficacia del principio de jerarquía en la empresa, bajo el entendido de que no cabe su aplicación rígida, “ni a todo tipo de empresa ni, dentro de una misma empresa, a todos sus niveles estructurales”<sup>255</sup>. Con respecto a lo primero, sostiene que el principio de jerarquía en sentido estricto solo puede operar en organizaciones con un poder de mando muy marcado, y en las que un sujeto ostente las facultades de dirección y decisión<sup>256</sup>; con respecto a lo segundo, MONTANER FERNÁNDEZ pone de relieve las diferencias de operatividad del principio entre los niveles más inferiores de la organización –donde el principio tendría sus repercusiones más importantes, debido a la existencia real de una relación vertical, y a las menores capacidades decisorias de los subalternos–, y los niveles superiores –por ejemplo, la relación entre el director del departamento de producción y el director general de una empresa– en los que el principio de jerarquía tendría escasa o nula operatividad, debido al mayor conocimiento y a las mayores facultades de decisión del subordinado<sup>257</sup>.

Aunque considero loable el intento de matización conceptual que propone esta autora frente al principio de jerarquía, creo, al mismo tiempo, que su planteamiento requiere matices. En este sentido, no puede perderse de vista la calidad de “criterio *orientativo*” que la propia autora le ha atribuido al principio bajo análisis. Teniendo en cuenta esa calidad, considero que el principio de jerarquía también puede tener operatividad en organizaciones en las que el poder de dirección y decisión no está en

---

<sup>253</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 77.

<sup>254</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 77.

<sup>255</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 79.

<sup>256</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 79. en: DÍAZ CORTÉS (coord.), *Temas actuales*, 2011, 412.

<sup>257</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 80 s.

cabeza de una misma persona (que serían, además, la mayoría de organizaciones empresariales). Además, –y esto es trasladable a los demás principios que rigen las estructuras empresariales– es necesario tener en cuenta que los principios organizativos no son equivalentes a los criterios de atribución de responsabilidad penal, sino que es precisamente en el contraste entre ambos donde debe encontrarse “el origen de la necesidad de condensar tales principios organizativos en concretas reglas de imputación jurídico-penal”<sup>258</sup>. La autora, sin embargo, parece asociar la operatividad del principio organizativo de jerarquía, con sus necesarias consecuencias en la determinación de la responsabilidad penal, lo que no siempre sucederá (de ahí, reitero, su carácter de criterio orientativo).

Otra manifestación importante de las interacciones verticales es el fenómeno de la delegación, entendida como el proceso mediante el cual un sujeto encarga a otro la realización de ciertas tareas o funciones, en principio asignadas a aquel<sup>259</sup>. En esa medida, el fenómeno de la delegación, en la empresa, se explica como “consecuencia de la necesidad práctica de un sistema organizado”<sup>260</sup>, en el cual no pueden concurrir, en una sola persona física, todas las funciones. En efecto, y como ponen de relieve PIÑA ROCHEFORT/COX VIAL<sup>261</sup>, la posibilidad de delegar es “consustancial” a la actividad de la empresa y al fenómeno, antes expuesto, de la división del trabajo<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 144. Muy similar en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 292

<sup>259</sup> En sentido similar, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 84; en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 311, 315 (44).

<sup>260</sup> GALLEGOS SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 102.

<sup>261</sup> PIÑA ROCHEFORT/COX VIAL, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 211.

<sup>262</sup> En un sentido similar FRISCH, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 121, afirma que “la delegación resulta lícita, no solo por el interés que ello tiene para el funcionamiento de la empresa, sino también por los beneficios para terceros, ya que permite aprovechar las ventajas de la especialización”; SILVA SÁNCHEZ, *CDJ 1997-II*, 14; ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 269 s., se refiere a lo habitual que es el proceso de delegación en las empresas, y de las ventajas de la especialización que aquel proceso genera; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, 2008, 121 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 107, señala que “la delegación de funciones es, sin duda, una necesidad en las organizaciones de las empresas complejas, que responde a la idea de la ‘división del trabajo’, pero igualmente a una exigencia de racionalización y efectividad en la tutela de bienes jurídicos”; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 204; CESANO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 204; BOLEA BARDON, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 62.

Aquí no me detendré, todavía, en el análisis detallado de las consecuencias de la delegación para la atribución de la responsabilidad penal. Baste, por ahora, destacar su importancia como elemento de la organización empresarial, su frecuencia en la dinámica de la actividad económica, y su consecuente relevancia para la determinación de la responsabilidad penal en este contexto.

### b.3. Otros elementos relevantes en la organización empresarial

#### i. El principio de confianza

En estrecha relación con los fenómenos de delegación de funciones y de división del trabajo, se presenta también, como elemento destacado en las interacciones empresariales (horizontales y verticales, aunque con diferente rendimiento en unas y otras, como se verá enseguida), el llamado principio de confianza<sup>263</sup>.

Parece existir acuerdo en que este principio, desarrollado fundamentalmente por la jurisprudencia alemana y española para el campo de la circulación<sup>264</sup>, puede ser aplicado en el ámbito empresarial, donde podría concretarse, como expone PAREDES CASTAÑÓN, en que “no es posible afirmar de forma general (...) que exista un deber de controlar lo sucedido en fases del proceso productivo anteriores a aquella en la que uno interviene y, por el contrario, cada sujeto tiene derecho a ‘confiar’ en una correcta intervención de los restantes”<sup>265</sup>.

No obstante, y en consonancia con el análisis de las interacciones verticales y horizontales, a las que me he referido en este capítulo, algunos autores, pese a reconocer la aplicación de este principio en el ámbito empresarial, advierten de que este impone ciertas restricciones específicas para dicho ámbito, sobre todo en lo que tiene que ver

---

<sup>263</sup> Para una exposición detallada del principio de confianza, véase, por todos, ROXIN, *PG*, 1997, § 24 nm. 21-31, 1004-1008 y la exhaustiva obra de MARAVER GÓMEZ, *Principio de confianza*, 2009.

<sup>264</sup> Y que en ese ámbito se concretó en que “todo sujeto (en la circulación todo conductor) que se comporte en una situación peligrosa con la debida diligencia (...) puede confiar en principio en que los demás participantes en el tráfico se comportarán a su vez con el cuidado debido, a no ser que en virtud de circunstancias del caso concreto deba tener motivos para pensar lo contrario”: LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 18/35.

<sup>265</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 171.

con la actuación del superior jerárquico. En efecto, –y como se verá con más detalle en el desarrollo de esta investigación– el nivel de confianza permitido se va a reducir de manera considerable para aquel, en los casos de división del trabajo vertical. En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, “la vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que tiene una posición subordinada, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación y al poder dentro de la empresa”<sup>266</sup>.

ii. La conformación de una actitud criminógena de grupo

Como último aspecto que me interesa destacar dentro de este análisis, está el de la posibilidad de que la estructura empresarial pueda servir como factor para la conformación de una actitud criminógena de grupo<sup>267</sup>. Reservé este tema para el final de la sección porque encuentro que la existencia de esa actitud criminógena no resulta tan evidente en una organización empresarial que, por esencia, no persigue fines delictivos. No obstante, tampoco puede rechazarse de plano esta posibilidad, y, de hecho, como señala SCHÜNEMANN<sup>268</sup>, los estudios desde la criminología, la psicología, la psicología social y la sociología de la organización apuntan, precisamente, a la conclusión de la existencia de un factor criminógeno por la pertenencia a una organización<sup>269</sup>.

Si bien el análisis de este elemento desborda los alcances de esta investigación, pues, como se ha visto, requiere un estudio interdisciplinar más profundo, me interesa traer a colación los distintos factores a los que se refiere SILVA SÁNCHEZ<sup>270</sup>, y que, sumados unos a otros, podrían ayudar a fundamentar una actitud criminógena de grupo

---

<sup>266</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 196.

<sup>267</sup> Para una exposición detallada de las dinámicas de grupo, sus mecanismos de neutralización, y sus efectos sobre la atribución de responsabilidad penal, remito al interesante trabajo de ROTSCH, *Individuelle Haftung*, 1998, 27 ss.

<sup>268</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 19 ss., especialmente 21.

<sup>269</sup> Sin embargo, para este autor, la sola pertenencia a la organización no es, de por sí, un factor criminógeno; lo será –añade–, siempre y cuando exista una actitud criminal en la organización. Sostiene que, de lo contrario, los controles internos para una correcta gestión representan un factor, de primer rango, de resistencia al delito: SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, 22 s., 60. Se refiere también a la “influencia estructural” que la empresa ejerce sobre sus integrantes, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, 300 ss.

<sup>270</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 64 s.

en la empresa, y dar lugar, incluso, a una “importante disminución de responsabilidad”<sup>271</sup>.

En primer lugar, SILVA SÁNCHEZ se refiere a la existencia de “numerosas distorsiones cognitivas”, dentro de las cuales menciona, a título de ejemplo, los “sesgos de emulación, adaptación y confirmación”<sup>272</sup>. En segundo lugar, alude a la motivación altruista con la que actúa el subordinado, al considerar que lo hace por el bien de la empresa, lo que implica que su inhibición para actuar disminuya; en tercer lugar, este autor pone de relieve la “cierta dejación de responsabilidad”, la desviación de la responsabilidad moral “hacia arriba”, que ocurre cuando el subordinado actúa en el marco de una estructura jerárquica, con un responsable superior; por último, advierte de que, al actuar dentro de un colectivo, el sistema de normas del Derecho penal puede entrar en colisión con los sistemas de normas propios del grupo, lo que genera que el sujeto “se forme un código –sintético– propio”<sup>273</sup>. Como otros aspectos que contribuyen a la disminución del sentido de responsabilidad, este autor se refiere, además, a la necesidad de adaptación al medio, la solidaridad con este y la rutina que puede generar la fungibilidad de la posición que se ocupa dentro de la organización. También hace referencia a la distancia que existe, tanto en términos de espacio como de tiempo, entre la conducta del sujeto y la afectación a determinada víctima, y concluye que la actuación en grupo “se ve sometida a importantes mecanismos de neutralización del significado de la conducta delictiva”<sup>274</sup>.

También ZÚÑIGA RODRÍGUEZ<sup>275</sup> se ha pronunciado sobre los “efectos desinhibidores respecto a la amenaza de la pena”, que, en ciertos supuestos, puede provocar la pertenencia al grupo. En el caso de la pertenencia a una empresa, señala que esta tiene efectos neutralizantes muy importantes, debido a la “dependencia de los

---

<sup>271</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 65. En este sentido resulta interesante la propuesta de MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 72 s., quien considera que la actitud criminal de grupo refleja la posibilidad de que en la empresa exista una escala de valores diferente a la que fundamenta las normas primarias del Derecho penal, lo que propiciaría que, cuando determinados miembros de la empresa actúen influenciados por esa actitud criminal colectiva, lo hagan muchas veces en estado de error de prohibición.

<sup>272</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 65.

<sup>273</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 65.

<sup>274</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 65.

<sup>275</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 214.



trabajadores a su puesto de trabajo”<sup>276</sup>. En este sentido, sostiene que la necesidad de conservar el puesto de trabajo puede generar que los miembros de una institución realicen “comportamientos no deseados y que no se realizarían en situaciones individuales”<sup>277</sup>. Para esta autora, incluso, una organización posee diferencias cualitativas con respecto a un grupo de personas, porque está estructurada “bajo un fin común”, y, en esta medida, no es solamente una suma de individuos sino un “ente autónomo con funcionalidad propia”<sup>278</sup>.

Con independencia de lo debatido de esta cuestión, creo que, en la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas dentro de la empresa, no puede pasarse por alto el dato de la pertenencia a la organización como un posible factor que, bajo determinadas condiciones, puede llegar a disminuir la responsabilidad penal de algunos de los intervinientes en el delito.

Al hilo de lo anterior, y como reflexión final de este capítulo, quiero insistir en la importancia de atender a la estructura propia de cada empresa, a la manera en que interactúan sus miembros y se distribuyen las funciones<sup>279</sup>, y a la influencia, en ellos, de aspectos como la división del trabajo, la jerarquía, la delegación, el principio de confianza, e incluso la propia pertenencia al grupo. Volviendo a lo que afirmé antes, son esas particularidades, propias de una estructura compleja como la empresa, las que hacen que los delitos cometidos en su seno presenten dificultades específicas para la atribución de responsabilidad penal entre sus intervinientes<sup>280</sup>. De ahí la elección del concepto “estructura empresarial” para delimitar el ámbito de esta investigación.

---

<sup>276</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 214.

<sup>277</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 214.

<sup>278</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación*, 3ª, 2009, 214.

<sup>279</sup> En la misma línea, GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 81, señala que “no se puede afirmar apriorísticamente cuáles son los deberes y facultades de actuación con relevancia jurídica si se desconoce cómo se distribuyen las funciones (formales y materiales) en el seno de una empresa”.

<sup>280</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 117.

## ***Recapitulación***

1. La RPPJ no es una solución adecuada ni necesaria frente a las dificultades que presenta la atribución de responsabilidad penal en el seno de las empresas. Y no lo es, tanto por razones dogmáticas como por razones de política criminal.
2. Las razones dogmáticas se fundamentan, básicamente, en el rechazo a la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica; objeción que no ha podido ser superada de manera satisfactoria, ni por los modelos de heterorresponsabilidad, ni por los modelos de autorresponsabilidad.
3. En cuanto a las razones de política criminal, puede afirmarse, en primer lugar, que no es cierto que la normativa europea o internacional exija la introducción de la RPPJ; en segundo lugar, no existen razones que fundamenten la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual en el ámbito de la empresa, como tampoco razones que fundamenten un mayor efecto preventivo de la RPPJ; por último, los efectos directos de las penas a las personas jurídicas recaen sobre terceros ajenos a la comisión del hecho delictivo.
4. El caso de Estados Unidos representa el mejor ejemplo de las consecuencias adversas y las distorsiones que la introducción de la RPPJ puede provocar en el sistema penal en su conjunto. En ese país, la RPPJ se ha convertido, básicamente, en herramienta de negociación, para facilitar la persecución de los responsables individuales, a costa de la violación de garantías fundamentales del Derecho penal.
5. La alternativa frente a las dificultades de atribución de responsabilidad penal en las estructuras empresariales debe ser el fortalecimiento de los instrumentos dogmáticos y procesales para la identificación y graduación de la responsabilidad de las personas físicas que actúan en el seno de las empresas.
6. El dato fundamental, del que se derivan las peculiaridades y dificultades de atribución de responsabilidad penal por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial, no es su clasificación como delitos económicos, ni su consideración como formas de criminalidad económica o de criminalidad de

empresa. El dato fundamental, que además debe ser tenido en cuenta al momento de depurar las responsabilidades individuales dentro de la empresa, es el de la estructura empresarial, con las características y elementos organizativos que de ella se derivan: escisión de los procesos de decisión y ejecución, división del trabajo, especialización, complementariedad, jerarquía, delegación de funciones, principio de confianza e, incluso, la posible configuración de un factor criminógeno de grupo.

## CAPÍTULO II

### CONCEPTOS DE AUTOR Y CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

#### 1. INTRODUCCIÓN

Una vez delimitado el objeto de estudio de esta investigación, esto es, el análisis de la determinación de la autoría y la participación de las personas físicas en delitos cometidos en el seno de la estructura empresarial, se hace ineludible la pregunta por el concepto de autor del cual se parte. La respuesta a esa pregunta desembocará, a su vez, en la elección del criterio de delimitación entre autoría y participación que considero más conveniente, tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal.

Antes de abordar esa discusión, resulta importante subrayar que en este capítulo no pretendo hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los conceptos de autor y de los criterios de delimitación entre autoría y participación<sup>1</sup>, sino destacar los aspectos más relevantes de unos y otros, para su posterior aplicación al ámbito concreto de la investigación. Ello explica que me detenga más en las particularidades y evolución de algunas de las teorías, o en las críticas (y réplicas) de otras, en tanto aporten elementos valiosos para el análisis que aquí me he propuesto.

A continuación, entonces, explicaré los tres conceptos de autor más relevantes en la evolución de la doctrina penal, para detenerme, en un segundo momento, en algunas de las teorías que han pretendido establecer criterios de delimitación entre autores y partícipes.

---

<sup>1</sup> Para ello remito a dos monografías que abordan de manera exhaustiva el tema, y que son referente obligado para quienes se interesan en el análisis de la autoría y la participación en Derecho penal. En Alemania, la obra de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed., 1963); y en España, la obra de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991.

## 2. CONCEPTOS DE AUTOR

### A) Concepto unitario de autor

#### a. Breve caracterización<sup>2</sup>

El concepto unitario de autor se caracteriza por la renuncia a distinguir entre autores y partícipes (entendiendo aquí la participación en sentido estricto, como intervención en el hecho de otro). En esta medida, todas las formas de intervención en el delito se encuadran, según los defensores de este concepto, en una única figura de autoría<sup>3</sup>.

Como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>4</sup>, una de las versiones del concepto unitario, que podría denominarse como clásica, causal o formal, tiene como fundamento la idea de la equivalencia causal de todas las condiciones en la producción del resultado. De ello se deriva que “todo interviniente causalmente en un hecho es condición o causa del resultado del mismo en igual medida; por tanto, no cabe hacer distinciones entre

---

<sup>2</sup> Para una caracterización más completa del concepto unitario de autor, v., entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 259 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 43 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140; *DPCr 76-2004*, 35 s.; *REJ 10-2008*, 13 s.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 5 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 20 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 32 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 75 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 34 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 2 ss., quien hace especial énfasis en el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 20 ss.; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 2 s. (5 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 2 s., 64-66); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 8 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 195 ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 2007, 45 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 241 ss. La caracterización que hago aquí es breve porque, en la misma línea de SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 1, considero que ya se ha evidenciado por parte de la doctrina las carencias de las teorías unitarias, y no tiene sentido extenderse en la exposición de argumentos que ya han sido esgrimidos y reiterados de manera suficiente.

<sup>3</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 43 ss., quien advierte de que esta única figura de autoría puede adquirir “la denominación general de participación, intervención, colaboración, codelincuencia o expresiones similares”, (47) pero sigue siendo autoría. En igual sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 57. Destaca, por su parte, la definición que hace PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 270, del concepto unitario de autor, como una variedad del concepto extensivo –que explicaré más adelante–. En este sentido define aquel como “un concepto extensivo en el que se renuncia a distinguir (objetiva o subjetivamente) autores y partícipes: un concepto extensivo de autor sin causas de restricción de la tipicidad o de la pena”.

<sup>4</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 68; *DPCr 76-2004*, 35.

esos intervinientes”<sup>5</sup>. Lo anterior va ligado a la importancia que se le dio a la causalidad en la doctrina penal del positivismo naturalista, y que hace que la teoría de la participación se conciba, en esta versión del concepto unitario, como unida a la de la causalidad<sup>6</sup>.

No obstante, en este punto cabe señalar que no todos los defensores del concepto unitario de autor han partido del fundamento causal. Las versiones más modernas del concepto unitario (se podría hablar aquí de un concepto unitario material o funcional<sup>7</sup>) parten de la idea común del igual merecimiento y necesidad de pena<sup>8</sup> de todas las formas de intervención, y de razones utilitarias. Estas versiones se inclinan más hacia la concepción de la “imputación recíproca de hechos y cualidades entre los participantes, que *responden de modo autónomo y no accesorio*”<sup>9</sup>.

Y es justamente esto último, es decir, el rechazo a la accesoriedad, uno de los rasgos más característicos de los sistemas unitarios frente a los diferenciadores<sup>10</sup>. Lo anterior cabe predicarlo tanto de la versión clásica como de las versiones más modernas del concepto unitario. En este sentido, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “si se parte de la idea de que los hechos delictivos son obras de una (o varias personas) en las que otros pueden colaborar, que otros pueden fomentar en distinto grado, es decir obra de un ‘maestro’ apoyado por distintos ayudantes, entonces el sistema asociativo delictivo aparece como un sistema de planeta y satélites, de figura central (autor) y figuras marginales (partícipes); si, por el contrario, se piensa que el hecho delictivo es

---

<sup>5</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 68; *DPCr 76-2004*, 35. En sentido similar, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 32 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 196, quienes se refieren a este como el concepto unitario formal.

<sup>6</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 68.

<sup>7</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140.

<sup>8</sup> V. GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 196 s.

<sup>9</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 91 (la cursiva es mía). Más adelante amplía esta última idea cuando explica que en el sistema unitario “ocurriría algo similar a lo que sucede en la coautoría de los sistemas diferenciadores: el hecho se contempla como obra de varias personas, no de una ayudada por otras” (115). Sobre las versiones más modernas del concepto unitario de autor, v., también, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 310; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 53 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 196 ss.

<sup>10</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 117. La accesoriedad se refiere a la dependencia de unas formas de intervención frente a otras. Se trata, aquí, de la llamada accesoriedad cualitativa, que se pregunta, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 980, por los elementos del delito que deben estar presentes en el hecho del autor para poder castigar a quien participa en él. Insiste también en esta idea del rechazo a la accesoriedad en el concepto unitario de autor, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 47, quien afirma que en estos sistemas rige, por el contrario, el principio de responsabilidad autónoma de los intervinientes en el hecho punible.

siempre obra de cuantos intervienen en él, que los actos de unos repercuten en los de otros, pero que el conjunto se comprende como obra de todos, nos alejamos de la idea de accesoriadad cualitativa”<sup>11</sup>, tal como lo hace el concepto unitario de autor.

*b. Algunas críticas*<sup>12</sup>

La primera de las críticas que suele hacerse al concepto unitario de autor recae sobre el fundamento causal de su versión clásica, que implicaría que cualquier contribución causal a un resultado previsto en un tipo penal sería típica y debería castigarse como autoría. Este fundamento causal tiene, en efecto, un punto de partida incorrecto, al pretender dar respuesta desde lo naturalístico o fáctico al asunto valorativo de determinar cuáles formas de intervención deben prohibirse y por qué<sup>13</sup>.

No obstante, frente a esta primera crítica cabe hacer dos observaciones: en primer lugar, y como ya mencioné antes, no todos los defensores de un concepto unitario parten de un fundamento causal; en segundo lugar, la mayoría de los defensores de este concepto consideran que es posible distinguir entre las aportaciones de los intervinientes en un suceso, pero tal distinción prefieren hacerla en la determinación de

---

<sup>11</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 121.

<sup>12</sup> Para un análisis más exhaustivo de las críticas al concepto unitario de autor, remito a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 451; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 3 (6) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 3, 65 s.); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 224 ss. (= *PG*, II, 7ª, 1995, § 47, 287 ss.); PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 263 ss., quien presenta un paralelismo de las críticas dirigidas al concepto unitario y al extensivo; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 69 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140, 149 s.; JAKOBS, *AT*, 1991, 594 ss. (= *DP*, *PG*, 1997, 719 ss.); LUZÓN PEÑA, en: *Estudios Penales*, 1991, 199 s.; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 61 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 11 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª, 1996, 645 s. (= *PG*, 5ª, 2002, 695); LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 66 ss., 109; SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios*, T. I, 3ª, 2001, 523 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 12; BLANCO LOZANO, *PG*, T. I, 2005, 456; CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 336; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 384; *PG*, 2010, 1013; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª, 2007, 59 ss.; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, 9ª, 2015, 500; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 9ª, 2015, 461, 469; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 482.

<sup>13</sup> En este sentido, por ejemplo, ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 3 (6) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 3, 65), critica al concepto unitario de autor porque amplía de manera intolerable la punibilidad, al reducir la realización típica a la causalidad. Y esta misma razón es la que, más adelante, lo lleva a preferir un concepto restrictivo de autor, al menos para el delito doloso, al considerar que este parte de la idea correcta para distinguir entre autores y partícipes: la realización del tipo y no la causación (nm. 5.). En un sentido similar, JAKOBS, *AT*, 1991, nm. 6 (720) (= *DP*, *PG*, 1997, nm. 6, 596) advierte de que el concepto unitario desconoce la distinción entre ejecución e influencia en la ejecución de otro interviniente y, de esta manera, “atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible”.

la pena y no desde un principio, en el análisis del tipo. Lo anterior implica, entonces, que deba matizarse la crítica hecha al concepto unitario en virtud de su fundamento causal<sup>14</sup>.

Una segunda crítica que suele hacerse a este concepto tiene que ver con la ampliación exacerbada de la punición de la tentativa<sup>15</sup>. Como explica LÓPEZ PEREGRÍN<sup>16</sup>, quienes esgrimen esta crítica sostienen que el concepto unitario de autor lleva a castigar conductas muy alejadas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, imponiéndoles la pena de la autoría intentada a conductas que en los sistemas diferenciadores serían de participación intentada impune. En otras palabras, las formas de participación de un concepto restrictivo serían formas de autoría en el concepto unitario, y lo que en aquel sería tentativa impune de participación, en este sería tentativa punible de autoría<sup>17</sup>.

También esta crítica se ha matizado bajo la consideración de que en los sistemas unitarios no se castigan todos los supuestos de participación intentada, y en los sistemas diferenciadores no se respeta totalmente la accesoriedad cuantitativa, pues a menudo se castiga la inducción intentada<sup>18</sup>. Así, como lo advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>19</sup>, tanto el sistema unitario como el diferenciador terminan estableciendo excepciones a la que sería una plasmación consecuente de los principios que los fundamentan<sup>20</sup>. Sin embargo, aunque se llegue a una misma solución desde ambos sistemas, coincido con este autor –y, con ello, me anticipo en algo a las conclusiones de este apartado– en considerar más conveniente un sistema restrictivo, en tanto resulta preferible “partir de un sistema de tipos estrictos, aunque ello pueda dar lugar a la producción de lagunas;

---

<sup>14</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 73.

<sup>15</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 133 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, nm 5-6 (594 s). [= *DP, PG*, 1997, nm. 5-6 (719 s.)]; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 66 s.; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 3 (6) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 3, 65).

<sup>16</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 66 s. En igual sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 133

<sup>17</sup> Así lo explica, también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 133.

<sup>18</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 67. Esta autora reconoce, no obstante, que el castigo de la participación intentada en los sistemas diferenciadores es la excepción, y cuando se acepta se hace con respecto a la inducción y nunca a la complicidad intentada.

<sup>19</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 140.

<sup>20</sup> Por ejemplo, y como explica LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 67 s., algunos defensores del sistema unitario consideran posible evitar la consecuencia de la punición indiscriminada de la participación intentada, a partir del establecimiento de límites expuestos en la regulación de la tentativa.



lagunas que, por otra parte, el legislador podrá colmar con excepciones al sistema allá donde parezca aconsejable. Pero será preferible un olvido del legislador y por tanto una laguna de punición que una punición excesiva”<sup>21</sup>.

Parece, entonces, que la crítica más sólida frente al concepto unitario de autor viene dada por su ausencia de accesoriadad<sup>22</sup> que, como ya expuse en la caracterización del concepto, resulta ser su rasgo más distintivo<sup>23</sup>. Tal y como sostiene PEÑARANDA RAMOS<sup>24</sup>, para los sistemas unitarios, en la conducta del otro interviniente no tiene que concurrir, en principio, ninguna cualidad especial, sino que es suficiente con que “varias actividades de distintos sujetos aparezcan combinadas y conjuntamente realicen la totalidad de los elementos típicos del delito correspondiente”<sup>25</sup>. Para este autor, ahí reside, justamente, la principal objeción que cabe hacerle a la adopción de un sistema unitario: la “dudosa compatibilidad con el respeto debido al principio de determinación en la descripción de los comportamientos punibles”<sup>26</sup>. Lo anterior –sostiene PEÑARANDA RAMOS– se evita en los sistemas de participación con la exigencia de que, para poder castigar a los intervinientes en la realización de un delito, al menos uno de ellos cumpla la totalidad de los elementos típicos del referido delito. De esta manera, explica, deja de ser indiferente la cualidad de la conducta que sirve de referencia: debe tratarse de una conducta que, en el caso de actuar solo una persona, esta se convertiría en autora del delito en cuestión. Este sería el significado primario del principio de accesoriadad de la participación: la definición estricta del ámbito de lo punible<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 140. En un sentido muy similar, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 110, 372; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 55 s.

<sup>22</sup> Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 326 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 130-133; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140; JAKOBS, *AT*, 1991, nm 5-6 (594 s). [= *DP, PG*, 1997, nm. 5-6 (719 s.)].

<sup>23</sup> Para una caracterización más profunda del principio de accesoriadad, v. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, quien hace un recorrido por el origen y la evolución histórica de este principio (29 ss.), y más adelante se detiene en el análisis del significado actual de la accesoriadad de la participación (235 ss.).

<sup>24</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 326 s.

<sup>25</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 326.

<sup>26</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 327.

<sup>27</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 327. En un sentido muy similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 130-133; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140.

## B) Concepto extensivo de autor

### a. Breve caracterización<sup>28</sup>

La previa caracterización del concepto unitario de autor me exime de extenderme en la exposición del concepto extensivo, en tanto puede entenderse que este “es un concepto unitario en el que se establecen marcos penales diferenciados”<sup>29</sup>. En efecto, para el concepto extensivo, como para el unitario, también es autor todo aquel que interviene en el proceso causal que desemboca en un hecho típico; sin embargo, para aquel, solo la existencia de preceptos de participación hace que estas conductas abandonen el ámbito de la autoría para entrar al de la participación. Estos preceptos serían, entonces, causas de restricción de la tipicidad<sup>30</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el concepto extensivo se caracterizaría, frente al unitario, porque pretende ser aplicable de *lege lata* en sistemas que sí diferencian entre autores y partícipes, y los preceptos de participación supondrían, como ya se ha dicho, causas de restricción de la punibilidad o la tipicidad<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Para una caracterización más completa de este concepto, v., entre otros, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 28 ss.; AT, II, 2003, § 25 nm. 4 (6 s.) (= DP, PG, T. II, § 25 nm. 4, 66); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT, II, 7ª, 1989, § 47, 232 ss. (= PG, II, 7ª, 1995, 296 ss.); PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 271 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 253 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 140 s.; DPCr 76-2004, 36 s.; JAKOBS, AT, 1991, nm. 8 (596 s) (= DP, PG, 1997, nm. 8 (721); GONZÁLEZ RUS, en: CDJ 1994-39, 65 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 15 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 21 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 366 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, DP, PG, 5ª, 1999, 735 s.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 43; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 23 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 231 ss.

<sup>29</sup> Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 294.

<sup>30</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 255.

<sup>31</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 255.

b. *Algunas críticas*<sup>32</sup>

Si, como se ha dicho, el concepto unitario y el extensivo coinciden, en gran parte, en su caracterización, también coinciden en la mayoría de las críticas, y a ellas remito<sup>33</sup>. Ahora bien, en cuanto a la accesoriedad, sí cabe una apreciación adicional: como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>34</sup>, algunos de los partidarios del concepto extensivo la admiten para hacerlo compatible con el Derecho positivo; sin embargo, con ello traicionan los presupuestos de dicho concepto. Por otra parte, los que rechazan la accesoriedad, terminan tratando la inducción y la complicidad como formas de autoría, por lo que el concepto extensivo no es más que un concepto unitario funcional de autor que contradice al Derecho positivo y que, por las razones antes expuestas, resulta menos ventajoso que el restrictivo, del que me ocuparé en el siguiente apartado.

---

<sup>32</sup> Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed, 1963), 28 ss.; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 4 (6 s.) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 4 66); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 232 ss. (= *PG*, II, 7ª, 1995, 296 ss.); PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 263 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 271; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 141.; JAKOBS, *AT*, 1991, nm. 8 (596 s.) (= *DP*, *PG*, 1997, nm. 8 (721); GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 65 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP*, *PG*, 18ª, 1995, 797; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 370 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP*, *PG*, 5ª, 1999, 735 s.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 23 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 384 s.; *PG*, 2010, 1014.

<sup>33</sup> Apartado 2. A) b. de este capítulo. En igual sentido, JAKOBS, *AT*, 1991, nm. 8 (596 s.) [= *DP*, *PG*, 1997, nm. 8 (721)]; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 271, 348.

<sup>34</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 141; *DPCr 76-2004*, 36 s.

## C) Concepto restrictivo de autor<sup>35</sup>

### a. Breve caracterización<sup>36</sup>

Al exponer previamente las características más relevantes de los conceptos unitario y extensivo de autor, por contraste ya se ha ido perfilando la caracterización del concepto restrictivo. En efecto, a diferencia de aquellos, el concepto restrictivo de autor parte de la idea fundamental de que no todos los que intervienen en un hecho delictivo son autores, sino algunos de ellos, los que realizan el tipo. En este sentido, entonces, los preceptos normativos sobre participación serían dispositivos amplificadores del tipo penal, o, lo que es igual, causas de extensión de la tipicidad<sup>37</sup>.

A lo anterior se añade la característica principal del concepto restrictivo, en la que ya se ha hecho hincapié: la admisión de la accesoriedad, a la que están sometidos los partícipes. Esta es, sin duda, la pieza fundamental del sistema y, en definitiva, lo que lo hace preferible a otros, porque permite una mayor precisión de la descripción típica y, por tanto, una mayor conformidad con los principios del Estado de Derecho<sup>38</sup>. Tal y como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, esta es la principal ventaja del sistema diferenciador o concepto restrictivo, “y lo que le confiere una mayor conexión con el mandato de concreción o determinación de los tipos”<sup>39</sup>. En palabras de ROXIN, “al igual que con la formación de los tipos, también en la distinción de las formas de

---

<sup>35</sup> Considera DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 407, que sería más correcto hablar de “interpretación restrictiva de los tipos”, que de concepto restrictivo de autor, pues también muchos partidarios de los conceptos unitario y extensivo de autor buscan derivar dichos conceptos de los tipos penales. No obstante, por la brevedad en la expresión y por la amplia aceptación de la terminología, señala que seguirá hablando de concepto restrictivo, como también se hará aquí.

<sup>36</sup> Para una caracterización más amplia del concepto restrictivo de autor, v. JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 527 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 407 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 141; *DPCr 76-2004*, 37 s.; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 65 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 379 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 133 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, 3 s.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 186; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 50 ss.; *La cooperación necesaria*, 2004, 117; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 306 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 28 ss.; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 5-6 s. (7) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 4-5, 66 s.); MARAVER GÓMEZ, en: JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, 629 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 225 ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª, 2007, 129 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 265 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 9ª, 2015, 461.

<sup>37</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 407 s.

<sup>38</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 130 s, 407 s.

<sup>39</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 132.

participación el legislador persigue el fin de limitar desde criterios del Estado de Derecho el poder punitivo”<sup>40</sup>.

### b. Algunas críticas

Si bien no son frecuentes las críticas de la doctrina frente al concepto restrictivo de autor, que es acogido mayoritariamente<sup>41</sup> (al menos frente a los delitos dolosos, pues, con respecto a los delitos imprudentes, existen muchos autores que defienden la aplicación de un concepto unitario<sup>42</sup>, sobre todo en Alemania<sup>43</sup>), sí se encuentran

---

<sup>40</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed, 1963), 30.

<sup>41</sup> Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: *ADPCP 1969*, 461, 476, 480, 483; JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 527 s., quien sostiene que este concepto es el punto de partida aceptable, porque se fundamenta en la descripción de la acción contenida en el tipo legal. No obstante, para este mismo autor, en los delitos imprudentes toda forma de cooperación causal es autoría (526), y por tanto, defiende un concepto unitario de autor para estos delitos (533); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 480 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 325; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 130 ss., 200 ss., 407 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 141 s.; *DPCr 76-2004*, 37 s.; *REJ 10-2008*, 14 s.; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 203, 207, 218; RUIZ ANTÓN, en: *LH-Del Rosal*, 1993, 963 s., 966, 969; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 65 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 41 y *passim*; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 325 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 102, 110, 372, quien, si bien admite que ninguno de los dos sistemas ofrece un tratamiento de la codelinquencia sin fisuras, y en ambos se hace necesario incluir excepciones para llegar a soluciones más justas, considera preferible un sistema diferenciador porque permite “una interpretación restrictiva de los tipos, más fácilmente conciliable con el principio de intervención mínima y el de legalidad” y “una delimitación más exacta y estricta de las conductas típicas” (110); Díez Ripollés, *RDPC I (1998)*, 28-30, 39, 48; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 191 ss.; en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 415; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 133 ss., quien destaca que la accesoriadad de la participación cumple una función de garantía y tiene su significado primario en delimitar estrictamente el ámbito de lo punible para los partícipes, mostrando un menor rigor punitivo, lo que conduce a que el sistema diferenciador se ajuste mejor a los postulados del Derecho penal de un Estado de Derecho; FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, 3 s.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 186; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, 1999, 43, 62, 65, 69; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 107 ss.; *La cooperación necesaria*, 2004, 117; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 11; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 54, 55 n. 44, 210; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La “codelinquencia” en los delitos imprudentes*, 2001, 16, 84, 86 ss., 99 s.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 306 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 53 ss.; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 5-6 (7) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 5-6, 66 s.), para los delitos dolosos; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 34, 165, 168 ss.; MARAVER GÓMEZ, en: JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, 629 s., 655, 658 s.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 7; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 141, 155, 212, 226-228, 345; BACIGALUPO SAGESSE, *Delitos de infracción de deber*, 2007, 17 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente*, 2007, 55, 118 s.; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 35, 229; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, *PG*, 4ª, 2010, 399; MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 325 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 461; MARTÍNEZ-BUIÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, *passim*, especialmente 423 n. 7, 425 n. 13, 435.; *EPCr 38 (2018)*, 157.

<sup>42</sup> Cfr., entre otros, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 526, 533; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 124 s., 507; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 380, 387; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 212; ROXIN, *AT*, II, 2003,

algunas voces, sobre todo desde posturas radical o fuertemente normativizadoras, que cuestionan e incluso rechazan la aplicación de tal concepto con sus consecuencias<sup>44</sup>. A estas posturas haré referencia más adelante y con mayor profundidad, cuando aborde los criterios de diferenciación entre autores y partícipes.

Por lo pronto, entonces, destaco la crítica que en España realiza BLANCO LOZANO<sup>45</sup> a este concepto. Señala que el concepto restrictivo de autor parte de presupuestos equivocados y conduce a conclusiones también equivocadas al considerar que la ley penal opera de manera extensiva cuando sanciona a los partícipes. Sostiene que son muchos los supuestos en que la intervención del partícipe es absolutamente determinante para la ejecución del hecho y tan relevante causalmente como la del propio autor. A ello añade que, si se afirma que la ley se expande o incluso se extralimita cuando castiga a los partícipes, esto implica desconocer la función del Derecho penal como protector de bienes jurídicos<sup>46</sup>.

Frente a esta crítica cabe decir, en primer lugar, que un concepto restrictivo de autor no desconoce la relevancia *causal* de las diferentes intervenciones en un hecho, pero precisamente reconoce que no es el aspecto causal el determinante para definir quién o quiénes de los que intervienen en un hecho son autores o partícipes; en segundo

---

§ 25 nm. 8 (8) (= DP, PG, T. II, § 25 nm. 8, 68). Para este autor, en el Derecho penal alemán vigente rige, con carácter absolutamente general, un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 415; HERNÁNDEZ BASUALTO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 221; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 531.

<sup>43</sup> No obstante, destaca en la doctrina alemana la posición de RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegrif*, 1997, *passim*, especialmente 51, 73, 301, quien considera necesario diferenciar entre tipos de autoría y de participación, tanto en el delito doloso como en el imprudente. Su concepto restrictivo de autor para ambas modalidades de delito (doloso e imprudente) es una derivación de lo que considera como principio de autonomía, según el cual el autor es la última persona que, actuando sola o conjuntamente, produce el resultado, y lo hace de forma responsable y autónoma (301).

<sup>44</sup> Al respecto resulta significativa, en Alemania, la postura de LESCH, *ADPCP 1995*, 927 ss., quien rechaza la posibilidad de una diferenciación cualitativa entre autoría y participación, y es enfático en su crítica a un concepto restrictivo de autor (931-937). En una línea muy similar, aunque más matizada, JAKOBS, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 93, 118, considera el dominio como una cuestión cuantitativa, que servirá para determinar la medida de la calificación de la intervención (93). Más adelante sostiene que un “cierto residuo” del dominio del hecho se encuentra en la codelincuencia. Para estos supuestos, reitera que el dominio del hecho es una cuestión cuantitativa, para determinar si el interviniente es autor o partícipe, pero previa a esa cuantificación está la determinación de quién interviene y quién no, porque solo presta una contribución neutral “que no lo vincula con el colectivo”. Aparte de ese “residuo”, considera que el dominio del hecho “puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia” (118). De manera similar, en España, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 265 ss.

<sup>45</sup> BLANCO LOZANO, *PG*, T. I, 2005, 457.

<sup>46</sup> BLANCO LOZANO, *PG*, T. I, 2005, 457.

lugar, que los preceptos sobre participación sean considerados como causas de extensión de la tipicidad no implica que los defensores de un concepto restrictivo consideren a estos preceptos como “extralimitaciones”, sino como el reconocimiento de que las conductas de los partícipes también contribuyen a la afectación del bien jurídico, y de ahí la importancia de estos preceptos, que hacen posible su castigo; y, por último, el autor ha criticado antes<sup>47</sup> al concepto unitario por resultar incompatible con las exigencias de interpretación de la ley penal, “ya que obliga a una interpretación extensiva de los tipos en aras de la inclusión, a modo de sujetos activos de los mismos, de individuos que no reúnen los requisitos típicamente exigidos para ello”, y añade que el concepto unitario desconoce la distinción entre “*ejecución del hecho* (autoría en sentido estricto)” e “*influencia en la ejecución ajena del hecho* (participación)”<sup>48</sup>. Si bien estas críticas al concepto unitario son, en mi criterio, correctas, se contradicen con lo que BLANCO LOZANO afirma unas líneas después acerca del concepto restrictivo, y que ya he expuesto arriba.

*c. La opción por un concepto restrictivo de autor vs. las tendencias a un concepto unitario o extensivo*

Ya he hecho explícita aquí la conveniencia de optar por un concepto restrictivo de autor. Dicha opción, por supuesto, debe ser compatible con lo previsto en la legislación penal. En este sentido, es mayoritaria en la doctrina española la opinión que considera que, además de posible, resulta más adecuado interpretar el CP desde un concepto restrictivo<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> BLANCO LOZANO, *PG*, T. I, 2005, 456.

<sup>48</sup> BLANCO LOZANO, *PG*, T. I, 2005, 456.

<sup>49</sup> Al respecto, v. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 102, quien se inclina por un sistema diferenciador aunque acepta como posible la interpretación del CP español a partir del sistema unitario funcional; Díez RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 28-30; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 133 s., 135 s., opta por un concepto restrictivo de autor (133 s.), aunque considera que desde un punto de vista teórico se puede admitir la compatibilidad del concepto unitario de autor con el CP español; no obstante, advierte de que también se pueden interpretar los preceptos legales de manera tal que permitan afirmar que el CP acoge un sistema diferenciador (135 s.); BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 50; REBOLLO VARGAS, *ADPCP 2000*, 139 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *EP-Valle Muñiz*, 2001, 580-582; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La “codelincuencia” en los delitos imprudentes*, 2001, 16, 84, 86 ss., considera que el actual CP impone utilizar un mismo concepto de autor para todos los ilícitos penales, dolosos o imprudentes, y ese es el concepto restrictivo de autor (16). Añade que, con la entrada en vigencia del CP de 1995, la ley “ha decidido como opción expresa la adopción de un sistema restrictivo de autor” (84). Dentro de los argumentos para sostener lo anterior

Sin embargo, como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>50</sup>, habiendo optado por un concepto restrictivo de autor, lo que no puede hacerse es ampliar en ciertos casos este concepto por razones de merecimiento y necesidad de pena, salvo que la ley establezca esas excepciones. Lo contrario –sostiene– puede incluso suponer un ataque más grave a la seguridad jurídica que un concepto unitario “construido prudentemente”.

Una de esas ampliaciones del concepto restrictivo es detectada, por ejemplo, por MARAVER GÓMEZ<sup>51</sup> en la concepción doctrinal de la posición de garante. En efecto, argumenta que puede desembocarse fácilmente en un concepto unitario de autor cuando en la determinación de la responsabilidad de un sujeto se apela, de manera genérica, a la posición de garante o a la competencia general sobre el hecho, sin especificar si dicha competencia está mediada o no, y si da lugar a una responsabilidad como partícipe o como autor, respectivamente. Añade que, si no se realiza este matiz, no solo se renuncia a la diferenciación entre autores y partícipes, sino que, además, “se pierde precisión en la determinación de los distintos criterios que permiten reconocer esa competencia y que, por tanto, justifican la imputación –directa o indirecta– del tipo penal”<sup>52</sup>.

Por su parte, ROBLES PLANAS<sup>53</sup> también se refiere a estas ampliaciones del concepto restrictivo, pero desde la interpretación jurisprudencial. En este sentido, afirma que la jurisprudencia del TS, por ejemplo, aunque parte de la defensa de un concepto

---

menciona el hecho de que se establecen claramente las diferencias entre autores y cómplices, y en el art. 28 CP se distingue entre quienes “son autores” y quienes “también serán considerados autores” (86 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 142, quien considera que, si bien el art. 28 CP aporta un indicio de que el Código parte de un concepto restrictivo de autor, pues parece distinguir entre los que realmente son autores y los que no lo son pero responden con la misma pena, el tenor del artículo no es tan claro como para descartar que acoge un concepto unitario de autor. Sin embargo, estima conveniente interpretar el CP de acuerdo con el concepto restrictivo de autor; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 309, reconoce que el CP permitiría sostener un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos y uno unitario para los delitos imprudentes; sin embargo, considera preferible el tratamiento unificado; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 276, 345, sostiene que “de los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal no puede extraerse la imposición legal de un determinado sistema de autoría y participación”, y admite tanto la defensa de sistemas unitarios como diferenciadores, si bien considera que estos últimos se adaptan mejor a las expresiones “son autores” y “serán considerados autores” (345); ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, PG, 4ª, 2010, 399, señala que el CP español acoge un concepto restrictivo de autor y que reconoce “el principio de referencia al tipo como presupuesto ineludible de cualquier concepto y clase de autoría”.

<sup>50</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 202; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 142; *DPCr* 76-2004, 38; *REJ* 10 (2008), 15.

<sup>51</sup> MARAVER GÓMEZ, en: JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, 658.

<sup>52</sup> MARAVER GÓMEZ, en: JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, 658.

<sup>53</sup> ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 175 (28) y 179 (29).



restrictivo de autor y de la teoría del dominio del hecho, en los delitos imprudentes suele prescindir de ambos y hace que todos los intervinientes respondan como autores<sup>54</sup>. Y en los delitos dolosos –añade–, la jurisprudencia no se esfuerza por desarrollar el criterio del dominio del hecho sino que “tiene una concepción pragmática de autoría, identificando bajo ese título todas las aportaciones de relevancia para el hecho (...) y dejando para el concepto de participación a la complicidad, esto es, a las aportaciones secundarias, periféricas, en definitiva de menos importancia”<sup>55</sup>.

Una situación similar es puesta de relieve en Alemania por ROXIN<sup>56</sup>, quien se refiere a las “tendencias a la autoría unitaria”, tanto desde la jurisprudencia, como desde el plano legislativo, y, en este, sobre todo, en delitos de organización y en el Derecho penal económico. En este punto cita varios ejemplos, entre ellos el del § 265 (abuso de seguro), en el que se castiga como autor también al que se alza con la cosa asegurada para ayudar al tomador del seguro. Sostiene que, con este tipo de formulaciones, se anulan las diferencias entre las formas de intervención, y ello debe rechazarse con énfasis, pues estos desarrollos resultan, en palabras de ROXIN, “contrarios al sistema y cuestionables desde el punto de vista del Estado de Derecho”<sup>57</sup>.

Lo descrito por ROXIN para el ordenamiento penal alemán es trasladable al caso español. En este sentido, resulta paradigmático el art. 368 CP<sup>58</sup>, frente al que, una muy numerosa jurisprudencia del TS, ha afirmado que consagra un concepto extensivo<sup>59</sup> de

---

<sup>54</sup> ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 175 (28).

<sup>55</sup> ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 179 (29). Ya mucho antes, REBOLLO VARGAS, *ADPCP 2000*, 140 n. 18, había denunciado una situación similar frente a una STS, de 15 de noviembre de 1999, que confirmó otra de la AP de Alicante, en la que se condenó a algunos de los acusados como autores de los delitos de revelación de secretos y de cohecho, pero varios de ellos no tenían la calidad de funcionarios.

<sup>56</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 7 (8) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 7, 67 s.).

<sup>57</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 7 (8) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 7, 68).

<sup>58</sup> Art. 368. “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. / No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

<sup>59</sup> Algunas sentencias se refieren a un concepto unitario. Entre ellas destacan la STS 1179/2006, de 5 de diciembre; STS 574/2009, de 5 de mayo; STS 1161/2009, de 29 de octubre; STS 247/2011, de 5

autor, en virtud del cual “todos los actos que permiten la ejecución de las acciones principales resultan punibles como formas especiales de autoría, sin que, en principio, quepa la distinción entre diversas formas de participación”<sup>60/61</sup>. El TS reconoce solamente contadísimas excepciones a este tratamiento, a las que se refiere como “favorecimiento del favorecedor”<sup>62</sup>, “colaboración con el colaborador”<sup>63</sup>, “actividades

---

de abril; STS 706/2011, de 27 de junio; STS 777/2011, de 7 de julio; STS 772/2011, de 11 de julio; STS 890/2011, de 27 de julio; STS 726/2012, de 2 de octubre; STS 690/2013, de 24 de septiembre.

<sup>60</sup> STS 222/2001, de 17 de febrero.

<sup>61</sup> En STS 386/2004, de 27 de marzo, se llega incluso a afirmar que "cualquier forma de cooperación que favorezca el tráfico constituye una forma de autoría", y se confirma la condena como autor de quien señala posibles clientes. Por su parte, en la STS 40/2017, de 31 de enero, se dice del supuesto bajo examen, frente al que se confirma la condena como autores, que "esas tareas encajan en la autoría según una doctrina jurisprudencial rotunda y reiterada hasta la machaconería".

<sup>62</sup> STS 1078/2001, de 8 de junio; STS 1863/2001, de 20 de octubre; STS 643/2002, de 17 de abril; STS 1290/2002, de 8 de julio; STS 16681/2002, de 10 de octubre; STS 1991/2002, de 25 de noviembre; STS 323/2004, de 10 de marzo; STS 919/2004, de 12 de julio; STS 93/2005, de 31 de enero; STS 375/2005, de 6 de abril; STS 1090/2005, de 15 de septiembre; STS 22/2006, de 23 de enero; STS 53/2006, de 30 de enero; STS 65/2006, de 2 de febrero; STS 178/2006, de 16 de febrero; STS 888/2006, de 20 de septiembre; STS 965/2006, de 11 de octubre; STS 1009/2006, de 18 de octubre; STS 206/2007, de 8 de marzo; STS 209/2007, de 9 de marzo; STS 224/2007, de 19 de marzo; STS 828/2007, de 18 de octubre; STS 982/2007, de 27 de noviembre; STS 1056/2007, de 10 de diciembre; STS 117/2008, de 14 de febrero; STS 136/2009, de 10 de febrero; STS 219/2009, de 19 de febrero; STS 767/2009, de 16 de julio; STS 901/2009, de 24 de septiembre; STS 960/2009, de 16 de octubre; STS 1030/2009, de 22 de octubre; STS 1165/2009, de 24 de noviembre; STS 1353/2009, de 30 de diciembre; STS 115/2010, de 18 de febrero; STS 518/2010, de 17 de mayo; STS 656/2010, de 6 de julio; STS 796/2010, de 17 de septiembre; STS 826/2010, de 22 de septiembre; STS 1010/2010, de 17 de noviembre; STS 1105/2010, de 16 de diciembre; STS 185/2011, de 15 de marzo; STS 245/2011, de 21 de marzo; STS 836/2011, de 1 de junio; STS 630/2011, de 20 de junio; STS 769/2011, de 24 de junio; STS 890/2011, de 27 de julio; STS 1095/2011, de 18 de octubre; STS 207/2012, de 12 de marzo; STS 239/2012, de 23 de marzo; STS 732/2012, de 1 de octubre; STS 726/2012, de 2 de octubre; STS 821/2012, de 31 de octubre; STS 147/2013, de 27 de febrero; STS 218/2013, de 2 de marzo; STS 526/2013, de 25 de junio; STS 720/2013, de 8 de octubre; STS 855/2013, de 11 de noviembre; STS 945/2013, de 16 de diciembre; STS 6/2014, de 22 de enero; STS 115/2014, de 25 febrero; STS 209/2014, de 20 de marzo; STS 335/2014, de 14 de abril; STS 359/2014, de 30 de abril; STS 401/2014, de 8 de mayo; STS 425/2014, de 28 de mayo; STS 426/2014, de 28 de mayo; STS 474/2014, de 11 de junio; STS 554/2014, de 16 de junio; STS 499/2014, de 17 de junio; STS 612/2014, de 26 de septiembre; STS 641/2014, de 1 de octubre; STS 689/2014, de 21 de octubre; STS 681/2014, de 23 de octubre; STS 707/2014, de 30 de octubre; STS 841/2014, de 9 de diciembre; STS 881/2014, de 15 de diciembre; STS 47/2015, de 27 de enero; STS 59/2015, de 10 de febrero; STS 79/2015 de 13 de febrero; STS 15/2015, de 5 marzo; STS 265/2015, de 29 de abril; STS 495/2015, de 29 de junio; STS 793/2015, de 1 de diciembre; STS 800/2015, de 17 de diciembre; STS 859/2015, de 28 de diciembre; STS 296/2016, de 11 de abril; STS 307/2016, de 13 de abril; STS 386/2016, de 5 de mayo; STS 492/2016, de 8 de junio; STS 505/2016, de 9 de junio; STS 659/2016, de 19 de julio; STS 679/2016, de 26 de julio; STS 865/2011, de 16 de noviembre; STS 975/2016, de 23 de diciembre; STS 41/2017, de 31 de enero; STS 52/2017, de 3 de febrero; STS 73/2016, de 8 de febrero; STS 204/2017, de 28 de marzo; STS 357/2017, de 18 de mayo; STS 402/2017, de 1 de junio; STS 409/2017, de 6 de junio; STS 502/2017, de 3 de julio; STS 524/2017, de 7 de julio; STS 523/2017, de 7 de julio; STS 581/2017, de 19 de julio; STS 264/2018, de 31 de mayo; STS 274/2018, de 7 de junio; STS 332/2018, de 4 de julio; STS 559/2018, de 15 de noviembre; STS 577/2018, de 21 de noviembre.

<sup>63</sup> STS 1736/2000, de 15 de noviembre; STS 312/2007, de 20 de abril; STS 659/2007, de 6 de julio; STS 413/2008, de 30 de junio; STS 544/2011, de 7 de junio; STS 561/2012, de 3 de julio; STS 681/2014, de 23 de octubre.

tangenciales<sup>64</sup> y puramente accesorias”<sup>65</sup>, supuestos de “mínima colaboración”<sup>66</sup>, o “supuestos de colaboración de segundo orden”<sup>67</sup>, entre otras denominaciones. Sin embargo, en la mayoría de sentencias consultadas, incluso en aquellas en las que se mencionan estas excepciones, el TS considera que las conductas juzgadas no se ajustan a dichas excepciones y deben ser consideradas como de autoría<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> STS 145/2017, de 8 de marzo.

<sup>65</sup> STS 356/2001, de 6 de marzo; STS 1570/2001, de 14 de septiembre.

<sup>66</sup> STS 142/2000, de 28 de enero; STS 1638/2000, de 24 de octubre; STS 1078/2001, de 8 de junio; STS 1863/2001, de 20 de octubre; STS 643/2002, de 17 de abril; STS 1290/2002, de 8 de julio; STS 16681/2002, de 10 de octubre; STS 1991/2002, de 25 de noviembre; STS 178/2006, de 16 de febrero; STS 224/2007, de 19 de marzo; STS 861/2007, de 24 de octubre; STS 1002/2007, de 26 de noviembre; STS 856/2008, de 10 de diciembre; STS 136/2009, de 10 de febrero; STS 901/2009, de 24 de septiembre; STS 1165/2009, de 24 de noviembre; STS 111/2010, de 24 de febrero; STS 391/2010, de 6 de mayo; STS 771/2010, de 23 de septiembre; STS 981/2010, de 16 de noviembre; STS 312/2011, de 29 de abril; STS 440/2011, de 25 de mayo; STS 693/2011, de 10 de junio; STS 644/2011, de 30 de junio; STS 729/2011, de 12 de julio; STS 776/2011, de 20 de julio; STS 872/2011, de 21 de julio; STS 940/2011, de 27 de septiembre; STS 1044/2011, de 11 de octubre; STS 1095/2011, de 18 de octubre; STS 1115/2011, de 17 de noviembre; STS 561/2012, de 3 de julio; STS 821/2012, de 31 de octubre; STS 868/2012, de 16 de noviembre; STS 180/2013, de 1 de marzo; STS 379/2013, de 12 de abril; STS 649/2013, de 11 de junio; STS 526/2013, de 25 de junio; STS 115/2014, de 25 febrero; STS 209/2014, de 20 de marzo; STS 307/2014, de 1 de abril; STS 425/2014, de 28 de mayo; STS 499/2014, de 17 de junio; STS 15/2015, de 5 marzo; STS 265/2015, de 29 de abril; STS 656/2015, de 10 de noviembre; STS 859/2015, de 28 de diciembre; STS 77/2016, de 10 de febrero; STS 505/2016, de 9 de junio; STS 796/2016, de 25 de octubre; STS 357/2017, de 18 de mayo; STS 754/2017, de 24 de noviembre; STS 216/2018, de 8 de mayo.

<sup>67</sup> STS 93/2005, de 31 de enero; STS 1090/2005, de 15 de septiembre; STS 22/2006, de 23 de enero; STS 53/2006, de 30 de enero; STS 65/2006, de 2 de febrero; STS 888/2006, de 20 de septiembre; STS 965/2006, de 11 de octubre; STS 1009/2006, de 18 de octubre; STS 206/2007, de 8 de marzo; STS 1056/2007, de 10 de diciembre; STS 219/2009, de 19 de febrero; STS 1030/2009, de 22 de octubre; STS 115/2010, de 18 de febrero; STS 518/2010, de 17 de mayo; STS 656/2010, de 6 de julio; STS 1010/2010, de 17 de noviembre; STS 1105/2010, de 16 de diciembre; STS 185/2011, de 15 de marzo; STS 245/2011, de 21 de marzo; STS 836/2011, de 1 de junio; STS 544/2011, de 7 de junio; STS 630/2011, de 20 de junio; STS 890/2011, de 27 de julio; STS 207/2012, de 12 de marzo; STS 732/2012, de 1 de octubre; STS 726/2012, de 2 de octubre; STS 850/2012, de 23 de octubre; STS 147/2013, de 27 de febrero; STS 218/2013, de 2 de marzo; STS 720/2013, de 8 de octubre; STS 855/2013, de 11 de noviembre; STS 945/2013, de 16 de diciembre; STS 6/2014, de 22 de enero; STS 335/2014, de 14 de abril; STS 359/2014, de 30 de abril; STS 401/2014, de 8 de mayo; STS 426/2014, de 28 de mayo; STS 474/2014, de 11 de junio; STS 554/2014, de 16 de junio; STS 612/2014, de 26 de septiembre; STS 641/2014, de 1 de octubre; STS 689/2014, de 21 de octubre; STS 707/2014, de 30 de octubre; STS 841/2014, de 9 de diciembre; STS 881/2014, de 15 de diciembre; STS 47/2015, de 27 de enero; STS 59/2015, de 10 de febrero; STS 79/2015 de 13 de febrero; STS 495/2015, de 29 de junio; STS 793/2015, de 1 de diciembre; STS 800/2015, de 17 de diciembre; STS 296/2016, de 11 de abril; STS 307/2016, de 13 de abril; STS 386/2016, de 5 de mayo; STS 492/2016, de 8 de junio; STS 679/2016, de 26 de julio; STS 865/2011, de 16 de noviembre; STS 975/2016, de 23 de diciembre; STS 990/2016, de 12 enero de 2017; STS 204/2017, de 28 de marzo; STS 402/2017, de 1 de junio; STS 409/2017, de 6 de junio; STS 502/2017, de 3 de julio; STS 524/2017, de 7 de julio; STS 523/2017, de 7 de julio; STS 581/2017, de 19 de julio; STS 754/2017, de 24 de noviembre; STS 264/2018, de 31 de mayo; STS 274/2018, de 7 de junio; STS 332/2018, de 4 de julio; STS 559/2018, de 15 de noviembre; STS 577/2018, de 21 de noviembre.

<sup>68</sup> En efecto, de 339 sentencias consultadas, solo 12 reconocen la calidad de cómplice de algún o algunos de los intervinientes en el delito.

No obstante lo anterior, en varios pronunciamientos el TS ha reconocido que "la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar"<sup>69/70</sup>. Al respecto, la STS 473/2010, de 7 de mayo, marca también un punto de inflexión al afirmar que "ha de operarse con la norma de la complicidad, ya de forma directa o por la vía de la analogía". Aunque, como ya he dicho, no ha sido esta, ni mucho menos, la línea más frecuente en los pronunciamientos del TS referidos al art. 368, sí resulta, en mi criterio, la más conforme con un concepto restrictivo de autor.

A partir de este ejemplo se hace más evidente la necesidad de que, tanto en el plano legislativo, como en el doctrinal y el jurisprudencial, la opción por un concepto restrictivo se mantenga de manera consecuente, para evitar el riesgo de que las fronteras entre la autoría y la participación se desdibujen.

---

<sup>69</sup> Así en las STS 259/2003, de 25 de febrero; STS 120/2008, de 27 de febrero; STS 767/2009, de 16 de julio; STS 960/2009, de 16 de octubre; STS 1353/2009, de 30 de diciembre; STS 111/2010, de 24 de febrero; STS 391/2010, de 6 de mayo; STS 771/2010, de 23 de septiembre; STS 981/2010, de 16 de noviembre; STS 312/2011, de 29 de abril; STS 440/2011, de 25 de mayo; STS 693/2011, de 10 de junio; STS 644/2011, de 30 de junio; STS 729/2011, de 12 de julio; STS 776/2011, de 20 de julio; STS 872/2011, de 21 de julio; STS 940/2011, de 27 de septiembre; STS 1044/2011, de 11 de octubre; STS 1095/2011, de 18 de octubre; STS 239/2012, de 23 de marzo; STS 561/2012, de 3 de julio; STS 821/2012, de 31 de octubre; STS 379/2013, de 12 de abril; STS 526/2013, de 25 de junio; STS 945/2013, de 16 de diciembre; STS 115/2014, de 25 febrero; STS 209/2014, de 20 de marzo; STS 425/2014, de 28 de mayo; STS 499/2014, de 17 de junio; STS 689/2014, de 21 de octubre; STS 15/2015, de 5 marzo; STS 859/2015, de 28 de diciembre; STS 41/2017, de 31 de enero; STS 52/2017, de 3 de febrero; STS 73/2016, de 8 de febrero; STS 357/2017, de 18 de mayo.

<sup>70</sup> De manera similar, la STS 1234/2005, de 21 de octubre, establece que "si no queremos dejar en letra muerta la modalidad de participación del art. 29 CP, habrá que interpretar el tipo penal de tal suerte que permita dar acogida, aunque sea residualmente y con carácter excepcional, a formas de intervención en el delito que, por su escasa relevancia o nimiedad, no merezcan el reproche que el art. 368 CP prevé para los autores, parigualando puniciones para conductas de dispar gravedad". También la STS 117/2009, de 17 de febrero, señala que "por grave que sea el delito de tráfico de drogas -que lo es-, esa gravedad no puede constituirse en argumento para efectuar una interpretación que, de hecho, suponga una derogación de las reglas generales de la participación delictiva". En igual sentido, la STS 665/2009, de 24 de junio; y la STS 874/2010, de 22 de octubre.

### 3. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Una vez expuestos los diversos conceptos de autor y las ventajas de sostener, de manera coherente, un concepto restrictivo que distinga entre autores y partícipes, se hace necesario, como paso siguiente, establecer un criterio adecuado para realizar tal distinción. Este es, como sostiene GIMBERNAT ORDEIG<sup>71</sup>, el problema central de la teoría de la participación delictiva.

A continuación, expondré algunos de los criterios de distinción entre autoría y participación que han sido sostenidos por la doctrina, pero antes debo señalar que aquí solo haré referencia a los criterios o teorías que considero más relevantes para las reflexiones de las que me ocuparé en la segunda y tercera parte de este trabajo.

#### A) Teoría objetivo-formal

##### a. Breve caracterización<sup>72</sup>

De manera muy general puede afirmarse que, para la teoría objetivo-formal, autor es “aquel sujeto que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial”<sup>73</sup>. El carácter objetivo de la teoría, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>74</sup>, no implica la exclusión de elementos subjetivos, sino la oposición a lo subjetivo como elemento definatorio de la autoría, es decir, el rechazo a la exigencia de un elemento subjetivo especial en el autor. Por su parte, el carácter formal viene dado

---

<sup>71</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 11.

<sup>72</sup> Cfr., entre otros, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 36 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, especialmente 19 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 476 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 411 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 243 ss.; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 72 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 24 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 25 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 51 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 177 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 205 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 97 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 36 ss.; STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 310 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 255 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente*, 2007, 40 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 266 ss.

<sup>73</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 411; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr 76-2004*, 40.

<sup>74</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 443.

por la renuncia a poner de manifiesto los criterios materiales que los tipos consideran característicos del autor y que no concurren en los partícipes<sup>75</sup>.

Es posible distinguir dos versiones<sup>76</sup> de la teoría objetivo-formal: una primera versión, la clásica, considera que para ser autor basta con realizar alguna acción ejecutiva, entendida en el sentido de la tentativa<sup>77</sup>; para la segunda versión, modificada o moderna, es autor aquel “cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial”<sup>78</sup>. Como se verá en el siguiente apartado, la mayoría de las críticas que se le hacen a la teoría objetivo-formal son válidas para la primera de las versiones, pero no –o al menos no del todo– para la segunda.

Por último, si bien la teoría objetivo-formal ha sido una de las teorías con mayor acogida en Alemania y España, se ha abandonado por completo en el primero de los países, y ha perdido terreno en el segundo<sup>79</sup>; lo anterior, motivado, sobre todo, por el auge de la teoría del dominio del hecho en ambos países<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 445.

<sup>76</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 255 ss., hace referencia a más versiones de la teoría. Sin embargo, considero que pueden reconducirse a las dos que se exponen aquí, y que alguna que identifica como objetivo-formal (la determinación objetiva y positiva del hecho), en realidad no debería encuadrarse allí, como se mostrará más adelante.

<sup>77</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 445, 447.

<sup>78</sup> Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 219, 220. Este autor reconoce que identificar cuál es esa conducta, a veces resulta una tarea compleja en los delitos de resultado, en los que no se especifica cuál es la actividad que ha de producir la lesión del bien jurídico. Sostiene que es necesario, aunque no suficiente, “haber sido condición del resultado delictivo” (219), y aclara que en estos delitos muchas veces también es posible subsumir directamente en el tipo la conducta del autor mediato (220).

<sup>79</sup> En contra, MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 119, quienes sostienen que la doctrina mayoritaria española acoge la teoría objetivo-formal. Sin embargo, no presentan un balance que permita fundamentar esta afirmación. En España, como defensores de esta teoría, en su versión más moderna, destacan GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 249; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 461; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 479 s.; DEL ROSAL BLASCO, *CDJ 1994-XXXIX*, 218; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP, PG*, 18ª, 1995, 797; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 5ª, 1999, 747, para quienes autor es quien realiza el hecho, esto es, “el que lleva a cabo aquella conducta (acción u omisión) a la que cabe atribuir el sentido de la acción que se desprende del injusto tipificado por la Ley”. Añaden que el autor debe determinarse a partir de la “descripción lingüística de la acción típica” para toda clase de delitos, dolosos o imprudentes, de acción o de omisión; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 179 s.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 205 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 344 ss., 348; BENÍTEZ-ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente*, 2007, 56 s., 118 s.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 309; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *PG*, t. VI, 2010, 121; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 6ª, 2016, 308, 311. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 423 s., 443 n. 58, 446 s., muy recientemente ha sostenido que su teoría se ubica en una posición complementaria entre las dos versiones de la teoría objetivo-formal (443 n. 58). En efecto, este autor reconoce que su punto de partida para la determinación de la autoría es la perspectiva objetivo-formal, y que esta es la perspectiva que adopta “inequívocamente”

b. *Algunas críticas*<sup>81</sup>

Unas líneas más arriba señalé la importancia de ser coherente con la opción por un concepto restrictivo de autor. La primera de las críticas que se le hace a la teoría objetivo-formal –en su versión clásica– apunta, precisamente, a esa advertencia. En efecto, como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>82</sup>, esta versión resulta incompatible con un concepto restrictivo de autor desarrollado de manera coherente, porque iguala las acciones ejecutivas no típicas (por ejemplo, la acción de sujetar a la víctima de las lesiones) con las típicas (clavarle el cuchillo a la víctima), cuando es claro que ambas se enfrentan de manera diferente al tipo: las primeras indirectamente y las segundas directamente, y la norma tiene diferente urgencia o perentoriedad de evitar unas y otras.

---

el legislador español al definir al autor en el art. 28 CP, cuando indica que la conducta del autor es la de realizar el hecho (423). Señala que esa expresión “realizar” debe entenderse como “ejecutar”, en el sentido de la tentativa, y sostiene que ello aporta criterios materiales para restringir el concepto de autor (423 s.). Hace hincapié en que este es solo un punto de partida, pero que ello no quiere decir que acoja una versión clásica de la teoría objetivo-formal, “puesto que dicho punto de partida deberá ser completado con ulteriores criterios restrictivos (avanzando en la línea emprendida por la denominada versión moderna o modificada)”. (423 n.7). No obstante, más adelante (443 n. 58) advierte de que la tesis objetivo-formal moderna no puede ser aceptada a la luz de la redacción actual del CP, pues “la referencia expresa del art. 28-1 a la realización no puede ser interpretada como un mero formalismo vacío, sino justamente como el medio de conectar la Parte general y la especial, con el fin de extraer el concepto de autor en sentido estricto”. De acuerdo con lo anterior, pone de relieve que, según su concepción, para determinar la autoría es necesario ir más allá de la remisión al tipo de la Parte especial y centrarse en la conducta concreta llevada a cabo por el sujeto; todo ello con el fin de descubrir si dicha conducta “posee el significado de (cuando menos) ser constitutiva de una acción de tentativa de un tipo delictivo”. En definitiva, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ renuncia a un concepto general material de autor (446), y, en cambio, considera que la determinación de la autoría debe hacerse a partir de la interpretación de los verbos típicos, “conforme al uso común del lenguaje”, para establecer desde qué momento comienza la ejecución “y quién realiza el sentido inherente a dicha ejecución” (447); *EPCr* 38 (2018), 132 s., 135 s.

<sup>80</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 411.

<sup>81</sup> Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 36 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 33, 35 ss., 41; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP*, *PG*, 2ª, 1986, 476 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 243 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 464 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr* 76-2004, 41; *REJ* 10 (2008), 18; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ* 1994-39, 72 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 27 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 358; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 124 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 102 s.; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 263 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 38 ss.; en: *RP* 20 (2007), 171; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 158; STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 310 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 259 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 385 s.; *PG*, 2010, 1016 s.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 287 ss.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 484; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 416 s.; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *DPE*, *PG* y *PE*, 2016, 42.

<sup>82</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr* 76-2004, 41; *REJ* 10-2008, 18; *NFP* 76 (2011), 25. En sentido similar, GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 260.

Una segunda crítica –quizás la más recurrente– que se le hace a esta teoría es la de su incapacidad para explicar la autoría mediata<sup>83</sup>, para fundamentar materialmente<sup>84</sup> esta figura. En este sentido, algunos autores sostienen que, en muchas ocasiones, el autor mediato no realiza actos ejecutivos<sup>85</sup>; otros autores centran su crítica en que el autor mediato no actúa personalmente sino a través de otro<sup>86</sup>. No obstante, como se ha advertido ya por un sector de la doctrina<sup>87</sup>, esta crítica confunde *realización* del tipo con *ejecución física* de este. Si se parte del primer concepto, el de realización del tipo, no existe incompatibilidad entre la teoría objetivo-formal, en su versión moderna, y la figura de la autoría mediata. A esto añade DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que “las acciones ejecutivas, aunque no sean las claramente típicas, pueden cometerse de un modo distinto al directo-corporal o de propia mano<sup>88</sup>. Con ello se salva la crítica principal a la teoría objetivo-formal, pero no se consigue demostrar lo principal: si toda acción ejecutiva (inmediata o mediata, directamente típica o no) da lugar a autoría (inmediata o mediata, unipersonal o coautoría)”<sup>89</sup>.

En tercer lugar, la teoría objetivo-formal se ha enfrentado a la crítica de no explicar o explicar mal la coautoría o algunos de sus supuestos<sup>90</sup>. Destaca, en este sentido, la crítica que hace ROXIN<sup>91</sup>, quien, con varios ejemplos, pretende demostrar que, sujetos que actúan en plano de igualdad y cuyas aportaciones se complementan de tal forma que solamente juntas pueden producir el resultado, son tratados de manera diferente por esta teoría, unos como autores y otros como partícipes, desconociendo la unidad de sentido que forman sus comportamientos y que, según ROXIN, no puede ser escindida en distintas categorías jurídicas sin arbitrariedad. Sin embargo, como se verá

---

<sup>83</sup> V., al respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 36 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 35 ss., 41; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 243; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 124 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 102; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 40; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 260.

<sup>84</sup> Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 40.

<sup>85</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 35 ss., 41.

<sup>86</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 243.

<sup>87</sup> V., en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: *ADPCP 1969*, 476; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 467; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 102.

<sup>88</sup> En igual sentido DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 31.

<sup>89</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 478.

<sup>90</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 480 ss.

<sup>91</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed., 1963), 37.



en el capítulo siguiente, tampoco esta crítica, planteada desde la teoría del dominio funcional del hecho, me parece correcta, pues parte de una concepción de la coautoría que no comparto y que, precisamente, iguala en tratamiento como autores a sujetos cuyas aportaciones son de diferente alcance.

Coincido, por tanto, con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>92</sup>, en que la crítica, en los términos que se ha planteado por la doctrina, no es convincente; sin embargo, sí es cierto que ninguna de las dos versiones de la teoría objetivo-formal puede explicar satisfactoriamente la coautoría, debido a que “ni la realización (inmediata o mediata) de cualquier acción ejecutiva ni la realización (inmediata o mediata) de cualquier acción claramente típica bastan para afirmar que un sujeto es autor y tampoco, por tanto, que es coautor (pues la coautoría, en un concepto restrictivo de autor, tiene que ser autoría verdadera y no una extensión de la misma)”<sup>93</sup>.

Una última crítica que me interesa destacar, porque se refiere a la determinación de la autoría en la estructura empresarial, la plantea MIRÓ LLINARES, valiéndose de los pronunciamientos del TS. Señala que este tribunal se ha visto obligado a “huir de una idea tan poco funcional en relación con el funcionamiento real de las empresas, como que es autor el que realiza uno (o todos) los elementos esenciales del hecho típico”. En este sentido, añade que el Derecho penal económico-empresarial es uno de los sectores que ha puesto de manifiesto de manera más evidente “la necesidad de superar la rigidez del concepto formal de autoría”<sup>94</sup>, y concluye que para el TS la teoría objetivo-formal no casa bien con el funcionamiento de la empresa, “con múltiples intervinientes, con relaciones jerárquicas que coinciden con repartos de tareas, con delegaciones de competencias, obligaciones muy especificadas en algunos casos y muy genéricas en otros, etc.”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 484.

<sup>93</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 484. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 102, en cambio, no está de acuerdo con la crítica según la cual estas teorías no pueden explicar racionalmente la coautoría. Considera que sí es posible, pero que para algunos resulta un concepto de coautoría demasiado estricto. Concluye que la teoría objetivo-formal sí puede explicar la coautoría, pero que una cuestión diferente es si dicha explicación resulta adecuada en la regulación positiva concreta y desde una perspectiva político-criminal.

<sup>94</sup> MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 327.

<sup>95</sup> MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 327.

La anterior no es una crítica que afecte exclusivamente a la teoría objetivo-formal, como iré mostrando a lo largo de la exposición de las diferentes teorías. En efecto, la influencia de las concepciones fuertemente normativizadoras, ha generado la idea, en los defensores de estas, de que otras teorías resultan disfuncionales para el tratamiento de los nuevos fenómenos delictivos, por darle prioridad a aspectos fenomenológicos o naturalísticos, y descuidar lo normativo<sup>96</sup>. Por ahora basta con afirmar –y con esto adelanto alguna conclusión– que estas críticas suelen desconocer el fundamento normativo que sí está presente en las demás teorías, y suelen pasar por alto, también, que en muchos supuestos las teorías fuertemente normativizadoras terminan, de manera paradójica, alejándose de lo previsto en el tipo penal.

Esto último me sirve, justamente, para destacar lo que, en palabras de HERNÁNDEZ PLASENCIA es el mejor legado de la teoría objetivo-formal: “reconducir la autoría a la sede del tipo”<sup>97</sup>. No obstante, nada dice esta teoría acerca de cuál es el criterio material<sup>98</sup> para determinar quién realiza el tipo: “Nos dice la tarea que hemos de realizar pero no cómo hay que realizarla (...)”<sup>99</sup>. La teoría, entonces, en su versión moderna, resulta correcta pero incompleta<sup>100</sup>. De ahí que, como señala GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>101</sup>, si bien se reconoce a la teoría objetivo-formal ser el punto de partida de todo concepto restrictivo de autor, se ha ido sustituyendo o complementando con otros criterios materiales, que han dado lugar a nuevas teorías como la del dominio del hecho, que expongo a continuación.

---

<sup>96</sup> En este sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 40 s., si bien no se refiere específicamente al ámbito del Derecho penal económico, sí hace una crítica similar al carácter fenomenológico de la teoría, cuando la autoría –sostiene– “se distancia cada vez más del momento en el que el delito se manifiesta fenomenológicamente”.

<sup>97</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed, 1963), 37; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 29. En igual sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 249; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 451 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr 76-2004*, 41; *REJ 10-2008*, 18; *NFP 76 (2011)*, 24; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 167 s.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 32, 92 s.

<sup>98</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 452; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr 76-2004*, 41; *REJ 10-2008*, 18; *NFP 76 (2011)*, 26; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 29; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 103; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 153; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 38; en: *RP 20 (2007)*, 171; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 260.

<sup>99</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 27.

<sup>100</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 452. En sentido similar, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 96 s.

<sup>101</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 103.

## B) Teoría del dominio del hecho

### a. Breve caracterización<sup>102</sup>

Para la caracterización de la teoría del dominio del hecho me valdré, principalmente, de los planteamientos de ROXIN, quien ha realizado, sin lugar a dudas, la construcción más completa, clara e influyente<sup>103</sup> de esta teoría.

En primer lugar, ROXIN defiende la idea del dominio del hecho como un concepto abierto<sup>104</sup> que se caracteriza por aportar una descripción, lo que resulta ventajoso, según este autor, porque permite “ajustarse a los cambiantes casos concretos”<sup>105</sup>. Añade que esa descripción, al no delimitar el concepto de autor a través de fórmulas, nunca está concluida de manera definitiva. Por eso, afirma, el dominio del hecho como concepto abierto, “no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido”<sup>106</sup>. Sostiene, además, que la praxis jurídica es muy dada a servirse de las categorías dogmáticas tradicionales como si fueran un “arsenal cerrado de conceptos” que, al enfrentarse a formas extremas del actuar delictivo, demuestra su inidoneidad. De ahí la importancia, según ROXIN, de sostener un concepto abierto de dominio del hecho, que sí pueda dar cuenta de estos fenómenos<sup>107</sup>.

Y es quizás esa característica del dominio del hecho como concepto abierto la que dificulta dar una definición precisa de lo que los defensores de dicha teoría

---

<sup>102</sup> V., por todos, y con ulteriores referencias, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 60 ss. También resultan ilustrativos para entender la teoría los planteamientos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 545 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 30 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 172 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 63 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 102 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 33 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 49 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 231 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 314 ss.

<sup>103</sup> En igual sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 146.

<sup>104</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 122 ss. En igual sentido, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 181 ss.

<sup>105</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 123. Como explica MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 153, el contenido del dominio del hecho como concepto abierto “depende de las distintas formas de intervención en el suceso delictivo que se constaten empíricamente”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 592, está de acuerdo con Roxin en la idea de intentar conseguir un concepto abierto para definir la autoría y advierte que, precisamente, en su trabajo ha querido huir de definiciones fijas y previas del concepto de autor, y de puros conceptos indeterminados.

<sup>106</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 124.

<sup>107</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 252.

entienden por autor<sup>108</sup>. ROXIN ofrece alguna aproximación cuando señala que “posee el dominio del hecho y es autor quien en la realización del delito aparece como figura clave, como personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento”<sup>109</sup>. No obstante, él mismo advierte de que no se trata de una definición de autoría sino de “un baremo rector que ha de concretarse con ayuda de las diferentes configuraciones del supuesto de hecho”<sup>110</sup>. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sí ofrece, para la teoría del dominio del hecho, una definición de autor que califica de provisional, pero que considero acertada para sintetizar los planteamientos fundamentales de dicha teoría: “autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el si y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción”<sup>111</sup>.

Para la concreción de ese “baremo rector” al que acabo de referirme, ROXIN<sup>112</sup> sostiene que el legislador da el primer paso al distinguir las tres formas de autoría, a las que se corresponden tres formas de dominio del hecho. Así, en primer lugar, el hecho puede dominarse cuando se ejecuta de propia mano, y ello corresponde al dominio de la acción, característico de la autoría mediata; también el hecho puede dominarse al dominar, a su vez, al ejecutor, a través de fuerza o engaño, lo que corresponde al dominio de la voluntad, que caracteriza a la autoría mediata; y, por último, el hecho se puede dominar con el desempeño, en conjunto con otros, de “una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución”, lo que configura el dominio funcional, propio de la coautoría<sup>113</sup>. Para ROXIN, estas tres formas de aparición de la autoría son, solamente, “distintas manifestaciones de la figura central de un acontecer ejecutivo”<sup>114</sup>.

No obstante, ROXIN advierte de que el criterio del dominio del hecho es válido para la mayoría de los delitos: los delitos de dominio<sup>115</sup>; pero no para los llamados

---

<sup>108</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 547.

<sup>109</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 27 (14) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 27, 75).

<sup>110</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 27 (14) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 27, 75).

<sup>111</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 547.

<sup>112</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, (1ª. ed. 1963), 127 ss.; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 28 (15) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 28, 75).

<sup>113</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª. ed. 1963), 127 ss *AT*, II, 2003, § 25 nm. 28 (15) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 28, 75).

<sup>114</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 13 (9 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 13, 69).

<sup>115</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 13 (9 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 13, 69).

“delitos de infracción de deber”<sup>116</sup>, en los que, como figura central, solo aparece quien ha infringido un deber personal extrapenal, ni para los “delitos de propia mano”<sup>117</sup>, en los que la figura central solo puede ser quien realiza de propia mano el tipo.

Por último, dentro de la caracterización de la teoría del dominio del hecho, merece la pena destacar que esta es considerada una teoría de carácter objetivo-subjetiva y material. Tal y como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es conveniente hablar de ella como objetiva para evitar confusiones con las teorías tradicionalmente llamadas subjetivas o mixtas objetivo-subjetivas<sup>118</sup>. Por otra parte, lo subjetivo de las teorías se suele identificar con un elemento que va más allá del dolo, el *animus auctoris*, una especial disposición o ánimo del sujeto con respecto a su forma de intervención<sup>119</sup>. No obstante, afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que, si los propios defensores de la teoría del dominio del hecho exigen como requisito subjetivo el dolo<sup>120</sup>, de tal manera que si falta ese elemento no puede configurarse el dominio del hecho, solo en ese sentido podría hablarse de la teoría del dominio del hecho como objetivo-subjetiva<sup>121</sup>. En cuanto al carácter material de la teoría del dominio del hecho, este se ve reflejado en que no se limita a remitir a la realización del tipo, como ocurre con la teoría objetivo-formal, según expuse en el apartado anterior<sup>122</sup>.

---

<sup>116</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 14 (10) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 14, 69 s.)

<sup>117</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 15 (10) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 15, 70).

<sup>118</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 576.

<sup>119</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 575.

<sup>120</sup> En este punto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 575, hace la salvedad de que no se trata de un dolo “entendido simplemente como conocer y querer la producción de un resultado (o una actividad), que lógicamente también concurre en los partícipes, sino con el dolo entendido como voluntad consciente de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho”.

<sup>121</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 576.

<sup>122</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 582.

b. *Algunas críticas*<sup>123</sup>

Las críticas a la teoría del dominio del hecho que expongo aquí son de carácter general, referidas, sobre todo, al concepto como tal, pues, para favorecer su comprensión, las críticas más específicas las iré planteando al hilo de la exposición de las distintas formas de autoría y participación, que abordaré en los capítulos siguientes.

La primera crítica que puede hacerse a la teoría consiste en que, algunas veces, parte de figuras extrajurídicas y deriva de ellas consecuencias muy importantes, sin tener un fundamento normativo jurídico<sup>124</sup>, lo que se evidencia, de manera particular, con el concepto de autor como “figura central del hecho”<sup>125</sup>. Este último concepto es criticado, además, por su indeterminación y arbitrariedad en la distinción entre autoría y participación<sup>126</sup>. También SÁNCHEZ LÁZARO<sup>127</sup> ha cuestionado esta idea de “figura central”, al considerar que la misma se limita a afirmar que autor es quien está en el centro del proceso lesivo, lo que, en su opinión, no es necesariamente cierto.

En segundo lugar, se le ha criticado a esta teoría que, al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con muchas dificultades para distinguir

---

<sup>123</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 478; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 589 s., 669 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; *CPC 123 (2017)*, 12 ss.; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 145 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 34; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 393; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 215 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 250 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *RP 20 (2007)*, 171; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 337 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 486; Díez Ripollés, *DP, PG*, 4ª, 2016, 361; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 384.; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 120; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 n. 35.; *EPCr 38 (2018)*, 155.

<sup>124</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145.

<sup>125</sup> Cfr., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 589 s.; *CPC 123 (2017)*, 12 ss., 38, quien sostiene que “la idea de la figura central, en sí misma razonable como aproximación, aparece y desaparece en ocasiones en la construcción de Roxin según conveniencia (según sea necesario reforzar o no otros argumentos), no siempre posee el mismo contenido y a veces se le pretende dar mayor valor del que merece apelando a imágenes pre-jurídicas o extrajurídicas” (14) (= *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 145); HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 34; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 250 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *RP 20 (2007)*, 171; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 337 s.

<sup>126</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 250. Incluso MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 n. 35, cuestiona la vaguedad del propio concepto de dominio del hecho, pues considera que, si se entiende de manera muy restrictiva, es inaplicable, porque no se llega a dominar totalmente el curso de los acontecimientos; y si se entiende de manera muy laxa, casi todas las acciones voluntarias implicarían dominio del hecho. Concluye, entonces, que “la idea del dominio del hecho (que, más que un concepto, es una imagen) viene a suponer una supralegal y analógica extensión de los tipos penales”.

<sup>127</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *RP 20 (2007)*, 171. En sentido muy similar, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 34.

entre autores y partícipes en el delito imprudente<sup>128</sup>. Lo anterior desemboca, casi siempre, en un concepto unitario de autor para estos delitos, y, en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO, produce una “indeseable bifurcación” del concepto de autor<sup>129</sup>.

Una tercera crítica tiene que ver con la extensión desmesurada del concepto de autor a la que conduce esta teoría en algunos ámbitos<sup>130</sup>, especialmente en la coautoría. En este ámbito, como expondré en el capítulo siguiente, la idea del dominio funcional del hecho implica solamente un dominio negativo, representado en la idea de “desbaratamiento del plan”, que resulta insuficiente para configurar la autoría<sup>131</sup>.

Por último, y como lo advertí frente a la teoría objetivo-formal, también la teoría del dominio del hecho ha sido blanco de críticas que cuestionan su idoneidad como criterio delimitador entre autores y partícipes en el ámbito del Derecho penal económico. En este sentido, resulta paradigmático lo sostenido por GARCÍA CAVERO<sup>132</sup>, quien señala que, pese al éxito de la teoría del dominio del hecho, en el ámbito de la criminalidad empresarial sus resultados son poco satisfactorios, pues en algunos supuestos conduce a la impunidad, y en otros el grado de responsabilidad que se atribuye no se compadece con lo que “dicta el sentido común”. De ahí que considere necesario explorar otros planteamientos que, en su opinión, se adaptan mejor a los delitos cometidos en la empresa. En este punto, GARCÍA CAVERO pone en primer plano la propuesta de JAKOBS de la competencia por el hecho, pues considera que, en el

---

<sup>128</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; *CPC 123 (2017)*, 14 ss., 38; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 146; En sentido similar, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 478; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 486; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 120.

<sup>129</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 478.

<sup>130</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 669 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 393; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 215 s.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 338 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 486; Díez RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 361; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 384.

<sup>131</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 669 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 393; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 251 s., añade que esa extensión del concepto de autor, sobre todo en materia de coautoría, es reconocida incluso por los defensores de la teoría del dominio del hecho, quienes no lo asumen como una deficiencia de la teoría, sino que “alaban el que permita una delimitación valorativa, de modo que quien no realiza personalmente el tipo, sea equiparable a quien sí lo hace” (252); QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 486; Díez RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 361; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 384; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 120.

<sup>132</sup> GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 356.

ámbito del Derecho penal económico, este criterio “se muestra con una mayor capacidad de rendimiento que las formulaciones dominantes”<sup>133</sup>. Más adelante haré referencia a esta propuesta y sus implicaciones; por ahora basta con poner de relieve que tampoco la teoría del dominio del hecho ha sido ajena a este grupo de críticas provenientes de doctrinas especialmente normativizadoras<sup>134</sup>.

Pese a las críticas que aquí apenas he esbozado, y a las demás que iré exponiendo en este trabajo, la teoría del dominio del hecho es actualmente doctrina dominante, al menos en Alemania y España<sup>135</sup>, y es indudable la influencia que ha tenido en decisiones<sup>136</sup>, discusiones y desarrollos posteriores, a los que paso a referirme enseguida.

---

<sup>133</sup> GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 356.

<sup>134</sup> En este sentido, por ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 1071, sostiene que, con la evolución de la teoría de la imputación objetiva se hace necesario desarrollar una nueva teoría de la autoría y la participación “que supere el concepto de dominio del hecho y se muestre coherente con la fundamentación de la responsabilidad en la competencia del interviniente”. También POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, rechaza la teoría del dominio del hecho y la califica como una teoría “naturalista”.

<sup>135</sup> En este sentido, entre otros, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 246; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; *DPCr* 76-2004, 42; *NFP* 76 (2011), 18; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 164 s. n. 251; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 49; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 240 n. 214, 249; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 2007, 169 s.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 314; ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 167 (27 s.)

<sup>136</sup> No obstante, en algunos casos, los planteamientos de la teoría del dominio del hecho se han tergiversado a tal punto que esta se adopta solo nominalmente. Resulta muy ilustrativo de esta situación la decisión del Tribunal Supremo Federal de Brasil en el famoso caso de corrupción “Mensalão”, como lo describen de manera detallada GRECO/LEITE, *ZIS* 6 (2014), 285 ss. Para estos autores, el tribunal desconoce que los tipos penales relacionados con el caso describen acciones y no meras posiciones (290). Afirman que la teoría de Roxin se aplicó como recurso retórico (291), pues la decisión se revela como “una aplicación primitiva de un modelo de responsabilidad penal por pertenencia a un grupo, que se intentó disfrazar por medio de un supuesto recurso a una teoría moderna” (291). De esta manera, como denuncian los autores, el contenido de la teoría se tornó irrelevante, pues los sujetos fueron condenados por ostentar una posición de dirección en determinada estructura, sin que les fuera probado algún comportamiento (activo u omisivo) (291 s.). Concluyen que, en este caso, supuestamente se recibe una teoría extranjera (trasplante legal), pero en realidad se trata de una “publicidad engañosa”, una falsificación o “counterfeit” legal.



## C) Teoría de la pertenencia del hecho

### a. Breve caracterización<sup>137</sup>

Una de las teorías en las que puede percibirse de manera más evidente la influencia del criterio del dominio del hecho<sup>138</sup> –al que acabo de referirme– es la teoría de la pertenencia del hecho, desarrollada por MIR PUIG<sup>139</sup>. No obstante, este autor encuentra que la teoría del dominio del hecho se decanta por una perspectiva ontológica, y que, con ello, desconoce el “sentido fundamentalmente social-normativo de imputación”<sup>140</sup> que es característico, según él, de la autoría. De ahí que sostenga que el control material del hecho es solo uno de los criterios para la imputación del hecho como autor, y considere que el criterio decisivo es que se pueda afirmar que “el delito pertenece al sujeto como *suyo*”<sup>141</sup>.

En desarrollo de este criterio, explica que “sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los *delitos especiales*), aparezcan como *protagonistas* del mismo, como *sujetos principales* de su realización”<sup>142</sup>. Reconoce que la ejecución material o el control efectivo del hecho sí puede ser un criterio para afirmar esa pertenencia, pero advierte de que esto no siempre será así: “El sujeto principal del hecho a veces es un co-

---

<sup>137</sup> Cfr., especialmente, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385 ss.; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *DPE, PG y PE*, 2016, 42 s. También, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 613 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 57 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 73 s., 129 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 115 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 51 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 245 ss.; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 93 ss.; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor*, 2008, 356 ss.

<sup>138</sup> En este sentido, advierte a ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 323, de que la teoría de Mir Puig, si bien surge como crítica a la teoría del dominio del hecho, no se desvía mucho de los resultados de esta. Muy similar, GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 246, quien considera que, al menos en el ámbito de la coautoría, esta teoría llega a resultados idénticos que la teoría del dominio del hecho en la versión de Roxin, aunque Mir Puig pretende avanzar en el fundamento material de la teoría del dominio del hecho.

<sup>139</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385 ss. (por supuesto, el desarrollo de la teoría viene desde ediciones anteriores).

<sup>140</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385.

<sup>141</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385.

<sup>142</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385.

causante que no controla efectivamente el hecho ejecutado materialmente por otro sujeto, pero que es el único al que puede imputarse el delito (autoría *mediata* aprovechando la ignorancia del ejecutor material o sirviéndose de alguien que no reúne las condiciones personales requeridas para ser autor), o se limita a ejecutar sólo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (*coautoría*)”<sup>143</sup>.

En este punto destaca la tesis de BOLEA BARDON, discípula de MIR PUIG, quien si bien considera que la teoría de la pertenencia del hecho ayuda a poner de relieve que la realización del tipo depende del papel de la aportación dentro del conjunto de intervenciones, y no se vincula exclusivamente a la importancia de determinada aportación, reconoce la necesidad de hallar los “criterios materiales de definición de la pertenencia del delito”, para que la teoría pase de constituir solo una cláusula de cierre<sup>144</sup>. En desarrollo de esta idea, sostiene que el autor será “aquel al que podamos imputar el hecho como suyo en términos normativos y no prejurídicos”<sup>145</sup>. No obstante, advierte de que el Derecho penal y, en consecuencia, el criterio para determinar la autoría, no puede desconocer la realidad fáctica, pero debe responder a decisiones valorativas. En este punto afirma que no tiene mayor relevancia la cuestión de cómo se le denomine a ese criterio normativo (dominio del hecho, dominio de la acción, dominio de la decisión, dominio de la configuración), sino que lo verdaderamente importante es el contenido con que se dote a esta fórmula<sup>146</sup>.

De acuerdo con lo anterior, BOLEA BARDON sostiene que el presupuesto de la autoría como realización del tipo es la *responsabilidad por el peligro*<sup>147</sup>: “quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico, de forma objetiva y subjetivamente imputable, se convierte en responsable del peligro, por realizar una injerencia penalmente relevante en la esfera organizativa de otra persona”<sup>148</sup>. Más adelante agrega que la autoría se basa en “la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable”. A esto añade que, podrá hablarse de plena

---

<sup>143</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 263, 385.

<sup>144</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 74.

<sup>145</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 129.

<sup>146</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 130.

<sup>147</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 134.

<sup>148</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 134 s.

responsabilidad por el peligro, “cuando al sujeto se le puede imputar dolosamente la creación, no control o aumento del riesgo”<sup>149</sup>.

Esta última afirmación remite, implícitamente, a la pregunta por la determinación de la autoría en el delito imprudente, de acuerdo con los postulados de la teoría de la pertenencia del hecho. En este sentido, CORCOY BIDASOLO<sup>150</sup>, también defensora de esta teoría, aunque advierte de que no puede profundizar en el tema, propone algunos criterios para la determinación de la autoría imprudente. Se refiere básicamente al criterio de “dominabilidad”, entendido como “posibilidad para el sujeto de evitar que el resultado se produzca”<sup>151</sup>.

#### *b. Algunas críticas*

Como lo hice al exponer la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho, aquí plantearé solo unas críticas generales al concepto de la pertenencia del hecho.

En primer lugar, la crítica más recurrente suele ser aquella que apunta a que el criterio de la pertenencia del hecho resulta vago, difuso, y deja sin explicar lo que pretende explicar, esto es, el criterio material a través del cual se determina que un hecho le pertenece a un sujeto<sup>152</sup>. Como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>153</sup>, lo anterior no significa que la teoría sea incorrecta, sino que resulta “formal o formularia”,

---

<sup>149</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 135.

<sup>150</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª, 2005, 353.

<sup>151</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª., 2005, 354. Es crítica con este criterio ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 164, quien considera que las teorías que se basan en elementos como “potencialidad” o “posibilidad” no son buenos puntos de partida, “ya que se debe hablar de afirmaciones, de realidades, y no se puede decir ‘pudo dominar’ o ‘pudo dirigir’, porque esa posibilidad la puede tener cada interviniente que se encontraba de alguna manera vinculado a la creación del peligro infractor de la norma”. En sentido similar, DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 102.

<sup>152</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 617; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 49; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 426 n. 126, quien considera que la postura de Mir Puig aporta poco, “pues su criterio de la pertenencia le lleva a repetir casi totalmente las ideas ya mantenidas por los más ortodoxos defensores del dominio del hecho (...), sin explicar satisfactoriamente qué ha de entenderse por pertenencia ni, lo que a nosotros nos interesa más, en qué consiste la esencialidad de la aportación que otorga el codominio”; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 101.

<sup>153</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 617.

y, en definitiva, “no va más lejos” que las teorías anteriores<sup>154</sup>. No obstante, cabe reconocer, con ROSO CAÑADILLAS<sup>155</sup>, que “como forma de plasmar la relación de posesión entre el autor y el hecho” es una de las mejores expresiones que podrían conseguirse; sin embargo, se queda en ello.

En segundo lugar, se le critica a esta teoría que parte de la idea incorrecta de que todo hecho le pertenece a alguien, a efectos penales<sup>156</sup>, “siendo por el contrario lo cierto que puede haber hechos sin autor (en sentido penal), en los que, por tanto, no cabrá a su vez participación punible”<sup>157</sup>. Lo anterior, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>158</sup>, se refleja de manera especial en el supuesto de la llamada autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado. Sin pretender ahondar en ello, cabe destacar que, en este supuesto, MIR PUIG termina exigiendo solamente que el sujeto sea causante del hecho y este se le pueda imputar objetiva y subjetivamente, lo que lo acerca a un concepto unitario de autor<sup>159</sup>.

## **D) Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho**

### *a. Caracterización*

Me detendré un poco más en la caracterización de esta teoría, por ser la que asumo y defiendo como criterio de diferenciación entre autores y partícipes, tanto para el delito doloso como para el imprudente. En su exposición me valdré, principalmente, de los planteamientos de LUZÓN PEÑA y de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>160</sup>; el primero de

---

<sup>154</sup> En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 n. 36, señala que a esta teoría se le pueden hacer, en esencia, las mismas críticas que se le hacen a la teoría del dominio del hecho, toda vez que también “renuncia al criterio de la ejecución material del hecho, e incluye en la autoría contribuciones que no son típicas, en sentido estricto”; *EPCr* 38 (2018), 174 ss., también critica esta teoría en su aplicación a los supuestos de autoría mediata en organizaciones complejas.

<sup>155</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 336.

<sup>156</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 336 s.

<sup>157</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 145; *DPCr* 76-2004, 43.

<sup>158</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 337; *NFP* 76 (2011), 32.

<sup>159</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 337; *NFP* 76 (2011), 32.

<sup>160</sup> Cfr., especialmente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991; LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 197 ss. (publicado por primera vez en: *ADPC* 1989, 889 ss.); LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y

ellos, creador de la teoría, y el segundo, quien la ha desarrollado con mayor profundidad<sup>161</sup>.

---

GARCÍA CONLLEDO, *FS-Roxin*, 2001, 575 ss. [una versión publicada en España, con algunas variaciones, se encuentra en AFDUA VIII (2000), 53 ss.; y en Colombia, en *DPCo 2 (2003)*, 89 ss.].

<sup>161</sup> En el ámbito de los delitos imprudentes destaca el desarrollo que hace de la teoría, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002. Aunque la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho no es mayoritaria, sí goza de amplia acogida, dentro y fuera de España, como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 9 s. (= *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 142). Entre sus seguidores destacan JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 124, quien hace referencia a este criterio para la delimitación del concepto de autor en el delito imprudente; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, en: *PJ 27 (1992)*, 209; JORGE BARREIRO, Alberto, en: *CDJ 1993-1*, 247; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 86, 89, 97 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, 1995, 148 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 397 ss., acoge expresamente el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, y considera que este es perfectamente aplicable a los delitos imprudentes. Añade que, en consecuencia, en los delitos imprudentes es posible distinguir entre autoría imprudente y participación imprudente (que considera impune) (405); ROSO CAÑADILLAS, en: *PJ 46 (1997)*, 281; además de la obra que cité al comienzo de esta nota; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 217 s., 229 n. 276, 271 n. 396, quien afirma que el punto más débil de la teoría del dominio del hecho es que amplía el ámbito de la autoría a conductas “que desbordan el marco del tipo”. Y en ese sentido sostiene: “De ahí que no quepa la más mínima duda de que en la actualidad la más evolucionada concepción de las teorías del dominio del hecho, tanto en Alemania como en España, corresponda al desarrollo de la misma llevado a cabo por Luzón Peña y Díaz y García Conlledo, a la cual no es posible aplicar el citado reproche. Por ello, conforme al estado de la ciencia penal al día de hoy, ésta es el punto de partida más aceptable en la teoría de la codelincuencia, a salvo de matices que pondremos de manifiesto...” (229 n. 276); OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 174; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC 3 (1999)*, 367 n. 10; en: *RDPC n° extraordinario 1 (2000)*, 190 s.; en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 795; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física*, 1999, 158 ss., 200 ss., 355 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 57, 156 s., y más ampliamente para la coautoría: 277 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coord.), *Relevancia de la actuación de la víctima*, 2004, 68; DE VICENTE REMESAL, *CPC 124 (2018)*, 95. En el ámbito de los delitos imprudentes, muestran afinidad con el criterios de la determinación objetiva y positiva del hecho SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La “codelincuencia” en los delitos imprudentes*, 2001, 46 ss., 94; GARCÍA MOSQUERA, *La estafa de seguro*, 2006, 254 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012, 337 ss., 360 ss., 373 ss.; RODRÍGUEZ MESA, en: *REDUR 11 (2013)*, 110 ss.; GIL GIL, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 157 s.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, en: *La Ley Penal 128 (2017)*, 27 s. n. 61. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho también ha tenido acogida fuera de España. A título de ejemplo pueden mencionarse en Colombia a ARAMBURO CALLE, en: *NFP 68 (2005)*, especialmente 101 s.; en *Cuadernos de investigación 47-2006*, 8 ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª, 2007, *passim* (por ejemplo, 24, 198-201, 264, 389-392); ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 99 ss. (si bien la obra es publicada en España y hace referencia al Derecho español); CADAVID QUINTERO, *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, Tesis doctoral (Universidad de Salamanca, defendida, por tanto, en España), 2013, 412 s.; TORRES CADAVID, en: *NFP 90 (2018)*, 83 ss.; y en Perú, BENAVENTE CHORRES, *Artículos de Doctrina 2 (2002)*, 17, 22; ALPACA PÉREZ, *Delitos Tributarios y Aduaneros*, 2015, 578 s. n. 1193. Algunos autores no se adhieren expresamente a la teoría, pero sus posturas pueden ser cercanas. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, 1997, p. 107, parece señalar a la determinación objetiva y positiva del hecho como un criterio válido de autoría, al menos en lo que tiene que ver con delitos imprudentes. También la tesis de Díez Ripollés, en: *CDJ 1996-27*, 217 ss. (= en: *RDPC 1 -1998-*, 25 ss.); *DP, PG*, 4ª, 2016, 343 ss., sobre el “acceso al tipo” y el “control del suceso típico” resulta muy cercana en sus planteamientos. Muestra también simpatía por el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 263 ss., 460 s., aunque, finalmente, la considera muy restringida en el ámbito de la coautoría. Otros autores señalan la compatibilidad de la teoría con el CP español, aunque no se pronuncian expresamente a favor de un criterio de autoría. Tal es el caso, por ejemplo, de PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, 1999, 73 n. 109. Por último, hay otros autores que no comparten plenamente el criterio de la

LUZÓN PEÑA<sup>162</sup> hace referencia, en primer lugar, a la teoría del dominio del hecho y su exigencia de componentes subjetivos, en concreto la dirección final o, al menos, para algunos, la dirección consciente, que ha llevado –como ya expuse aquí– a que se estime que el dominio del hecho no puede tener aplicación en los hechos imprudentes (o, para quienes exigen solamente dirección consciente, en los supuestos de imprudencia inconsciente). Frente a ello presenta dos argumentos: en primer lugar, señala que también en los delitos dolosos existe un “dominio objetivo o control objetivo del hecho”, independiente de la voluntad del agente, si su conducta puede, objetivamente, dominar, controlar o determinar el curso del hecho hacia el resultado y efectivamente lo consigue<sup>163</sup>. Y sostiene que, también en una conducta imprudente, puede concurrir ese dominio objetivo<sup>164</sup>. En segundo lugar, reconoce que lingüísticamente los conceptos como dominio, control, dirección, suelen asociarse a una “actuación de dirección querida”, lo que hace preferible renunciar al concepto de “dominio” objetivo del hecho y, en su lugar destacar su base objetiva como característica que permite apreciar autoría en el delito imprudente, y también como característica que debe concurrir con la voluntad consciente para afirmar la autoría en los delitos dolosos<sup>165</sup>. Para LUZÓN PEÑA, esa “cualidad de la acción o característica

---

determinación objetiva y positiva del hecho, pero sí encuentran en él aspectos positivos que destacan. Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 342 ss., acepta el criterio como delimitador de la autoría (341 n. 881), también en los delitos imprudentes (343, 374). No obstante, discrepa de la postura de Luzón Peña en el sentido de convertir el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho en principio rector de lo que debe considerarse como participación en los delitos imprudentes, sin incluir ningún matiz con respecto a lo que sucede en los delitos dolosos. En este sentido expone que, si bien “al sujeto que determina el acontecer típico, el curso causal que desencadena el resultado imprudente, puede imputársele el resultado producido como autor”, de ahí no puede extraerse la conclusión de que “el resto de los intervinientes imprudentes puedan calificarse como partícipes (...) en atención a lo que fue su contribución en el comportamiento imprudente”. Añade que “no toda forma de participación en el delito imprudente” (347); HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 72 s., considera que los resultados de la determinación objetiva y positiva del hecho son “bastante ventajosos en cuanto permiten operar con un mismo criterio de autoría en los delitos dolosos y en los imprudentes” (72). No obstante, discrepa de esta teoría en la consideración de que “la sola aportación objetiva al hecho sea la que lo determine objetivamente” (73); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 65 ss., considera esta teoría como una de las “más implantadas de nuestra doctrina” (65). También la califica como “la más sugerente de las realizadas hasta ahora para los delitos imprudentes”, y considera que es en este ámbito donde la teoría “se ha convertido en la referencia indiscutible, sin que haya sido superada por las construcciones realizadas con posterioridad dentro y fuera de nuestra doctrina” (68). Sin embargo, desde su postura normativizadora, critica, entre otros aspectos, el carácter excesivamente fenomenológico y naturalístico de la teoría.

<sup>162</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 202 s.

<sup>163</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 202 s.

<sup>164</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 203.

<sup>165</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 203.

fáctica de la autoría” es, en los delitos de resultado, la determinación objetiva del hecho; en ella se encuentra, entonces, el sustrato de la autoría para el delito imprudente y para el doloso<sup>166</sup>.

Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>167</sup>, en la fundamentación de la idea de la determinación del hecho como objetiva, parte del ejemplo de ROXIN, en el cual un médico, con dolo de matar al paciente, le pide a un colega –que no sospecha nada–, que le ponga una inyección al paciente, y en realidad la inyección es veneno. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO advierte, en primer lugar, sobre la importancia de olvidar por un momento las palabras y centrarse en lo esencial al decidir cuándo un sujeto es autor. A primera vista, señala, parecería que el hecho de que el médico actúe con dolo es lo que decide su dominio del hecho, pero ello no es así. En este punto afirma que, de entrada, podría decirse que lo que fundamenta su dominio del hecho es “esta existencia de dolo *unida a la no existencia de dolo* (o consciencia) en el segundo médico”<sup>168</sup>. No obstante, aclara que hay algo más, y para fundamentarlo crea el siguiente ejemplo: “el sujeto A pide a su buen amigo B que entregue un paquete, en otra ciudad a la que B va a viajar por razones de trabajo, a C; A comenta a B, quien no tiene razón alguna para sospechar que se trata de otra cosa, que el paquete contiene un conjunto de piezas para el automóvil de C, cuando lo que en realidad contiene son dos armas automáticas desmontadas, con las que posteriormente C y otro compinche llevan a cabo un atraco bancario”<sup>169</sup>. Partiendo de este ejemplo, compara la relación entre A y B (dolo de A e ignorancia absoluta de B) con la de los sujetos del ejemplo de ROXIN, y sostiene que es idéntica, pero que nadie (o casi nadie) afirmaría que A es coautor mediato del robo<sup>170</sup>.

De lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO concluye que esa existencia de dolo en un sujeto, unida a la carencia de dolo en el sujeto que actúa delante, sirve para afirmar que “un sujeto realiza una acción a través de otro del que se sirve como instrumento”, pero no es el elemento esencial que permite afirmar que un sujeto es autor<sup>171</sup>. A esto se le suma que la relación dolo-no dolo ni siquiera es la única que

---

<sup>166</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 204.

<sup>167</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 578 s.

<sup>168</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 579.

<sup>169</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 579.

<sup>170</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 579.

<sup>171</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 579 s.

posibilita la fundamentación de la realización de acciones a través de otro sujeto. Frente al panorama expuesto se cuestiona por qué en el ejemplo de ROXIN estaríamos ante un supuesto de autoría mediata, mientras que en su ejemplo habría participación mediata. Y la respuesta la encuentra en que, en el ejemplo de ROXIN, la acción del instrumento es una acción de matar, mientras que en el segundo caso la acción del instrumento no es una acción de robo violento: “la acción de poner la inyección *determina* que se produzca la muerte, mientras que la acción de entregar las armas ni siquiera determina que se produzca la intimidación necesaria para el robo y menos aún la sustracción”<sup>172</sup>. De ahí que entienda que la existencia o no de dolo en el sujeto no es lo fundamental para la determinación de la autoría, pues lo fundamental es lo que haga el sujeto<sup>173</sup>. Así, a la pregunta sobre la importancia fundamental de aceptar la existencia de dominio objetivo del hecho, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO responde —en sintonía con los planteamientos de LUZÓN PEÑA— que esta radica en “poder aplicar este criterio para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes”<sup>174</sup>.

En cuanto a la característica de “positiva” de la determinación, LUZÓN PEÑA explica que se da cuando la conducta “consciente o inconscientemente, de hecho *marca*

---

<sup>172</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 580. La cursiva es mía.

<sup>173</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 580. Se anticipa, en este punto, al interrogante que podría generarse a raíz de las consideraciones anteriores: “¿Por qué entonces no es autor, en el sentido penal, de un homicidio doloso (ni imprudente probablemente en este caso) quien pone la inyección?”. Responde que no lo es porque le falta precisamente el dolo como elemento subjetivo del tipo de homicidio doloso, de la misma manera que el sujeto B de su ejemplo no es partícipe porque carece del dolo, aunque su acción tenga el carácter de favorecedora. Eso sí, insiste, ni al sujeto que pone la inyección le falta el elemento característico y decisivo de la autoría, ni a quien entrega las armas le falta el elemento característico de la participación. De ahí que no considere “tan absurdo” hablar de dominio *objetivo* del hecho (580). Advierte, no obstante, de que el hecho de que a quien actúa sin dolo ni imprudencia se le califique de autor porque concurre en él el elemento característico de la autoría, o se le niegue esta calificación porque se considere al dolo o la imprudencia como elementos del dominio del hecho, es secundario frente a lo fundamental que se ha comprobado en las líneas anteriores: “que lo realmente imprescindible para que se hable de cualquier clase de autoría es que se realice una acción que suponga un dominio, una determinación del hecho típico nuclear” (581). Así, si no existe quien ponga la inyección, con dolo o no, no hay acción y, por tanto, no hay posibilidad de hablar de autoría, ni mediata ni inmediata.

<sup>174</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 581. En este mismo sentido, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 525 ss., defiende que la determinación objetiva y positiva del hecho configura un criterio de autoría válido también para los delitos imprudentes “al quedar despojado del elemento subjetivo del dolo con el que es incompatible”. Considera, además, que el solo elemento subjetivo no tiene la entidad suficiente para distinguir entre la diversa importancia de las aportaciones a un hecho. Por tanto, también defiende que el verdadero criterio de autoría debe ser “ eminentemente objetivo ” (525). Añade que la autoría se da, exista o no dolo por parte del sujeto, y por tal razón el dolo, más que elemento de la autoría, es un elemento del tipo doloso (527). Concluye que la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho es totalmente correcta para distinguir entre autoría y participación en delitos dolosos e imprudentes “pues en ella se aísla y se describe el elemento objetivo esencial y necesario para la existencia de autoría” (527).



o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente, hacia la producción del resultado”<sup>175</sup>. Advierte de que esa determinación positiva, es, en consecuencia, más que el simple dominio negativo o poder de impedir o contener la realización del hecho, como el que caracteriza a la cooperación necesaria<sup>176</sup>.

Para concluir con esta caracterización puede afirmarse, que, en términos generales, para la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho la autoría y la realización del tipo han de estar estrechamente vinculadas (como ya lo ponían de relieve los partidarios de la teoría objetivo-formal). De esta manera, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la conducta de autoría “será aquella que más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, lo cual se puede expresar de diferentes maneras: la que más directamente realice el injusto típico, la que la ley tenga una necesidad más perentoria (urgencia) de impedir, la que de modo directo (que no significa inmediato) lesione o ponga en peligro (en el peligro descrito por el tipo) el bien jurídico protegido en el tipo, etc., pues todo ello son factores o facetas de una misma idea material”<sup>177</sup>.

#### b. Algunas críticas

Tampoco esta teoría ha estado exenta de críticas desde muy diversas perspectivas. Aquí, como en los demás casos, me enfocaré en críticas más generales, para reservar las más específicas al desarrollo de las distintas formas de autoría y participación, en especial a la coautoría, donde, en mi opinión, las críticas a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho han sido más recurrentes. Haré, sí, un especial énfasis en la crítica relacionada con el carácter naturalístico o fenomenológico de la teoría, y su supuesta incapacidad para atender a los nuevos fenómenos de

---

<sup>175</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 205. La cursiva es mía.

<sup>176</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 205 s. También considera adecuada esa distinción entre dominio positivo y negativo para explicar el control propio de la autoría (el primero) y las formas más graves de participación (el segundo), DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 43 n.53.

<sup>177</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 532.

criminalidad, pues se trata de planteamientos directamente relacionados con el tema de investigación que desarrollo en este trabajo.

Una primera crítica que cabe destacar es aquella que tiene que ver con el carácter exclusivamente objetivo del criterio utilizado por la teoría para caracterizar al autor y diferenciarlo del partícipe<sup>178</sup>. En términos generales, quienes realizan esta crítica rechazan el “olvido” del elemento subjetivo, que consideran indispensable para el

---

<sup>178</sup> Cfr., al respecto, CEREZO MIR, en: CEREZO MIR, y otros, *Presupuestos para la reforma penal*, 1992, 40 n.5, señala que es autor quien tiene el dominio del hecho, y ese dominio no puede ser entendido de un modo puramente objetivo. En este punto remite, en n. 5 a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 73, discrepa de la teoría en la consideración de que “la sola aportación objetiva al hecho sea la que lo determine objetivamente”, y concluye que la autoría “aunque es un elemento objetivo, no puede hacerse depender sólo de quien ejecuta materialmente la parte objetiva de los tipos penales, sino de todos los elementos, incluidos los subjetivos”, a lo que añade que “no puede considerarse autor a un sujeto que ni siquiera ha infringido una norma penal” (al respecto, véase la respuesta que brinda a esta crítica ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 352 ss., y a la que se adhiere DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 293 s.); CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3<sup>a</sup>, 2002, 632, advierte un problema en la tesis de LUZÓN PEÑA, y es el de la relevancia de los conocimientos subjetivos de autor y partícipe. Aunque le concede el énfasis que pone en la parte objetiva, señala que es difícil definir el dominio objetivo positivo “sin tener en cuenta las representaciones y conocimientos del autor”. Concluye que, si al criterio del dominio objetivo del hecho se le añade el del conocimiento de tal dominabilidad (que si no se añade, considera que se estaría defendiendo el “*versare in re illicita*”) se resolverían estos aspectos con el tipo subjetivo, “como el Finalismo quiere”; *PG* 2, 2009, 168, 185, sostiene que, lo que le queda a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho “es un vago caracterizar la autoría desde el delito consumado, al que se le ha sustraído el comportamiento previo, incluido el plan del autor, que no puede por menos que recordar el Leitbild beligniano que tan estéril fue en su día” (168). Más adelante vuelve sobre la teoría para criticarla y señala que “no se puede partir del delito consumado ni prescindir del elemento subjetivo inescindible del objetivo del comportamiento que se está desarrollando desde el principio, si se quiere comprender el significado de la autoría y la participación en la teoría del delito. (...) Es imposible dar como autor a quien realiza la parte objetiva y positiva del tipo sin considerar ya a la persona que conscientemente ha venido actuando para conseguir eso y lo ha conseguido, a quien se llama autor y, en ese sentido, forma parte del tipo objetivo sin el cual éste no es ni concebible. De ahí también el equívoco, y sus consecuencias, de la teoría de estos autores sobre participación en la imprudencia cuyo tipo objetivo sería, según ellos, el mismo del delito doloso” (185) (También responde de manera acertada a estas críticas, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 348 ss., y a esta respuesta se adhiere DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 287 s.); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 68 ss.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 8, aunque no se refiere expresamente a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, sostiene que no está de acuerdo con las teorías que rechazan el elemento subjetivo para la construcción del concepto de autor y que abogan por su unificación en los delitos dolosos e imprudentes, considerando que la delimitación entre autores y partícipes es un problema del tipo objetivo. Para esta autora, dichas teorías solo permiten “atribuir la realización de determinados hechos objetivos a un sujeto”, pero no su condición de autor, pues para ello –sostiene–, es imprescindible que el sujeto realice el tipo, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 81 s., considera que la teoría “se basa en una caracterización estrictamente objetiva de la autoría”. Para este autor, la autoría debe tener en cuenta la “representación del sujeto sobre su posición objetiva en el curso causal”, y esto se traduce en la idea de que, por más que el sujeto ostente “una posición objetiva que le permita dominar el hecho”, no podrá afirmarse que es autor si no es consciente de aquello (81). Añade que en la participación también se exige que el partícipe sea consciente de que coopera en la conducta del autor y por eso no considera correcto prescindir de las representaciones del partícipe sobre la conducta que favorece o a la que induce, para la definición de la participación en el delito imprudente (82).

dominio del hecho<sup>179</sup>. Así, por ejemplo, para SÁNCHEZ LÁZARO, ese punto de partida del criterio de la determinación objetiva es su principal defecto, pues, en su opinión, “no hay una base objetiva del dominio del hecho”, no siempre es un momento objetivo lo que permite hablar de dominio<sup>180</sup>. Añade que el carácter estrictamente objetivo del concepto dificulta su compatibilidad con una concepción personal de lo injusto, pues se considera autores a sujetos que “ni siquiera han infringido una norma penal”. A esto agrega que la realización de un tipo requiere que se realicen todos sus elementos, también el dolo y la imprudencia, y no solo los elementos objetivos<sup>181</sup>.

Como respuesta a esta crítica, es importante resaltar que los defensores del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no niegan la influencia que pueden tener los elementos subjetivos en algunos supuestos, para la configuración de la autoría en sentido penal. Sin embargo, advierten de que lo subjetivo no es el criterio que fundamenta la determinación del hecho<sup>182</sup>; por más que el sujeto quiera determinarlo, si no existe ese sustrato objetivo, no puede ser autor. Así, lo objetivo es elemento imprescindible y característico de la autoría, mientras que lo subjetivo puede influir para

---

<sup>179</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 146.

<sup>180</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 68. En n. 282, este autor señala que “el dolo o la imprudencia fundamentan la existencia de participación porque en Derecho penal sin desvalor de acción no hay nada, por eso fundamentan también la existencia de autoría e integran lo injusto específico de todos los tipos de la parte especial. Añade que la autoría mediata “se fundamenta esencialmente en momentos subjetivos” (y aquí menciona el “desequilibrio cognitivo” entre los intervinientes, de donde deduce que los defensores de la determinación objetiva y positiva del hecho no pueden explicar satisfactoriamente la relación entre sujeto de delante y de atrás, al prescindir “de todo momento subjetivo en la elaboración de su criterio”) (69). Sostiene, además, que lo anterior lleva a los defensores de esta teoría a “desdoblar el concepto de autor”, en una autoría en sentido penal, en la que sí tienen papel fundamentador el dolo y la imprudencia. Para SÁNCHEZ LÁZARO, esto evidencia que los conocimientos del sujeto no son algo secundario para la determinación de quién es autor, al menos “en sentido penal” (70).

<sup>181</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 70 s. No obstante, resulta cuestionable que más adelante realice esta afirmación: “aquí entendemos que la autoría no es una cuestión de dominio, de control o de disponer fácticamente, tampoco de saber más o menos, sino de responsabilidad o, más concretamente, de competencia sobre el riesgo no permitido” (174 s.). No se explica por qué la consideración estrictamente objetiva del concepto de autoría le parece rechazable, si con la afirmación anterior está excluyendo que el saber más o menos sea determinante para definir quién es autor. Él mismo reconoce la “radical pérdida de protagonismo de los aspectos subjetivos en el juicio de autoría”, aunque explica que esto se da no solo por el concepto de autor que propone sino porque su estudio se ha centrado en el ámbito de la imprudencia (253).

<sup>182</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 146; *CPC 123 (2017)*, 15; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 147; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 348 ss. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 435 s. n. 40, 437, afirma que su concepto de autor coincide en este aspecto con el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho (n. 40). Sostiene que se trata de un concepto “puramente objetivo”, porque no incluye “la infracción de la norma personal de conducta” (435 s.), lo que implica que sea un concepto común para los delitos dolosos e imprudentes (437); *EPCr 38 (2018)*, 134, se refiere también al carácter puramente objetivo del concepto de autor que defiende.

que esa autoría lo sea o no en sentido penal. Al parecer, detrás de esta crítica está latente una confusión entre autoría como realización de la parte objetiva del tipo penal, e injusto (o, incluso, responsabilidad penal)<sup>183</sup>.

Una segunda crítica está relacionada con un aspecto muy marginal de la teoría, y de ahí que sorprenda que sea una de las críticas más recurrentes y en la que más énfasis hacen algunos autores<sup>184</sup>. El aspecto que estos cuestionan tiene que ver con una distinción que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>185</sup>, y que incluso no es compartida por muchos de los defensores de la teoría<sup>186</sup>, pues no afecta su fundamento. Este autor se pregunta si en algunos tipos que contienen más de una acción típica podría llegarse a distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares<sup>187</sup>; las primeras serían de autoría, y las segundas de participación. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO advierte de que, con ello, no está afirmando que siempre que exista un tipo con varias acciones, tenga que haber unas nucleares y otras no nucleares; simplemente afirma que existe la *posibilidad* de que “los criterios de interpretación generales, aplicados a los tipos de la Parte especial, hagan constatar que, en algún caso, la ley puede configurar una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella”<sup>188</sup>.

Tratándose –como el propio DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>189</sup> afirma– de una crítica a un aspecto secundario de la teoría, no me detendré mucho en ella. No obstante, y reconociendo que se trata, todavía, de un planteamiento muy provisional, sobre el que tendré que volver, no descarto la posibilidad de que un tipo consagre acciones típicas nucleares y no nucleares. Incluso –y aquí insisto en lo provisional de esta idea–, dicha

---

<sup>183</sup> Considero que esa misma confusión la pone de relieve MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 437 n. 43, 438 s., cuando se refiere al “autor en sentido objetivo, lógico-gramatical”, para distinguirlo del autor del ilícito penal o del injusto penal (n. 43).

<sup>184</sup> Cfr., al respecto, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 399 s. n. 72; Díez RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 33 s., *DP, PG*, 4ª, 2016, 362; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 239 s., 248; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 58 s.; *La cooperación necesaria*, 2004, 58; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 364 s.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 435 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 66 n. 272; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 299 ss.

<sup>185</sup> Cfr., especialmente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 504 ss.

<sup>186</sup> Destaca, en este sentido, la crítica de ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 364 ss., 375 n. 437.

<sup>187</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 504 ss.

<sup>188</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: *DPCr 76-2004*, 46.

<sup>189</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 144; *DPCr 76-2004*, 46; *REJ 10-2008*, 20.

distinción podría apoyar el tratamiento jurisprudencial que aboga por una interpretación según la cual, en tipos como el contenido en el artículo 368 –analizado *supra*<sup>190</sup>–, algunas de las acciones típicas descritas en él sean consideradas de participación, en sentido estricto (no nucleares). Como señalé más arriba, una interpretación en esta línea podría ser más coherente con un concepto restrictivo de autor, como el que aquí se defiende<sup>191</sup>.

Por último, al igual que las teorías que he expuesto antes, también la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho ha sido blanco de las críticas que rechazan su carácter naturalístico o fenomenológico, y, con ello, su supuesta incapacidad para responder a los nuevos fenómenos de criminalidad, dentro de los cuales se incluye, por supuesto, la criminalidad empresarial. En esta línea destacan los planteamientos de SÁNCHEZ LÁZARO<sup>192</sup>, quien cuestiona el hecho de que los criterios tradicionales de autoría –y entre esos incluye al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho– se construyan sobre la forma de manifestación del delito y no sobre el “momento de responsabilidad”. Para este autor, lo anterior va en contravía de lo que debe esperarse de un concepto de autor en la actualidad, sobre todo “en un momento donde *el verbo típico va perdiendo progresivamente su significado descriptivo*, cuando va dejando de describir para agotarse cada vez más en la *adscripción* de lo injusto (...)”<sup>193</sup>.

En un sentido muy similar, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>194</sup> se pronuncia también de manera expresa en contra de la teoría<sup>195</sup>, al considerar que “la conjunción de la determinación objetiva y positiva del hecho como criterio material de autoría en los delitos dolosos e imprudentes junto con la impunidad de la participación imprudente da lugar a unas lagunas de punición en el ámbito de la actividad empresarial que carecen de sentido

---

<sup>190</sup> Apartado 2. C). c.

<sup>191</sup> En mi criterio, esta solución podría, también, encontrar respaldo en la tesis de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 438, quien sostiene que en los tipos que describen dos o más acciones típicas, el autor no es automáticamente el que realiza cualquiera de esas acciones típicas, pues es posible que esa realización no implique todavía principio de ejecución.

<sup>192</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 97 ss.

<sup>193</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 101. La cursiva es mía.

<sup>194</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 248; *Derecho penal económico*, 2009, 37 s.

<sup>195</sup> Aquí sigo, en parte, lo que en su momento expuse en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 102 ss.

preventivo-general y da lugar a una situación político-criminalmente insatisfactoria: algunos de los máximos responsables de los hechos delictivos relacionados con actividades empresariales deberían quedar siempre impunes”<sup>196</sup>.

Sumado a las anteriores consideraciones, el autor afirma que la teoría de la “determinación objetivo-causal y positiva del hecho” se enfrenta con dos problemas para explicar la responsabilidad en el ámbito de la criminalidad empresarial:

“1. Cuanto más compleja sea la empresa y mayor división y compartimentación del trabajo exista, más se diluye la idea de dominio causal, hasta convertirla en inservible (...). Esta visión causal provoca problemas insalvables en el caso de complejas organizaciones de trabajo. / 2. No se puede resolver adecuadamente la cuestión de la responsabilidad de los que no dominan fácticamente los procesos causales sino que su competencia tiene que ver con la correcta organización de la empresa (por ejemplo, los integrantes del gobierno corporativo)”<sup>197</sup>.

Las críticas de estos autores parten, a mi juicio, de una errónea interpretación de la teoría. En primer lugar, no se entiende cómo, en los delitos de resultado, se puede prescindir de la “visión causal” o fenomenológica. La propia redacción de los tipos penales obliga a tener en cuenta la relación de causalidad para la determinación de la responsabilidad penal. Solo si el tipo penal prescinde de la consideración de un resultado y se redacta, por ejemplo, en términos de infracción de deber, se podría prescindir de la valoración del aspecto causal. Mientras no sea esta la situación, la constatación del nexo causal seguirá siendo necesaria –aunque, por supuesto, no suficiente- para la atribución de responsabilidad penal.

En segundo lugar, y en referencia específica a la crítica de FEIJOO SÁNCHEZ, este autor relaciona el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho con la idea de ejecución material inmediata de la conducta, cuando es claro que no siempre estas dos situaciones coinciden; es decir, para la teoría de la determinación objetiva y positiva

---

<sup>196</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 248.

<sup>197</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 211 ss., n. 375.; *Derecho penal económico*, 2009, 37 n. 40.

del hecho no solo es autor quien ejecuta inmediatamente la conducta. De ser así, no se podrían explicar a través de ella figuras como la autoría mediata<sup>198</sup>.

También en su crítica, FEIJOO SÁNCHEZ se refiere a las lagunas de punición que según él genera la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Aquí debe señalarse que la no responsabilidad de un sujeto como autor, no siempre se corresponde con una laguna de punición, pues su conducta podrá ser constitutiva de participación, bien como inducción, bien como cooperación necesaria o complicidad. Aún más, si la preocupación reside en la necesidad de pena, el CP español –con independencia de los reparos que me genera esta disposición–, señala la misma pena del autor para el inductor y el cooperador necesario.

Pero más importante resulta considerar que, tal como lo expresa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si se generan lagunas de punición no deseables, “las mismas a veces tienen menos que ver con el concepto de autor que con la *imprevisión o falta de habilidad técnica del legislador*, y, en cualquier caso, son asumibles desde el punto de vista de los principios inspiradores del Derecho penal, y no justifican el sacrificio de un concepto de autor que tiene más ventajas que inconvenientes”<sup>199</sup>.

Continuando con la crítica de FEIJOO SÁNCHEZ, referida a que desde el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no se puede resolver el problema de quienes no dominan fácticamente el curso causal, sino que tienen la competencia de organizar correctamente la empresa, no encuentro razones que impidan, desde el criterio aquí asumido, imputar responsabilidad penal como autor (directo, mediato, coautor) a un directivo de una empresa, si –como mostraré más adelante– confluyen en él los requisitos exigidos por el respectivo tipo penal y si logra demostrarse que tenía en sus manos –en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO– la decisión del “si (no sólo el ‘si

---

<sup>198</sup> Señala, en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, 1991, 692 s., que “también el concreto criterio por el que se ha optado para definir la autoría y distinguirla de la participación (...) es un criterio que refleja una diferencia material (...) entre *quien más directamente se enfrenta a las prohibiciones o mandatos de la norma contenida en el tipo* y los demás intervinientes, *por muy próximos que estén a dicho enfrentamiento*, es decir, que sirve para caracterizar a aquel de los intervinientes que, en la comisión de un delito, revela *un menor grado de dependencia de los demás* (ésta es la cara inversa del dominio). Es cierto que se podría proponer un concepto de autor todavía más restrictivo que el que se deriva de mi construcción, por ejemplo, *limitando la autoría a la realización individual e inmediata por una persona del núcleo del tipo (...), pero con ello se habría excluido de la autoría a sujetos que materialmente hacen lo mismo que esa persona*, aunque de un modo estructuralmente distinto (el autor mediato y los coautores), con lo que la construcción perdería contenido material” (la cursiva es mía).

<sup>199</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, 1991, 693 (la cursiva es mía).

no’) y el cómo de la producción del resultado”<sup>200</sup>. Si no se cumplen estos elementos, es claro que el sujeto no puede calificarse como autor, y eventualmente podrá responder como partícipe (inductor, cooperador necesario, cómplice). Lo importante es reconocer que esto no es un fallo de la teoría, sino el respeto al principio de legalidad, que impide atribuir responsabilidad como autor a quien no ha realizado el injusto típico.

Por último, y en estrecha relación con lo que acabo de afirmar, considero que la “progresiva pérdida de significado descriptivo del verbo típico”, a la que alude SÁNCHEZ LÁZARO, es, justamente, uno de los peligros más evidentes de las teorías fuertemente normativizadoras –a las que haré referencia en el siguiente apartado–, porque, paradójicamente, terminan aceptando (y defendiendo) vulneraciones flagrantes al principio de legalidad<sup>201</sup>, como mostraré enseguida. Aquí cobra relevancia la advertencia que el propio SÁNCHEZ LÁZARO realiza, en el sentido de no olvidar “que la teoría de la participación en tanto problema del tipo se encuentra bajo el *leitmotiv* de la determinación legal”<sup>202</sup>.

## **E) Teorías “(fuertemente) normativizadoras”<sup>203</sup>**

### *a. Breve caracterización*

Utilizo aquí la expresión de “fuertemente normativizadoras” para dejar claro que, en todas las teorías a las que he hecho referencia en este capítulo (la teoría objetivo-formal, la teoría del dominio del hecho, la teoría de la pertenencia del hecho y

---

<sup>200</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, 1991, 631.

<sup>201</sup> V., en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 273 s. (= *NFP 76 (2011)*, 32), quien señala que “si se exagera (sólo si se exagera) la vinculación entre autoría e imputación objetiva o la teoría de la autoría y la participación se sustituye por ésta o si se prescinde de todo dato fenomenológico en la construcción de las categorías, figuras o distinciones jurídico-penales, realmente cabe hacer una configuración de la autoría (y de la tipicidad, en realidad) ampliatoria, totalmente desligada de la acción típica, que, si se lleva demasiado lejos, se convierte en funcional a tal extremo que resulta caprichosa, pensada a medida para resolver como a uno le parece los problemas sin más (o poco más) que la conveniencia político-criminal (o, peor aún, la mera opinión personal)”. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 s. n. 37. También denuncia el desconocimiento del Derecho positivo por parte de algunas doctrinas, SOTOMAYOR ACOSTA, *PC 22 (2016)*, 698.

<sup>202</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 106 n. 521.

<sup>203</sup> Utilizo aquí una expresión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 266 (= *NFP 76 (2011)*, 26), porque me parece bastante descriptiva para la calificación de estas propuestas, como advierto en el texto.



la teoría de la determinación objetiva y positiva) existe un componente normativo, pero las propuestas que expondré a continuación hacen un especial énfasis en la normativización del concepto de autor<sup>204</sup>.

En Alemania, destacan JAKOBS<sup>205</sup> y LESCH<sup>206</sup> como principales exponentes de estas propuestas fuertemente normativizadoras. Por su parte, en España, son varios los autores que acogen estas propuestas, y entre ellos destacan FEIJOO SÁNCHEZ<sup>207</sup>, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES<sup>208</sup> (con los planteamientos más radicales), ROBLES PLANAS<sup>209</sup> y SÁNCHEZ LÁZARO<sup>210</sup> (con planteamientos más matizados), con diferencias

---

<sup>204</sup> Cfr., en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 266 (= *NFP 76 (2011)*, 26 s.)

<sup>205</sup> V., entre otras obras de este autor, JAKOBS, *AT*, 1991, 613 ss. (= *DP, PG*, 1997, 741 ss.); en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 89 ss.; en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 640 ss.

<sup>206</sup> LESCH, *ADPCP 1995*, 911 ss.; *Intervención delictiva*, 1995, *passim*; en: *PJ 57 (2000)*, 94 ss., con especial atención al ámbito de la coautoría.

<sup>207</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, *passim*, quien pretende “trasladar los avances dogmáticos de la ‘teoría de la imputación objetiva’ al ámbito de la participación criminal para reconducir esta modalidad de imputación jurídico-penal a límites político-criminalmente aceptables”, según sus propias palabras (12); también en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coord.), *EP-Valle Muñiz*, 2001, 229 ss.; *Derecho penal de la empresa*, 2007; *Derecho penal económico*, 2009. En esta obra afirma que la autoría, en el delito doloso y en el imprudente, “tiene que ver con la idea del ‘dominio normativo’ entendido como ‘dominio competencial del hecho’ y no con una determinación objetivo-causal del hecho” (37). Lo clave, para este autor, deja de ser el “dominio” y pasa a ser la “competencia” (114).

<sup>208</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, *passim*. Como expongo más adelante, este es el autor español que, en mi criterio, lleva más lejos la normativización de la autoría, basándose en los conceptos de delitos de infracción de deber “positivados” y “no positivados”, y en la posición de garante.

<sup>209</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 174 ss., 218, 261 ss., advierte de que, en su teoría, el “hecho” está desvinculado de su configuración naturalística, y se concibe como la “unidad básica de desestabilización normativa” (174). En este sentido, insiste en la idea de que, en todo curso lesivo, solo hay un “hecho” para todos los intervinientes (175). Considera que el partícipe “dispone una razón para que le sea imputado, como propio, el hecho típico” (179), una razón para acceder a ese hecho típico (180). Y concluye que el fundamento de la responsabilidad del autor y el partícipe es el mismo: “la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito” (179). No obstante, acepta que el partícipe responde “en grado distinto”. Una de las consecuencias que se derivan de su postura es que la diferenciación entre autoría y participación pasa a ser posterior a la afirmación de la tipicidad o imputación objetiva (218). En este punto, y tal vez anticipando las críticas que se pueden hacer a su concepción, advierte de que la discusión sobre si la distinción entre autoría y participación es cuantitativa o cualitativa, no es tanto una discusión de fondo como terminológica. De acuerdo con lo anterior, no ve problemático afirmar que los autores son los intervinientes cuya aportación es cuantitativamente mayor que la de los partícipes. Sin embargo, reconoce que afirmar que lo único que distingue a los autores de los partícipes es el quantum puede conducir a equívocos (268). Sostiene, por tanto, que si se entiende el dominio del hecho en sentido normativo, “como concepto que aglutina los elementos que convierten en más estrecha la relación de un determinado interviniente con el hecho, entonces no sólo puede seguirse manteniendo el término ‘dominio del hecho’, sino que además es forzoso ver en quien posee el dominio del hecho así descrito un aspecto cualitativamente distinto a quien no lo posee. Con otras palabras: lo que es cuantitativamente muy distinto puede definirse también como cualitativamente diferente” (268 s.); *Garantes y cómplices*, 2007, 12 ss.

<sup>210</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, *passim*, se refiere a la necesidad de normativizar las categorías, de partir de un momento normativo y no naturalístico, y explicar a partir de él

evidentes en el grado de normativización de los conceptos, pero con notas comunes que justifican su inclusión en este grupo.

Dentro de estas notas comunes, y en términos generales, el elemento más importante de las propuestas fuertemente normativizadoras de la autoría es la *delimitación de ámbitos de competencia*<sup>211</sup> o de los alcances de la posición de garante. Así, en la llamada “competencia por organización”, donde el sujeto es creador de riesgos dentro de su libertad de configuración, el elemento para diferenciar autoría y participación viene dado por el quantum de la aportación; mientras que en la llamada “competencia institucional”, donde surgen deberes vinculados a la pertenencia del individuo a una institución, solo puede ser autor el obligado institucionalmente, y toda otra intervención se degrada a participación. Lo primero se corresponde con los llamados delitos de dominio, y lo segundo con los delitos de infracción de deber<sup>212</sup>.

De esta manera, si –como ya se ha dicho– lo decisivo es el concepto de competencia, y el dominio se refiere únicamente a cuestiones cuantitativas, la línea de unión entre los delitos de dominio y los delitos de deber es, precisamente, según JAKOBS, la competencia: “en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber

---

las distintas formas de autoría. A esta la concibe como “la categoría o instituto jurídico-penal que –dentro de la tipicidad– le corresponde mostrar la máxima expresión de responsabilidad delictiva” (102). Insiste en que el verbo típico está abandonando progresivamente su significado descriptivo, y eso lleva a comprender la autoría como “forma o expresión de responsabilidad” y no como forma de realización, pues esto último “ya no es realista ni satisfactorio” (103). Propone, entonces, su concepto de autor: “la competencia sobre la fuente de peligro” (106), y lo define en los siguientes términos: “posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueve dentro del riesgo permitido” (112). Advierte de que es un concepto que no señala a quien controla fácticamente la fuente de peligro o a quien domina el proceso lesivo, sino que “habla directamente de responsabilidad” y señala al “principal responsable de la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido materializado en la lesión; la persona cuya actuación presenta un componente cualitativo adicional de peligro, ya que de ella depende el nacimiento efectivo del riesgo, su actualización y que la amenaza sobre el bien jurídico se torne inmediata” (107). El autor insiste en que, en el proceder expuesto, ha atendido a posiciones normativas y no a posiciones fenomenológicas o naturalísticas (115); *RP 20 (2007)*, 167 ss.

<sup>211</sup> Para una explicación más detallada de los conceptos de competencia por organización y competencia institucional, v., entre otros: LESCH, *ADPCP 1995*, 942 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 37 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 115 ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, PG, 2ª, t. II, 2016, 258 ss.; GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 357 ss.

<sup>212</sup> En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 108, “los delitos de dominio lesionarían sólo una prohibición de dañar, en tanto que los delitos de infracción de deber lesionarían por lo menos además un mandato de edificar un mundo en común”.

negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que –desde luego– abarca el empeoramiento)”<sup>213</sup>.

No obstante, para este autor, lo que queda del dominio del hecho es muy residual. Sostiene que, en los supuestos de quien actúa solo, no es necesario, pues el problema en este ámbito se formula a partir de la pregunta por la “competencia por el ulterior resultado”. Tampoco en la autoría mediata lo considera necesario, al ser esta, desde su concepción, una autoría directa disfrazada<sup>214</sup>, en la que, por tanto, lo relevante es determinar cuándo el sujeto de atrás es competente. Luego afirma que un “cierto residuo” del dominio del hecho se encuentra en la codelincuencia. Para estos supuestos, reitera que el dominio del hecho es una cuestión cuantitativa, para determinar si el interviniente es autor o partícipe, pero previa a esa cuantificación está la determinación de quién interviene y quién no, porque solo presta una contribución neutral “que no lo vincula con el colectivo”. Aparte de ese “residuo”, para JAKOBS –y los autores que lo siguen– el dominio del hecho “puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia”<sup>215</sup>.

Como explica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES<sup>216</sup>, la concepción que acaba de exponerse, en comparación con la de ROXIN, implica una ampliación del ámbito de los delitos de infracción de deber a todos los supuestos en que el autor sea un obligado especial, un “garante en virtud de una institución”. Así, delitos que a primera vista son de dominio, se convierten en delitos de infracción de deber cuando se constata la existencia de una institución. Por tanto, delitos de infracción de deber no son solamente “aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber ‘positivado’ (...), sino toda forma de conducta que lesiona una institución, y, en verdad, también –y aquí reside la ampliación decisiva–, aunque el tipo de la Parte Especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común”<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 118 s.

<sup>214</sup> En efecto, JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 109, considera la autoría mediata como una “autoría directa disfrazada”, en la medida en que el ejecutor “interviene en un círculo de organización ajeno”. En este sentido considera que el instrumento es “naturaleza con apariencia humana”, y así, usar un instrumento es emplear las fuerzas instrumentales de otra persona no responsable.

<sup>215</sup> JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 118.

<sup>216</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 43 s.

<sup>217</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 44.

Y es, tal vez, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, el autor que, al menos en España, ha llevado más lejos las propuestas normativizadoras. Para fundamentar esta afirmación, me valgo del ejemplo que el propio autor propone para ilustrar su concepción sobre los delitos de infracción de deber: si una madre pretende ayudar al asesinato de su hijo facilitando el arma, será autora de una tentativa de homicidio, aunque el hecho principal no haya entrado en fase ejecutiva. Ello se explica, según SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, porque “la infracción del deber de la madre ya se ha producido en toda su plenitud cuando facilitó el arma, con independencia de que el autor principal no se halle todavía en fase de ejecución, por lo que ese adelantamiento de las barreras defensivas de Derecho penal no significa un afán autoritario ni represivo, sino que se encuentra perfectamente justificado –la infracción del deber, como decimos, es completa–”<sup>218</sup>. De este ejemplo haré una valoración crítica en el siguiente apartado. Por ahora, y para efectos de caracterizar estas propuestas, me interesa poner de relieve los extremos a los que puede conducir la normativización radical de los conceptos.

En últimas, es posible afirmar que, para los defensores de las propuestas fuertemente normativizadoras, la determinación de la autoría<sup>219</sup> es más, en palabras de JAKOBS, una cuestión de “*atribución del comportamiento y de las consecuencias*”<sup>220</sup>, en detrimento de conceptos como el de dominio del hecho, al que, como ya se ha dicho, consideran meramente naturalístico o fenomenológico, y del que, incluso, predicen su ocaso<sup>221</sup>.

#### *b. Algunas críticas*

Como advertí en el apartado anterior, son diversas las propuestas que, para simplificar la exposición, he encuadrado bajo el rótulo de “fuertemente normativizadoras”. Ello dificulta hacer una valoración crítica global, pues se corre el riesgo de señalar defectos que pueden no estar presentes en algunos de los

---

<sup>218</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 192 s.

<sup>219</sup> POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, PG, 2ª, t. II, 2016, 231, con una postura expresamente normativista, considera incluso obsoleta la terminología tradicional de autoría y participación, porque se trata, según él, de conceptos muy apegados a criterios ontológicos. Por eso prefiere aludir a “intervención delictiva”, para referirse a los diferentes grados de responsabilidad penal.

<sup>220</sup> JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 93 (la cursiva es mía).

<sup>221</sup> Así, JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, especialmente 118.

planteamientos<sup>222</sup>. Aquí expondré, entonces, críticas generales, a las que incluso ya me he ido refiriendo al hilo de esta exposición, que sí pueden formularse frente a las propuestas mencionadas.

En primer lugar, la tendencia a la normativización extrema de la categoría de la autoría, ha hecho que esta se aleje progresivamente del concepto de realización típica<sup>223</sup>, que pasa a ser remplazado por conceptos como el de “competencia”, “infracción del deber” (incluso no positivado), o “incumbencia”. En efecto, el comportamiento descrito en el tipo se interpreta de una manera tan laxa, que da cabida a conductas que, desde mi perspectiva, no se ajustan a la descripción típica y, por ende, no podrían fundamentar la autoría. A ello se añade que, cuando las diferencias entre las formas de intervención en el delito se entienden como cuantitativas, más que cualitativas, ello puede desembocar – con matices– en un concepto unitario de autor<sup>224</sup>, que aquí ya he criticado.

Todo lo anterior se ilustra bien con uno de los ejemplos que utiliza SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES<sup>225</sup>: el autor se refiere a los elementos típicos “documentar” o “inscribir falsamente”, contenidos en el § 348 Abs. 1 StGB, y afirma que los mismos no describen una “acción ejecutiva particular”. En este sentido considera que, si un colega que también es competente pone a disposición de otro su pluma, “es cierto que él no está documentando nada desde un punto de vista naturalista; pero no es menos cierto que, si le incumbe el hecho de la documentación –por ser de su competencia–, y su colega realiza la falsedad documental, aquél será responsable de la misma en comisión por omisión”<sup>226</sup>. Si bien comparto la opinión de que puede haber muchas modalidades de “documentar” o de “inscribir falsamente”, así como puede haber muchos modos de “matar”, si no se realiza la acción típica (por acción o por omisión, si se da la equivalencia normativa), no se puede ser autor del respectivo delito, únicamente por ostentar determinado “rol” o competencia. Aquí insisto en la idea de que los delitos de infracción de deber tienen que estar tipificados como tales para poder afirmar que, en

---

<sup>222</sup> En un sentido muy similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 268 [= *NFP 76 (2011)*, 29].

<sup>223</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 268 [= *NFP 76 (2011)*, 29]. En sentido similar, JAREÑO LEAL, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 499 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 50; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 s. n. 37.

<sup>224</sup> Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Foro FICP 2015-2*, 66. En sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 434 s. n. 37.

<sup>225</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 171.

<sup>226</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, 171

consecuencia, la sola infracción del deber hace que el sujeto que lo infringe sea considerado, sin más, como autor. Pero este no es el caso en el ejemplo, ni lo es en la mayoría de delitos del CP, que no están redactados en términos de infracción de deber. No se entiende cómo se satisfacen las exigencias del principio de legalidad cuando se castiga como autoría una conducta que no encaja en la descripción típica. Por esta vía, y de manera paradójica, las propuestas más fuertemente normativizadoras terminan alejándose de lo previsto en la norma<sup>227</sup>.

También se le ha criticado a estas teorías que, en ocasiones, terminan dándole al concepto de imputación objetiva un alcance excesivo<sup>228</sup>, “*incluyendo en el mismo los requisitos de la autoría*, entendiéndose que en ésta se trata de imputar al autor el hecho como obra suya, o los requisitos de la propia imprudencia, como la infracción del deber y de la norma de cuidado (...)”<sup>229</sup>. Como advierte ROSO CAÑADILLAS, el análisis de la imputación objetiva debe realizarse respecto de todas las conductas que de alguna manera hayan influido en la producción del resultado, no solo respecto de la del autor, porque interesa saber si esas conductas son las que realmente han creado el peligro de producción del resultado<sup>230</sup>. Esta autora explica que “la imputación objetiva busca la relevancia penal de la conductas (sic) a partir de criterios valorativos-normativos diseñados por la dogmática para cumplir esa función de análisis y terminar imputando resultados a conductas. Sin embargo, con el criterio de autoría, sea el que sea, se intenta dar respuesta a otra cuestión que plantea el tipo: quién ha sido el autor, quién ha guiado su conducta de tal modo que ha determinado que el resultado sea así y no de otra manera, es decir, quién ha realizado el tipo. La autoría busca al responsable principal, la

---

<sup>227</sup> Volviendo al ejemplo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, el que pone a disposición del otro colega su pluma, no documenta ni inscribe falsamente; más bien presta una ayuda al autor del hecho y, en esta medida, podría ser castigado como partícipe, por facilitar la realización del hecho principal. Por la vía de interpretar los delitos que aquí se consideran de dominio, como delitos de infracción de deber, la descripción de la conducta típica se hace superflua, si en realidad lo relevante es infringir un deber, con independencia de que la conducta del sujeto infractor no lesione de manera directa el bien jurídico protegido.

<sup>228</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, 1991, 610 n. 276; GA 2011, 268 s. [= NFP 76 (2011), 29 s.]; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 120, 502 s.; BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente*, 2007, 174; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 15/103. Insiste también en la importancia de desligar a la autoría, de la causalidad y de la imputación objetiva, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *LH-Morillas*, 2018, 436 n. 41.

<sup>229</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 15/103.

<sup>230</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 511.

imputación objetiva nos informa si la conducta, ya sea la del autor o la del partícipe, ha sido también relevante penalmente”<sup>231</sup>.

Por último, quiero referirme expresamente al ejemplo utilizado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES para ilustrar la tesis de los delitos de infracción de deber no positivados, y que expuse en el apartado anterior. Lo primero que cabe afirmar es que la solución de castigar a la madre como autora de una tentativa de homicidio contraviene la letra de la ley, pues se castiga por tentativa sin que el hecho principal haya entrado en la fase de ejecución, y, por tanto, sin que se den los presupuestos exigidos por el art. 16 CP, esto es, que el sujeto haya dado “principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”. No es posible compartir la opinión del autor cuando señala que el adelantamiento de las barreras defensivas es legítimo en este supuesto. No puede ser legítimo lo que contraría de manera flagrante un principio básico del Derecho penal, como es el de legalidad<sup>232</sup>. En segundo lugar, siendo consecuente con su teoría, y si entiende que la infracción del deber en este supuesto está completa, se ha producido “en toda su plenitud”, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES tendría que proponer el castigo por un homicidio consumado. Es de suponer que no propone tal solución porque reconoce que sería absurdo castigar por un homicidio cuando no hay resultado muerte. Pero, precisamente, es tan absurdo como castigar por tentativa cuando no se ha dado inicio a la ejecución del hecho.

---

<sup>231</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 517.

<sup>232</sup> También se muestra crítico con este ejemplo, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 147 s. Señala que, con este supuesto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES asume el quebrantamiento del principio del hecho. En n. 8 (147) sostiene que los argumentos de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES para sostener esta solución no son convincentes, y afirma que “cuando no se ha iniciado la ejecución del hecho típico, no hay, en un Derecho penal del hecho, nada que fundamente la responsabilidad” (148).

## ***Recapitulación***

1. La respuesta a la pregunta por el concepto de autor que se asume como punto de partida desemboca, a su vez, en el interrogante acerca del criterio delimitador entre autoría y participación. En esta investigación se opta por un concepto restrictivo de autor, que parte de la idea fundamental de que no todos los que intervienen en un hecho delictivo son autores, sino solo los que realizan el tipo.
2. El concepto restrictivo de autor tiene como característica principal la admisión de la accesoriedad, a la que están sometidos los partícipes. Esa característica lo hace preferible al concepto unitario y al extensivo, porque permite una mayor precisión de la descripción típica y, por tanto, una mayor conformidad con los principios del Estado de Derecho. Ello, siempre y cuando la opción por un concepto restrictivo se mantenga de manera coherente, tanto por el legislador, como por el intérprete.
3. A la pregunta por el criterio delimitador entre autores y partícipes, la doctrina ha respondido con diversas teorías, entre las cuales destacan, por su relevancia y pertinencia para la discusión que es objeto de esta investigación, la teoría objetivo-formal, la teoría del dominio del hecho, la teoría de la pertenencia del hecho, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, y las teorías fuertemente normativizadoras.
4. Para la teoría objetivo-formal, en términos generales, es autor quien realiza la conducta descrita en los tipos de la Parte especial. En su versión clásica, la teoría objetivo-formal es rechazable en cuanto iguala las acciones ejecutivas típicas y las no típicas; por su parte, la versión moderna, si bien es correcta, resulta incompleta, pues nada dice acerca del criterio material para definir quién realiza la acción típica.
5. La teoría del dominio del hecho considera como autor al que domina el hecho delictivo, al que con su conducta decide el si y el cómo de la producción del delito, la “figura central” del hecho delictivo. Las principales críticas a los postulados generales de esta teoría tienen que ver, en primer lugar, con la



relevancia que la teoría otorga a conceptos prejurídicos vagos, como el de “figura central, del que derivan consecuencias importantes; en segundo lugar, se critica la exigencia de un elemento subjetivo para la configuración del dominio, lo que dificulta su aplicación en el ámbito de los delitos imprudentes; por último, se critica la extensión desmesurada del concepto de autor a la que conduce la teoría en algunos ámbitos.

6. Para la teoría de la pertenencia del hecho, es autor aquel causante del hecho, al que se le puede atribuir la pertenencia de este, bien sea exclusiva o compartida. El autor aparece como protagonista del hecho, como sujeto principal de su realización. A esta teoría se le ha criticado la vaguedad del concepto de “pertenencia del hecho”, que no permite llegar más lejos que las teorías precedentes, y también la idea de que todo hecho le pertenece a alguien, a efectos penales.
7. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, que asumo y defiendo en esta investigación, parte de la idea fundamental de la estrecha vinculación entre autoría y realización del tipo. El componente objetivo de la teoría se explica con la idea de que, lo fundamental para la determinación de la autoría no es la existencia de un elemento subjetivo, sino lo que haga el sujeto; de ahí que la teoría sea aplicable tanto en los delitos dolosos como imprudentes. El carácter positivo viene dado por el hecho de que, para esta teoría, no basta el simple dominio negativo o poder de impedir o contener la producción del hecho para configurar la autoría, sino que se exige algo más, un dominio positivo, que la conducta del sujeto configure decisivamente el curso del acontecer típico, hacia la producción del resultado.
8. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho también ha sido objeto de múltiples críticas. Destacan, como críticas generales, el supuesto olvido del componente subjetivo, que algunos autores consideran esencial para la configuración de la autoría; el rechazo a la distinción entre acciones típicas nucleares y no nucleares; y el carácter “naturalístico” o “fenomenológico” que algunos le atribuyen, y que los lleva a descartarla como opción para el tratamiento de los nuevos fenómenos de criminalidad.

9. Es perceptible la progresiva normativización de las categorías penales, y esa tendencia, en algunos autores, se revela a partir de propuestas fuertemente –y, en algunos casos, radicalmente– normativizadoras. La determinación de la autoría se convierte en un asunto de delimitación de competencias, de atribución de comportamientos, de incumbencia, en detrimento del dominio del hecho, que es meramente residual para estas propuestas. A estas teorías se le critica su lejanía con respecto a la realización típica, y la consecuente afectación al principio de legalidad; también, el alcance desmedido que le asignan al concepto de imputación objetiva.

**SEGUNDA PARTE**

**FORMAS DE AUTORÍA EN LA ESTRUCTURA  
EMPRESARIAL**

## *Consideraciones previas*

1. En el capítulo I de este trabajo caractericé la estructura empresarial a partir de sus interacciones (horizontales y verticales), que reflejan mejor, en mi criterio, el dinamismo de esta estructura, en contraposición a conceptos más “estáticos” como los de plano horizontal o vertical.

Aquí quiero insistir en esta caracterización y en la idea según la cual, en el seno de una estructura empresarial, son muchas y muy diversas las interacciones que se presentan. Lo anterior impide, en consecuencia, que la determinación de la autoría y la participación en supuestos que tienen lugar dentro de esta estructura sea uniforme y refleje un mismo modelo en el que, por ejemplo, los directivos deban responder siempre en calidad de autores, por el mero hecho de ostentar esa posición<sup>1</sup>; solución que, además de simplista, resulta incorrecta, porque no solo contradice los principios de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad por el hecho propio, sino que desconoce las dinámicas propias de cada empresa y las especificidades de las relaciones e interacciones que en cada supuesto se tejen.

Todo ello explica que en la segunda y tercera parte de este trabajo me refiera, respectivamente, a formas de autoría y de participación que pueden tener lugar en supuestos delictivos realizados en el seno de la estructura empresarial, siempre y cuando se satisfagan los requisitos que he considerado indispensables para cada una de estas formas. Lo anterior también resulta consecuente con el modelo restrictivo de autor y con el criterio de delimitación entre autores y partícipes, cuya elección ya he fundamentado en el capítulo anterior.

2. La idea de interacciones verticales y horizontales trae aparejada, también, la idea de dirección-subordinación, presente, de manera necesaria, en una estructura jerarquizada y con división de trabajo. En lo que sigue se utilizarán los conceptos de *directivo* y *subordinado*, básicamente en la línea propuesta por ARAMBURO CALLE<sup>2</sup>, con algunas diferencias mínimas, sobre todo en lo que tiene que ver con el último de los conceptos.

---

<sup>1</sup> En estrecha relación con esta idea se encuentra el llamado modelo de imputación “*top-down*”, al que haré referencia en el número 3 de este apartado.

<sup>2</sup> ARAMBURO CALLE, *Cuadernos de investigación* 47 (2006), 13 ss.

Para ARAMBURO CALLE, el concepto de directivo –término que prefiere usar, en lugar de “empresario”<sup>3</sup>– incluye a “los cuadros superiores con poder de decisión (presidentes, gerentes, directores, administradores, y en su caso los vicepresidentes, subgerentes o subdirectores), las juntas directivas o consejos de administración y las asambleas generales de socios o accionistas, cuando existieren y fuere del caso tenerlas en cuenta por su intervención en la toma de decisiones que afecten actividades desarrolladas por los empleados o personal subalterno al servicio de la empresa”<sup>4</sup>. Como supuestos problemáticos se refiere, entre otros, al administrador de hecho. Coincido con ARAMBURO CALLE en que el criterio orientador para saber si estos supuestos se incluyen o no dentro del concepto de “directivo”, debe ser el del “*efectivo ejercicio de un poder de decisión sobre la conducta de personas subordinadas, en una estructura organizada jerárquicamente de la que se sirve para asegurarse el cumplimiento de sus designios*”<sup>5</sup>. Y, en definitiva, considero que este último resulta el criterio decisivo para establecer quién desarrolla o no funciones de dirección dentro de una empresa.

En cuanto al concepto de “subordinado”, para ARAMBURO CALLE lo es “todo aquel obligado jurídicamente al cumplimiento y acatamiento de órdenes provenientes de jerarquías empresariales superiores<sup>6</sup>”, y enseguida advierte de que “esa subordinación deberá ser jurídica y no de hecho, y podrá tener fuente en relaciones contractuales civiles o comerciales y, por supuesto, laborales”<sup>7</sup>. Como ya anticipé, es en la delimitación de este concepto donde me distancio, solo en parte, de la posición de ARAMBURO CALLE, cuando exige que la subordinación sea jurídica y no de hecho. Considero que, si se admite la administración de hecho como perteneciente a la categoría de directivo, en atención a un criterio material y no meramente formal, en esa

---

<sup>3</sup> Cfr. ARAMBURO CALLE, en: *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 13. Para este autor –y comparto su posición–, el empresario es quien ostenta “un derecho de dominio sobre los medios de los que se sirve la estructura empresarial”, y esa sola condición no lo ubica en una situación de superioridad jerárquica frente al empleado o ejecutor, pues normalmente el “empresario” se mantiene alejado del desarrollo de las actividades de la empresa. No obstante –y creo que ello resulta evidente–, si ese empresario o titular de la empresa desempeña, al tiempo, funciones de dirección, será considerado, en consecuencia, como “directivo”. También se refiere a este fenómeno de “*escisión entre la propiedad y el control de la empresa*”, DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 48.

<sup>4</sup> ARAMBURO CALLE, en: *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 13.

<sup>5</sup> ARAMBURO CALLE, en: *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 13 s. La cursiva es mía.

<sup>6</sup> ARAMBURO CALLE, en: *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 14.

<sup>7</sup> ARAMBURO CALLE, en: *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 14.

misma línea no debería excluirse, de plano, la subordinación de hecho, cuando se dan las condiciones de cumplimiento y acatamiento de órdenes provenientes de superiores jerárquicos.

3. La caracterización de las relaciones de dirección-subordinación dentro de la estructura empresarial permite analizar diferentes modelos de imputación de responsabilidad penal en dicha estructura. Como adelanté en el número 1 de estas consideraciones, existen modelos de imputación que terminan asociando la responsabilidad penal más a la posición que se ocupa dentro de dicha estructura, que a la actividad efectivamente realizada.

En este punto, considero importante mencionar el desarrollo de una tendencia<sup>8</sup> – en principio jurisprudencial<sup>9</sup> y luego también doctrinal– en la que se constata un alejamiento entre la ejecución material de la conducta y la atribución de responsabilidad penal. De este modo, se ha empezado a mirar de “arriba hacia abajo” al momento de identificar responsabilidades penales dentro de la empresa, esto es, se ha implementado –y cada vez con mayor fuerza– el llamado modelo de imputación “*top-down*”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Aquí sigo lo que ya en su momento planteé en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 109 ss.

<sup>9</sup> Señala al respecto MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 523, que “no es, por ello, extraño que en este ámbito la jurisprudencia, adelantándose ya en cierto modo a la doctrina, haya provocado un ‘cambio de paradigma’ en la teoría de la autoría y la participación y que en la determinación de la responsabilidad por los delitos que se cometen en el ámbito empresarial haya empezado por averiguar la responsabilidad de los que en la cúspide toman las decisiones, y no por la de los que al ejecutarlas producen el daño”. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 123 s., señala que la solución jurisprudencial plantea un cambio de perspectiva, consistente en que “la responsabilidad primaria no se impone a quien directamente causa el daño, al operador más próximo al hecho o a su ejecutor inmediato (...), sino a la dirección de la empresa, al responsable de la decisión...”. Con respecto a la jurisprudencia del BGH, señala HASSEMER, en: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, 1995, 174, que “en lugar de buscar de entrada la responsabilidad primaria del autor más próximo al hecho, en cuyo ámbito de trabajo y organización la localización de la responsabilidad es inmediata (...), el TS alemán ha desplazado el punto de mira hacia los niveles más altos de decisión e incluso hacia la cúspide de la dirección de la empresa”.

<sup>10</sup> Véase, al respecto, KUHLEN, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 238; SILVA SÁNCHEZ, en: *CDJ 1997-II*, 14, quien alude al “progresivo alejamiento de la atribución de responsabilidad del hecho de la ejecución material” como una de las características del Derecho penal moderno; ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 244, 253; MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 523; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª, 2002, 544; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 16; SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 10 s., afirma que “en la legislación, jurisprudencia y doctrina se reconoce la tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible ‘hacia arriba’, es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan”; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en: *Ep-Ruiz Antón*, 2004, 831; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 241, 473; GALLEGO SOLER, *EDJ 72 (2005)*, 55 s.; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 155, sostiene que “existe cierto acuerdo en la doctrina de que la solución fácil de que la

No obstante, con independencia de que en ciertos casos se llegue a soluciones político-criminalmente aceptables<sup>11</sup>, se deja de lado que muchas veces la conducta de determinados sujetos ubicados en la cúspide de la pirámide empresarial puede ser constitutiva de participación y no de autoría (o, incluso, puede llegar a estar exenta de responsabilidad penal), y se olvida al mismo tiempo que no siempre el ejecutor material de las decisiones es un instrumento a través del cual actúan sus superiores.

En este sentido comparto lo expresado por SCHÜNEMANN cuando sostiene que “aun cuando esta tendencia parezca evidente a primera vista y sea de todos modos

---

responsabilidad penal pille preferentemente a los últimos que ejecuten el hecho o tengan el riesgo empresarial entre las manos (los últimos eslabones de la cadena empresarial) debe ser evitada como modelo general en la medida en la que no se trata de una solución adecuada a la estructura de las organizaciones empresariales”; PEÑARANDA RAMOS, en: SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 163-166; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Fraude a consumidores*, 2016, 242 n. 14 (y sobre los dos modelos de imputación, de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo: 239 s.); ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad penal de empresas*, 2008, 134; en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, PG, 4ª, 2010, 429 ss.; en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 210 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 33, 106; HERNÁNDEZ BASUALTO, en: BERRUEZO et al, *DPE*, 2010, 218 s., se refiere a la tendencia *top-down* como una manifestación del Derecho penal moderno, que busca que la imputación se haga efectiva frente a aquellos que “aparecen como los ‘verdaderos’ responsables, en cuanto depositarios del poder en la organización empresarial”. Aunque este autor se muestra favorable a dicha tendencia, advierte sobre la necesidad de evitar a toda costa la responsabilidad penal objetiva, basada únicamente en el cargo que se ocupa y no en la “infracción de *deberes propios* del directivo”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PG, 2010, 1039, quien, al referirse a la posibilidad de una coautoría entre el ejecutor y el que dirige, sostiene que lo importante es que quien tiene la capacidad de decisión es autor. Las diferencias, según él, vendrán dadas por el tratamiento del ejecutor, pero reitera que no cabe discusión acerca de que quien tiene el poder de mando en una organización es autor; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP, PG, 9ª, 2015, 485; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE, PG, 5ª, 2016, 512 ss.; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal para directivos*, 2016, 142, quien manifiesta su desacuerdo con el modelo de imputación contrario (de abajo hacia arriba), pues considera que “lleva aparejado un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas penales y, en consecuencia, de los fines y funciones sociales de la pena y del Derecho Penal”. A esta tendencia *top-down* parecen responder también las recientes STS 86/2017, de 16 de febrero; STS 467/2018, de 15 de octubre, y la STS 582/2018, de 22 de noviembre, en las que se sostiene (el fragmento transcrito es idéntico en las tres) que “en la medida en que se trata de sucesos en el ámbito y seno de una empresa u organización debe considerarse autor a aquél que realmente domina la organización -sea empresarial o de otro tipo- en la que se produce un resultado penalmente responsable. Así, *deberían considerarse responsables, en primera línea a los directivos de la empresa afectada* y a los subordinados solo en casos excepcionales. La valoración penal debe realizarse siguiendo dos pasos: en primer lugar, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes (acciones u omisiones); en segundo lugar, *éstos se imputan penalmente a los directivos de la empresa u organización como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad*” (la cursiva es mía). No obstante, estas mismas sentencias reconocen, más adelante, que “si se pretende exigir responsabilidad penal al director o administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya condenado”.

<sup>11</sup> Así, PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 178 n. 356, sostiene que, aunque en muchas ocasiones resulta correcta la solución de atribuir responsabilidad a quien ocupa la posición más alta en la estructura productiva, en detrimento de la imputación de responsabilidad al interviniente que, temporal y espacialmente, está más cercano al resultado, no siempre dicha solución es correcta.

popular, debe analizarse cuidadosamente su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal y, en consecuencia, debe limitarse”<sup>12</sup>.

Lo anterior lleva a este autor a plantearse que los órganos de dirección de la empresa muchas veces “carecen de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada, pues sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que en sí son necesarias...”<sup>13</sup>. De ahí se deriva la importancia, también para este trabajo, de la actuación de los *mandos medios*, que incluso –como señala SCHÜNEMANN– pueden llegar a manipular a los directivos a partir del suministro de “una información previamente seleccionada”<sup>14</sup>.

También FEJOO SÁNCHEZ<sup>15</sup> destaca la importancia de los mandos medios. Sin embargo advierte, con razón, de que con ella no se quiere bloquear de forma absoluta la posibilidad de imputar responsabilidad a los máximos dirigentes de la empresa, sino que se pretende señalar que “el expediente de hacer siempre responsables a las personas que ocupan un rango superior dentro de la empresa no es una solución adecuada, sobre todo cuando el hecho delictivo está relacionado con complejas cuestiones técnicas o científicas”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 11.

<sup>13</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 11 s. También FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 162 s., plantea que “hay que tener en cuenta que el creciente proceso de descentralización y delegación de funciones y deberes desde el vértice superior a los elementos intermedios en las empresas tiene como consecuencia que éstas no se correspondan ya exactamente con la idea de una pirámide estrictamente jerarquizada en la que el vértice superior sigue controlándolo todo. Todo esto hace que para el vértice superior de la empresa sea difícil afirmar en todos los casos que un determinado hecho resultaba evitable, sobre todo cuando tiene que ver con complejas decisiones técnicas”. En un sentido muy similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 515.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 12.

<sup>15</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 160; *Derecho penal económico*, 2009, 29. Este autor señala que, en las grandes empresas, los superiores solo deciden cuestiones muy generales, mientras que los mandos intermedios suelen ser quienes ostentan la capacidad de organización de la empresa. En este sentido plantea que “no siempre se pueden resolver todos los problemas proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide, debido a la importancia que en una empresa o sociedad tienen los cargos intermedios o los encargados o jefes de una sección o unidad operativa concreta, con enormes capacidades de decisión”. Añade que en estos supuestos muchas veces los mandos intermedios son los que toman las decisiones relevantes y poseen la información decisiva.

<sup>16</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 164. En un sentido muy similar, destacando la importancia de los mandos medios para la toma de decisiones que pueden ser relevantes para generar responsabilidad penal, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 446; *PG*, 2010, 399. A lo expresado por FEJOO SÁNCHEZ habría que añadir que el proceso productivo contempla tantas fases, que son muchos los intervinientes respecto de los cuales ha de analizarse la posibilidad de imputar responsabilidad penal. Así, teniendo en cuenta las fases del proceso de producción a las que se refiere PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 138 s., y los intervinientes en cada una de ellas tendríamos, por ejemplo, que



Por eso concluyo, con SCHÜNEMANN, que “...en lugar de conceptos simplistas y extremos, consistentes en no imputar nunca o imputar siempre las actividades de la empresa a su dirección, es indispensable la solución intermedia, completamente sencilla, de referirse a los principios de imputación que gozan de crédito desde hace más de cien años y continuar desarrollándolos de tal forma que se respeten los dos principios inalterables del Derecho penal del hecho y del Derecho penal de la culpabilidad...”<sup>17</sup>.

4. Finalmente, dentro de estas consideraciones previas al análisis de las formas de autoría en la estructura empresarial, resulta importante aclarar por qué he excluido de dicho análisis a la autoría inmediata unipersonal o individual. La razón de esta exclusión reside, básicamente, en el hecho de que esta forma de autoría, una vez se ha dejado claro aquí el criterio de distinción entre autores y partícipes que se asume, no presenta mayores discusiones (diferentes a las de la propia elección del criterio, que ya se expusieron) en su aplicación a los supuestos concretos que tienen lugar en el seno de una estructura empresarial. A ello se añade que las otras dos formas de autoría – coautoría y autoría mediata–, a diferencia de la autoría inmediata individual, suelen atribuirse de manera frecuente a quienes, dentro de la estructura empresarial, realizan funciones de dirección. Y es esa solución la que genera las mayores discusiones sobre su viabilidad y corrección, tal como se mostrará en las páginas siguientes.

---

en la fase de ideación del proceso productivo y comercializador pueden participar tanto los dueños de la empresa como los técnicos asesores; en la fase de instalación de la maquinaria intervendrían los operarios y directivos técnicos; en la adquisición de las materias primas intervendrían los directivos de la empresa, terceras personas y, en ocasiones, también técnicos asesores; en la producción propiamente dicha, tendrían participación los directivos, técnicos y operarios; en el control de calidad, fundamentalmente los técnicos; en la distribución intervendrían operarios especializados; y, finalmente, la comercialización también sería realizada por operarios especializados. Con lo anterior solo se quiere hacer notar que el proceso productivo es tan complejo que se hace necesario analizar cuidadosamente la conducta de cada interviniente para poder establecer las diferentes responsabilidades en el seno de la organización.

<sup>17</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 13.

## CAPÍTULO III

### LA COAUTORÍA

#### 1. ASPECTOS GENERALES

Hace ya algunos años JESCHECK<sup>1</sup> sostenía que, pese a la regulación legal, los requisitos y los límites de la coautoría eran una cuestión polémica en la doctrina penal alemana. Esta afirmación es trasladable, sin matices, a la discusión actual sobre la figura; discusión que no es exclusiva de la doctrina de aquel país y que, en el caso de España, abarca la propia definición y cada uno de los requisitos de esta forma de autoría, como se verá en este capítulo.

##### A) La coautoría no es pluriautoría

Como un primer elemento para abordar la discusión, es posible afirmar, con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que la coautoría “supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho”<sup>2</sup>, es decir, implica la realización conjunta del tipo<sup>3</sup>, el “co-dominio o dominio conjunto” del hecho<sup>4</sup>. Aclara que se trata de una acción que en un autor individual sería de autoría<sup>5</sup>, pero que es realizada por varios, y por eso no puede afirmarse que la acción de cada coautor sea por sí sola de autoría, sino solo la acción conjunta.

De lo anterior se deriva uno de los aspectos fundamentales para la comprensión de la figura: en el supuesto en que existan varios autores, y cada uno cumpla con todos

---

<sup>1</sup> JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 549.

<sup>2</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173.

<sup>3</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173. Considera, con razón, que esta caracterización de la coautoría la restringe considerablemente en comparación con otras concepciones (174).

<sup>4</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 653.

<sup>5</sup> En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 677, afirma que “esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas”.

los requisitos de la autoría, no estaremos frente a un supuesto de coautoría, sino de *pluriautoría*, pues realmente no existe en ese caso una realización conjunta del hecho<sup>6</sup>.

En este mismo sentido, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF<sup>7</sup> sostienen que, si la disposición que se refiere a la coautoría se interpretara como una mera descripción de la actuación conjunta de los sujetos que ya son autores porque ostentan, cada uno, el dominio del hecho, sería superflua tal disposición, en tanto no se diferenciaría de aquella que hace referencia a la autoría inmediata individual. Para estos autores –en opinión que aquí comparto– el supuesto que regula la coautoría es diferente, y comprende, como ya se ha dicho, los casos en los que el dominio del hecho es ejercido en común por varios sujetos<sup>8</sup>.

## **B) ¿La regulación de la coautoría en el CP es constitutiva o meramente declarativa?**

Lo anterior conduce también a la pregunta acerca del carácter constitutivo o declarativo de la regulación de la coautoría en el CP<sup>9</sup>. El art. 28 CP, en su primer párrafo, incluye como autores a quienes realizan el hecho “conjuntamente”<sup>10</sup>. Como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, esa realización conjunta del hecho se extrae directamente de los tipos de la parte especial, por lo que la referencia a la coautoría en el citado artículo es meramente declarativa<sup>11</sup>.

Ya antes OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO sostenían, en este mismo sentido, que “el conjunto de las aportaciones típicas de los coautores sí realiza íntegramente el tipo y, por así decirlo, representa una especie de autoría estricta de

---

<sup>6</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173. En un sentido similar, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 404.

<sup>7</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 49, 288 (= *PG*, II, 1995, § 49, 367).

<sup>8</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 49, 288 (= *PG*, II, 1995, § 49, 367). Por su parte, STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 334, se refiere a un dominio en manos de un colectivo, del que el coautor es miembro.

<sup>9</sup> Y esta reflexión vale para cualquier regulación en la misma línea, como la alemana o la colombiana.

<sup>10</sup> Art. 28. “Son autores *quienes realizan el hecho* por sí solos, *conjuntamente* o por medio de otro del que se sirven como instrumento. (...)”. La cursiva es mía.

<sup>11</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 99 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173.

carácter colectivo. Subsumible, como la individual, directamente en el tipo de lo injusto del delito de que se trate”<sup>12</sup>. Por su parte, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>13</sup>, quien también se decanta por la defensa del carácter declarativo de la regulación expresa de la coautoría, añade a esta consideración que la existencia del precepto en el que se regulan las formas de autoría se justifica exclusivamente por un motivo de economía legislativa, para evitar que en cada tipo penal tengan que describirse las posibilidades estructurales de realizarlo a título de autor<sup>14</sup>.

Contrario a esta posición se muestra OLMEDO CARDENETE<sup>15</sup>, quien considera que el art. 28.1º tiene un valor constitutivo pues, de no existir, no habría base legal para fundamentar la responsabilidad del coautor por la totalidad del hecho, cuando solo ha realizado una parte del mismo<sup>16</sup>. De acuerdo con ello, sostiene que solo en los supuestos de autoría inmediata, la norma contenida en el art. 28 CP tendría carácter declarativo y no constitutivo, pues al sujeto se le castiga porque su conducta coincide plenamente con el tipo delictivo y, de no existir el art. 28 CP, se le castigaría igual. De ahí que, para OLMEDO CARDENETE, la autoría mediata y la coautoría sean excepciones “necesarias y extraordinarias” al concepto restrictivo de autor<sup>17</sup>, del que afirma partir<sup>18</sup>. Advierte de que, como excepciones al concepto restrictivo, la extensión no debe superar el límite de lo “estrictamente imprescindible”, y el contenido del desvalor de las conductas que quieren integrarse debe ser muy similar al de las conductas que suponen realización de actos típicos<sup>19</sup>. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ se muestra crítica con esta concepción, y en este

---

<sup>12</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 493.

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 76.

<sup>14</sup> En sentido similar, GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 142 ss., defiende el carácter declarativo del art. 28, primer párrafo, pues considera que, para poder afirmar que un sujeto es autor en estricto sentido, no hace falta el reconocimiento expreso en el Libro I CP, porque esta calificación se puede extraer directamente de los tipos de la parte especial o de la conexión del art. 16.1º CP con esos tipos, en los supuestos de tentativa (152). No obstante, también estima como ventajoso que se incluyan de manera expresa las distintas formas de autoría en el CP (152 s.).

<sup>15</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 210 ss.

<sup>16</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 210 s.

<sup>17</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 214 s.

<sup>18</sup> Más adelante, OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 227, reitera que, aunque parte de un concepto restrictivo de autor, excepcionalmente este se extiende a quienes no realizan actos típicos, pero intervienen materialmente en la ejecución. Y eso solo puede hacerse, según él, desde una “comprensión de la realización ‘conjunta’ del hecho como un tipo penal contenido en la Parte General que extiende el ámbito de lo punible contenido en los Libros II y III del Código”.

<sup>19</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 227.

sentido sostiene –a mi modo de ver, con razón– que “no se puede afirmar que los preceptos reguladores de la coautoría y de la autoría mediata supongan una extensión de la tipicidad, ya que esto no sería compatible con la defensa de un concepto restrictivo de autor”<sup>20</sup>. En definitiva, y a riesgo de ser reiterativa, no puede perderse de vista que la coautoría es una “forma de verdadera autoría”<sup>21</sup>, y, como tal, su regulación no puede considerarse una extensión del tipo.

### C) El principio de imputación recíproca como fundamento de la coautoría

De esta comprensión de la coautoría como realización conjunta del tipo, o co-dominio del hecho, en los términos que hasta aquí he descrito, se deriva la idea de la imputación recíproca entre los coautores. Como señala MIR PUIG<sup>22</sup>, en la coautoría ninguno de los coautores realiza completamente el hecho, y por eso ninguno se considera partícipe del hecho de otro. Rige, entonces, el llamado principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, para considerar a cada uno como autor de la totalidad<sup>23</sup>. Como se verá más adelante<sup>24</sup>, para que esta imputación recíproca sea posible, debe existir el mutuo acuerdo, “que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”<sup>25</sup>, y que impide la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio.

En esto último reside, justamente, la preocupación de GÓMEZ TOMILLO, cuando afirma que “tal imputación de hechos realizados por otros es probable que no se coordine muy bien con el principio de que cada uno debe responder exclusivamente por sus propios hechos, por lo que preferimos entender que a cada sujeto se le imputa su propio actuar consciente de que el mismo se halla en relación con otros, cuya suma

---

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 78.

<sup>21</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173.

<sup>22</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 404.

<sup>23</sup> También el TS suele insistir en esta idea de imputación recíproca, al referirse a la coautoría. En este sentido, por ejemplo, las recientes sentencias STS 787/2016, de 20 de octubre; STS 234/2017, de 4 de abril; STS 250/2017, de 5 de abril; STS 338/2017, de 11 de mayo; STS 749/2017, de 21 de noviembre; STS 50/2018, de 30 de enero; STS 457/2018, de 10 de octubre; STS 687/2018, de 20 de diciembre.

<sup>24</sup> V., *Infra*, apartado 2. A).

<sup>25</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 404.

provocará el resultado correspondiente”<sup>26</sup>. Sin embargo, me parece que la crítica de GÓMEZ TOMILLO se centra, en últimas, en una mera cuestión conceptual, de uso de los términos, pues lo último que expresa este autor se compadece con el contenido que, también en mi criterio, debe dársele al principio de imputación recíproca.

Consciente de esa posible confusión en los términos, BOLEA BARDON<sup>27</sup> plantea que, en vez de hacer referencia al principio de imputación recíproca, debería hablarse, simplemente, de la imputación del hecho global que todos cometen conjuntamente, de acuerdo con lo mutuamente aceptado. Como bien explica esta autora, así quedaría más claro que no se trata de responsabilidad por conductas ajenas, “pues no se trata de imputar lo que realizan otras personas como si se hubiese realizado personalmente, sino de imputación del hecho global a cada uno de los miembros del colectivo en el marco de lo que ha sido aceptado por cada uno de ellos”<sup>28</sup>.

#### **D) ¿Es siempre la coautoría una manifestación de una estructura o interacción horizontal?**

Tradicionalmente la coautoría se ha entendido como una manifestación de una estructura o interacción horizontal, mientras que se ha reservado para la autoría mediata la concepción de una estructura vertical. Así, por ejemplo, ROXIN<sup>29</sup> sostiene que la coautoría se basa en un compromiso recíproco y no en uno unilateral, y que el acuerdo común tiene como característica la posición del mismo rango. Esto lo lleva a afirmar que la coautoría tiene una estructura horizontal, y que donde existe una inequívoca estructura vertical, como en la jerarquía de los aparatos de poder, solo puede entrar en consideración la autoría mediata<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 217.

<sup>27</sup> BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 35.

<sup>28</sup> BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 35.

<sup>29</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

<sup>30</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

En España, FARALDO CABANA<sup>31</sup>, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>32</sup>, e inicialmente BOLEA BARDON<sup>33</sup>, también se han referido de manera expresa a la horizontalidad requerida por la coautoría, atendiendo, sobre todo, a la forma de organización de los intervinientes y al rango de sus contribuciones<sup>34</sup>. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ fundamenta esa horizontalidad en la igualdad de rango de las aportaciones, “como contrapunto a la existencia de relaciones de supremacía y subordinación”, que se dan en la autoría mediata<sup>35</sup>.

No obstante, como acabo de señalar, la posición de BOLEA BARDON, quien inicialmente descartaba la coautoría en una estructura vertical<sup>36</sup>, se ha ido transformando hasta aceptar la denominada “coautoría vertical”<sup>37</sup>, a la que ya antes se

---

<sup>31</sup> FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 205.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 156, 288 ss.

<sup>33</sup> BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 32 s. Afirmando que inicialmente porque, como se verá enseguida, luego esta autora ha variado su posición.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 156, 288. No incluyo aquí a GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 467, porque no se refiere de manera expresa a esta horizontalidad. Sin embargo, destaco en este lugar que la autora pone de relieve, en el análisis de estos supuestos, la necesidad de atender a las demás aportaciones, para determinar si la actuación implica al menos una capacidad directa parcial de lesionar el bien jurídico, pues no se puede olvidar –explica la autora– que en la coautoría hay implícita una equivalencia entre las aportaciones de cada coautor, que deben presentar una capacidad lesiva similar. Con respecto a esto último, considera DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 264, que no es necesaria esa capacidad lesiva similar, sino que lo importante “es que cada una de las aportaciones lesione el bien jurídico en concreto, en el sentido de que los sujetos realicen conjuntamente una conducta típica con acuerdo mutuo”. Por eso DURÁN SECO considera más correcto hablar de “igualdad (relativa) de dominio entre los coautores”, si bien opina que tal vez a eso se ha querido referir GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 156, 289. Por su parte, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 205, señala que se ha manifestado “a favor de la existencia de una diferencia estructural entre las relaciones verticales, que dan lugar a la apreciación de una autoría mediata con aparatos organizados de poder, y las horizontales, propias de la coautoría”.

<sup>36</sup> BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 32. Esta autora concebía la coautoría como dominio conjunto del hecho, que se ejerce en un plano de igualdad, “pues la coautoría manifiesta una estructura horizontal, y no vertical”.

<sup>37</sup> BOLEA BARDON, *Foro FICP 2015-2*, 118. Dice esta autora que “abandonando, como se ha mencionado, la postura defendida por mí en el pasado, me inclino en estos momentos por solucionar los casos de organizaciones criminales a través de la figura del autor tras el autor pero no por vía de la autoría mediata, ya que falta la instrumentalización consustancial a dicha forma de autoría, sino a través de la coautoría. La tesis defendiendo (sic) actualmente es entender que en estos casos se debe llegar a la figura del autor tras el autor desde la coautoría (vertical). Coautoría vertical porque no se establece una relación horizontal entre los sujetos. En efecto, hombre de detrás y ejecutor material actúan desde posiciones bien diferenciadas: una, con poder de mando y otra, con poder de ejecución. La autoría del ejecutor material es incuestionable porque ejecuta el hecho con plena responsabilidad, decidiendo llevar a cabo los actos ejecutivos que le vienen ordenados desde instancias superiores. Por su parte, el fundamento de la responsabilidad como autor del hombre de detrás se basa en la consideración de que el ejecutor material no determina el hecho en todos sus elementos esenciales, y ello, pese a su plena responsabilidad penal. Calificar la actuación del hombre de detrás como partícipe por inducción no recogería el completo desvalor del hecho. Ambos sujetos, desde sus distintas posiciones, configuran el hecho global en sus

había referido ROBLES PLANAS<sup>38</sup> para denominar supuestos que, según él, la doctrina ha tratado como de “autor tras el autor”. ROBLES PLANAS prefiere aquella denominación porque considera que la figura del autor tras el autor “presupone la existencia de dos hechos distintos por los que responden, respectivamente, los dos autores”, mientras que, en su opinión, en los supuestos de coautoría vertical no hay dos hechos sino uno solo “por el que responden los dos en calidad de coautores”<sup>39</sup>.

En mi criterio, la concepción de ROBLES PLANAS, defendida ahora también por BOLEA BARDON, podría desdibujar las particularidades de la figura del autor tras el autor, tal y como ha sido considerada tradicionalmente por la doctrina. Esta figura, como mostraré en el siguiente capítulo, implica la comisión de un hecho a través de otro (que también responde penalmente), y no se trata, entonces, de un simple supuesto de autoría yuxtapuesta o paralela (habitualmente denominada accesoria<sup>40</sup>), porque al concebirlo así se desconoce la conexión entre la conducta de ambos intervinientes: el sujeto de atrás no podría ser considerado autor si se ignora su relación con el sujeto de delante; relación que le permite realizar el hecho a través de él.

Considero que la idea que subyace al concepto de coautoría vertical puede resultar más simple que el intento de explicarla a partir de la figura del autor tras el autor. La llamada “coautoría vertical” no será, en mi opinión, nada diferente a una verdadera coautoría, con todos sus requisitos, pero que se da en el contexto de una interacción vertical. Lo anterior implica que a la pregunta que encabeza este apartado, referida a si la coautoría implica siempre una manifestación de una estructura o interacción horizontal, haya que responder de manera negativa<sup>41</sup>. Aunque es más probable que los supuestos de coautoría se den en una situación de horizontalidad<sup>42</sup>,

---

elementos esenciales. Por ello, entiendo que sólo la coautoría (vertical) expresa el injusto completo del (único) hecho”.

<sup>38</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 271.

<sup>39</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 271.

<sup>40</sup> V. la explicación de LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 15/15, n.4, para preferir la expresión “yuxtapuesta”, en lugar de la de “accesoria”, que considera menos adecuada para explicar este fenómeno.

<sup>41</sup> En igual sentido, DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 516 s., 533, quien tampoco considera imprescindible el carácter horizontal de la coautoría, y sostiene que esta puede darse tanto en estructuras verticales como horizontales.

<sup>42</sup> Coincido con lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RL 4-5 (2007)*, 127; *NFP 71-2007*, 131, quien sostiene que, si bien en la mayoría de supuestos de coautoría sí se da esa estructura horizontal, no cabe descartar la existencia de supuestos de coautoría vertical. En este punto considera que algunos de



nada impide que tengan lugar en una estructura vertical. Como sostiene DURÁN SECO, se trataría de supuestos de relación jerárquica vertical, pero “de una distribución de funciones horizontal”<sup>43</sup>.

## 2. REQUISITOS

No es exagerado afirmar que la teoría del dominio del hecho, que en su versión más restrictiva en el ámbito de la coautoría alude a un *dominio funcional del hecho*<sup>44</sup>, y cuyo principal representante es ROXIN<sup>45</sup>, ha significado un punto de referencia ineludible para los posteriores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales<sup>46</sup>. Tampoco resulta exagerado sostener que, en la actualidad, la teoría del dominio funcional del hecho es acogida en España de manera mayoritaria en estos dos ámbitos, doctrinal<sup>47</sup> y

---

los supuestos de “autor tras el autor” constituyen una figura intermedia entre la coautoría y la autoría mediata. En un sentido similar, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 30, quien señala que en la interacción horizontal cobra especial relevancia la determinación de ámbitos de responsabilidad asociados, a diferencia de la interacción vertical, donde el fenómeno de la disociación de responsabilidad es el principal. Lo anterior lo lleva a sostener que en este nivel de interacción horizontal la estructura de imputación de autoría por excelencia sea la coautoría.

<sup>43</sup> DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 533.

<sup>44</sup> En virtud del cual se caracteriza al coautor “por la función que realiza el sujeto en el hecho: cada coautor realiza, en un marco común, una función tal en el hecho que, si retirara su aportación a él, toda la empresa criminal decaería, lo que indica que, si bien cada coautor no posee un dominio total del hecho, sí tiene el dominio compartido de él”, tal como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 31.

<sup>45</sup> Cfr., ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 275 ss. En la más reciente versión alemana, que acabo de citar, se incluyen, también, unas reflexiones sobre la actualidad de la teoría (753 ss.); AT, II, 2003, § 25 nm. 188 ss., (77 ss.) (= DP, PG, T. II, § 25 nm. 188 ss., 146 ss.). Como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 652, “es ROXIN quien da unos perfiles más precisos al dominio del hecho, sobre los que fundamentalmente discute, adhiriéndose o distanciándose, la doctrina posterior, independientemente de que utilice la terminología ‘dominio funcional’ o no, lo que es menos importante”.

<sup>46</sup> Así lo pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 274 [= *NFP 76 (2011)*, 37].

<sup>47</sup> En este sentido, plantea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 260 [= *NFP 76 (2011)*, 18] que, “probablemente la mayor adhesión a sus tesis en España la ha provocado Roxin en materia de coautoría”. Cfr., entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 128 ss.; CEREZO MIR, en: CEREZO MIR, y otros, *Presupuestos para la reforma penal*, 1992, 44; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 63 ss.; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 391 ss.; *PG*, 2010, 1041 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 195 ss.; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 137; CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 342 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 406; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 295; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP, PG*, 2ª., 2010, 386 s.; JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *DP, PG*, Tomo I, 6ª, 2011, 325 ss.; COLINA OQUENDO, en: RODRÍGUEZ RAMOS (dir.)/MARTÍNEZ GUERRA (coord.): *CP comentado*, 5ª, 2015, 344 ss.; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 166; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª,

jurisprudencial<sup>48</sup>. Por eso, para facilitar la exposición de los requisitos de la coautoría, partiré de los propuestos por esta teoría, en la versión de ROXIN, para concluir cuáles de ellos considero acertados, y cuáles, en cambio, deberían reformularse.

Antes de ello quiero referirme brevemente a la idea, planteada, entre otros, por el propio ROXIN, de la coautoría como “realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo”<sup>49</sup>. Si bien el concepto de división del trabajo resulta adecuado en el ámbito de la coautoría, pues en todo supuesto de coautoría hay, necesariamente, una división del trabajo, no es un concepto que describa exclusivamente a la coautoría, y, por ello, no es suficiente para explicarla, pues, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “en la mayoría de los casos de codelinuencia, tal división funcional del trabajo se da entre todos los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un

---

2015, 465 s., quienes defienden la teoría del dominio del hecho, pero no exigen que la aportación se dé en fase ejecutiva; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 202 s.

<sup>48</sup> Entre las sentencias más recientes del TS, en las que este tribunal acoge expresamente la teoría del dominio funcional del hecho (con mayor o menor cercanía a los requisitos exigidos por ROXIN), cabe destacar las siguientes: STS 93/2016, de 17 de febrero; STS 141/2016, de 25 de febrero, en la que además hace referencia expresa a los requisitos de la coautoría: “La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y, de otra, un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría”; STS 415/2016, de 17 de mayo; STS 426/2016, de 19 de mayo; STS 476/2016, de 2 de junio; STS 492/2016, de 8 de junio; STS 505/2016, de 9 de junio; STS 568/2016, de 28 de junio; STS 580/2016, de 30 de junio; STS 602/2016, de 7 de julio, que insiste, sobre todo, en que la aportación del coautor se preste en la fase de ejecución; STS 650/2016, de 15 de julio; STS 787/2016, de 20 de octubre; STS 814/2016, de 28 de octubre; STS 905/2016, de 30 de noviembre, que es una de las que aborda con mayor profundidad los requisitos de la coautoría desde la perspectiva del dominio funcional del hecho; STS 993/2017, de 12 de enero; STS 995/2017, de 12 de enero; STS 8/2017, de 18 de enero, que cita los requisitos expuestos en la STS 905/2016, de 30 de noviembre; STS 79/2017, de 10 de febrero; STS 134/2017, de 2 de marzo; STS 165/2017, de 8 de marzo; STS 185/2017, de 23 de marzo; STS 234/2017, de 4 de abril; STS 250/2017, de 5 de abril; STS 272/2017, de 18 de abril; STS 338/2017, de 11 de mayo; STS 416/2017, de 8 de junio; STS 520/2017, de 6 de julio; STS 597/2017, de 24 de julio; STS 604/2017, de 5 de septiembre; STS 749/2017, de 21 de noviembre; STS 766/2017, de 28 de noviembre; STS 784/2017, de 30 de noviembre; STS 786/2017, de 30 de noviembre; STS 50/2018, de 30 de enero; STS 68/2018, de 7 de febrero; STS 78/2018, de 14 de febrero; STS 86/2018, de 19 de febrero; STS 225/2018, de 16 de mayo; STS 253/2018, de 24 de mayo; STS 249/2018, de 24 de mayo; STS 265/2018, de 31 de mayo; STS 407/2018, de 18 de septiembre; STS 409/2018, de 18 de septiembre; STS 438/2018, de 3 de octubre; STS 444/2018, de 9 de octubre; STS 457/2018, de 10 de octubre; STS 467/2018, de 15 de octubre; STS 484/2018, de 18 de octubre; STS 547/2018, de 13 de noviembre; STS 652/2018, de 14 de diciembre, en las que también se insiste en la necesidad de aportación en fase ejecutiva; STS 666/2018, de 18 de diciembre; STS 687/2018, de 20 de diciembre; STS 30/2019, de 29 de enero; STS 108/2019, de 5 de marzo; STS 143/2019, de 14 de marzo; STS 163/2019, de 26 de marzo; STS 168/2019, de 28 de marzo.

<sup>49</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 188 (77) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 188, 146). También JAKOBS, *AT*, 1991, 616 (= *DP, PG*, 1997, 745), señala que la coautoría es el reconocimiento que hace el Derecho penal de la posibilidad de división del trabajo.

concepto unitario de autor”<sup>50</sup>. En igual sentido, BOLEA BARDON<sup>51</sup> considera que la idea de división del trabajo no fundamenta la coautoría (aunque sí sirve como “imagen gráfica” de cómo se lleva a cabo un hecho en coautoría), pues también dentro de la división de trabajo puede haber tareas de participación en sentido estricto. En definitiva, y expresado en términos muy simples, todo supuesto de coautoría implica una división de trabajo, pero no toda división de trabajo es coautoría.

## A) El plan o acuerdo común

### a. Caracterización

El primer requisito al que hace referencia ROXIN<sup>52</sup> para explicar la coautoría es el del plan o acuerdo común, o carácter común de la resolución delictiva. La necesidad de este elemento la fundamenta en que “los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente”<sup>53</sup>. Al mismo tiempo considera que si un interviniente realiza una aportación que contribuye a un resultado, pero sin existir ese acuerdo con los demás, aquel no podrá ser coautor: “le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva”<sup>54</sup>.

En este sentido, y como advertí *supra*<sup>55</sup>, es precisamente el acuerdo común el que permite la imputación recíproca de lo que hace cada coautor, a los demás<sup>56</sup>. Como señala GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la función del acuerdo es la de dar fundamento a este principio, la de “otorgar una unidad de sentido a las actuaciones de los coautores que van a adquirir, precisamente porque las mismas se llevan a cabo en el marco de un

---

<sup>50</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 652.

<sup>51</sup> BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 32 s.

<sup>52</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 285; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 190 ss. (78 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 190 ss., 147 ss.).

<sup>53</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 285.

<sup>54</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 285.

<sup>55</sup> Apartado 1.C) de este capítulo.

<sup>56</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173; *GA 2011*, 275 [= *NFP 76 (2011)*, 38]; *CPC 123 (2017)*, 32; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 165.

proyecto o actuación, una valoración jurídico-penal diferente a la que le correspondería a cada una de ellas de forma aislada”<sup>57</sup>.

Como características de este plan o acuerdo común cabe mencionar, en primer lugar, que puede ser previo o simultáneo<sup>58</sup> (esto último implica que se acepte la llamada “coautoría sucesiva”<sup>59</sup>); expreso o tácito<sup>60</sup>; no es necesario que los sujetos del acuerdo se conozcan entre sí, sino que basta con que cada uno sepa que junto a él intervienen otros, con el mismo fin<sup>61</sup>; y, por último, como explica GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, el objeto del acuerdo será el de la “realización conjunta, mediante división del trabajo o acumulación de esfuerzos, del hecho delictivo, a la que la ley expresamente alude”<sup>62</sup>. Aquí es necesario aclarar, como también lo hace esta autora, que no tienen que determinarse de manera precisa todos los detalles de la realización conjunta, sino que el

---

<sup>57</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 180. En el mismo sentido, DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 405.

<sup>58</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 192 (79) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 192, 148.). Cfr., también, GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 121; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 286; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173; *CPC 123 (2017)*, 31; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 164; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 409; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 41 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos, PG*, 4ª, 2010, 405; en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 202 s.; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, 9ª, 2015, 505 s.

<sup>59</sup> Que, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 175, se refiere a la “entrada en escena de nuevos coautores” cuando ya ha comenzado la ejecución, incluso por parte de todos los coautores, y antes de la consumación.

<sup>60</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 192 (79) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 192, 148.). Cfr., también, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 286; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 160 ss. No obstante, esta autora advierte de que no debe tomarse con ligereza la consideración de la concurrencia del acuerdo y, en este sentido, no bastará con que un interviniente crea que el otro también está decidido a realizar el hecho. Así, afirma que “un acuerdo concluyente sólo podrá ser aceptado en función de reglas de comunicación y no sobre consideraciones basadas en la confianza y en la buena fe de uno de los sujetos” (162). De ahí que, según ella, no se deba recurrir a presunciones para establecer si existe o no un acuerdo y, ante la duda, habrá que atender al principio de *in dubio pro reo* y considerar que los acusados actuaron de manera independiente (163); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173; *CPC 123 (2017)*, 31; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 164; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 409; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 39; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, 9ª, 2015, 505 s.

<sup>61</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 286. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 135 s., 158, señala que el acuerdo debe ser recíproco, en el sentido de que todos los que intervienen tengan conocimiento de la conformidad de los otros con respecto a la actuación conjunta (135, 158). No obstante, advierte de que no es necesario que se conozcan personalmente los coautores, pero sí –reitera– que sepan de la actuación conjunta (135 s.). Añade que tampoco es necesario que todos los coautores estén presentes en la producción del acuerdo (136); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173; *CPC 123 (2017)*, 31; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 164; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 409, considera, además, que esta característica abre el paso a la coautoría sucesiva y a la coautoría en los aparatos organizados de poder, que se caracterizan porque los sujetos no se conocen entre sí, pero saben que otros actúan al lado, arriba o abajo.

<sup>62</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 133.

acuerdo debe referirse al “contenido esencial del injusto”<sup>63</sup>, y que, tal como sostiene LUZÓN PEÑA, en la coautoría imprudente se tratará de un “acuerdo en la actuación descuidada”<sup>64</sup>.

#### b. *Criticas al requisito del acuerdo previo*

Algunos autores<sup>65</sup> rechazan el acuerdo o plan común como requisito de la coautoría. Aquí me centraré, en un primer momento, en la posición de JAKOBS, que resulta paradigmática en este sentido.

---

<sup>63</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 133. En sentido similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 653; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 286, quien sostiene que el objeto del plan común es “la co-realización de un determinado hecho delictivo, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Basta con un conocimiento general de los elementos del mismo, no siendo necesario conocer previamente y de forma detallada la actividad a realizar por cada coautor”; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 409, quien también considera suficiente, en el acuerdo común, “un conocimiento general de los elementos del hecho delictivo”, y añade que no hay que conocer previamente y en detalle la actividad de cada interviniente. En este sentido, la autora advierte de que debe contarse, entonces, con desviaciones inesenciales.

<sup>64</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 209, quien señala, además, que de no existir tal acuerdo, se tratará de una autoría accesoria imprudente (o concurrencia de culpas, si todas son codeterminantes del resultado. Esto último lo aclara en n. 26). En el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 628, quienes advierten de que en la coautoría imprudente no existiría un acuerdo para lesionar el bien jurídico pero sí para infringir la norma de cuidado a través de sus conductas peligrosas; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 124; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: *RDPC n° extraordinario I (2000)*, 193 s.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, quien responde al argumento según el cual debe descartarse la coautoría imprudente por la imposibilidad de apreciar en ella un acuerdo común, e insiste en que el acuerdo, en la coautoría imprudente, debe adaptarse en cierto modo a la estructura del delito imprudente y, en este sentido, no puede exigirse que abarque el resultado típico porque ello no es elemento constitutivo del delito imprudente. El acuerdo, sostiene, versará sobre la acción u omisión peligrosa que se realiza conjuntamente; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 562; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 194, para quien la decisión común, en la coautoría imprudente, se proyectará, no sobre el resultado lesivo, porque este no forma parte del tipo imprudente, sino sobre “las circunstancias riesgosas de las que se derivará el resultado”; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 158, quienes señalan que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en España admiten la coautoría imprudente, y que en ella, el acuerdo se referirá a la conducta imprudente y no al resultado; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 31; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 164; Díez RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 378; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 409. Rechazan, sin embargo, la coautoría imprudente por la imposibilidad de ese acuerdo de voluntades, o de la decisión común al hecho, entre otros, en Alemania, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 551; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 251, § 49, 258, 309; y en España, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 70; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 142; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 329; *PG*, 2010, 1047; CERESO MIR, *PG*, t. III, 2001, 226; RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2ª, 2010, 199; JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *DP, PG*, Tomo I, 6ª, 2011, 295; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP, PG*, 2ª, 2015, 376.

<sup>65</sup> En Alemania destacan JAKOBS, *AT*, 1991, 616 ss. (= *DP, PG*, 1997, 746 ss.) y LESCH, *ADPCP 1995*, 950, 956, 970 ss., quien sostiene que “el llamado ‘acuerdo común’ no es, por tanto, ni base de la imputación, ni per se, indicio suficiente de responsabilidad como coautor. Coautoría es realización del

En efecto, JAKOBS se refiere a este requisito como el de “decisión común del hecho”<sup>66</sup>, y lo identifica con el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones<sup>67</sup>. Este autor cuestiona el significado y la absoluta necesidad de ese carácter común de la decisión del hecho, y se vale del siguiente ejemplo para ilustrar su posición: un sujeto, sin mediar acuerdo con el ejecutor, le da un somnífero a la víctima a la que se va a matar a golpes mientras duerme, le abre la puerta al autor, deja preparado un instrumento comisivo adecuado y que, en efecto, es utilizado, e impide que terceros perturben la ejecución<sup>68</sup>. Basándose en este ejemplo, afirma que no puede predicarse la autoría única de los partícipes por falta de acciones de ejecución propia; tampoco la autoría mediata por falta de subordinación del ejecutor; por último, señala que la doctrina dominante tampoco aceptaría la coautoría por la falta de plan común, lo que haría que solo quedara como posibilidad la complicidad, solución que considera dudosa. Esto lo lleva a sostener que sería más correcto conformarse en estos casos con una “resolución de adaptación”<sup>69</sup> y no una decisión común del hecho, que exige siempre reciprocidad.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se refiere críticamente a esta posición de JAKOBS, que discrepa de la corriente general de exigir acuerdo previo en la coautoría<sup>70</sup>. Considera incorrecta la concepción de JAKOBS, pero advierte de que esa incorrección se debe, a su vez, a la incorrecta construcción de la coautoría según la teoría del dominio del hecho. Esto lo explica porque la mayoría de los defensores de dicha teoría se conforman, para afirmar la coautoría, con que la aportación del interviniente sea esencial, de gran importancia, con lo que se olvida la verdadera esencia de la autoría en un concepto restrictivo de autor –esto es, “la realización directa del injusto contenido en la norma

---

delito mediante la división de trabajo; y en la división de trabajo no se trata de la conformidad de voluntades (recíprocas), sino del reparto del trabajo que debe prestarse para la realización del tipo” (956); *PJ 57 (2000)*, 95. En España, como se verá enseguida, lo rechazan expresamente GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 377 ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 266 ss.; y relativizan su exigencia, hasta considerarlo prescindible, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 150 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 189 ss.

<sup>66</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 616 (= *DP, PG*, 1997, 746).

<sup>67</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 617 (= *DP, PG*, 1997, 746).

<sup>68</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 617 s. (= *DP, PG*, 1997, 747). Cita este mismo ejemplo, y comparte la solución de Jakobs, LESCH, *ADPCP 1995*, 963 s.; *PJ 57 (2000)*, 95.

<sup>69</sup> Sigo la traducción que del concepto “Einpassungsentschluss” propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 658, porque la considero más adecuada que la de “decisión de ajustarse”, incluida en la traducción al español de la obra referida.

<sup>70</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 657 ss.

penal de los tipos de la parte especial”<sup>71</sup> – y solo se tienen en cuenta consideraciones de merecimiento y necesidad de pena, en cuanto al marco penal a imponer al interviniente<sup>72</sup>.

Desde esta perspectiva, señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que “la actuación de ese sujeto tiene una gravedad muy similar, se haya realizado en el marco de un acuerdo común o sólo con un conocimiento unilateral por parte suya, con lo que no se ve razón alguna, desde esta perspectiva (incorrecta), para que el interviniente esencial no sea coautor, aunque no esté concertado”<sup>73</sup>. En este sentido, considera que incluso la postura de JAKOBS sería más coherente con el fundamento que la teoría del dominio del hecho le da a la coautoría. El problema, insiste, es que ese fundamento es incorrecto<sup>74</sup>. Así, refiriéndose al ejemplo propuesto por JAKOBS (ejemplo del somnífero), señala que el hecho de que JAKOBS reconozca la posibilidad de una autoría accesoria da una pista para determinar que ni el sujeto del ejemplo es coautor, ni el que realiza lo mismo pero en el marco de un acuerdo con división del trabajo. En el ejemplo de JAKOBS, el sujeto que mata al durmiente es un autor individual completo, mientras que el otro sujeto sería un partícipe “al que probablemente deba corresponderle la pena del autor, pero que no es (co)autor”<sup>75</sup>. Agrega que el Derecho penal español tiene una muy buena respuesta para

---

<sup>71</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 658 s. En un sentido muy similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 247 s., considera que la posición de JAKOBS hace que la coautoría pierda su condición de autoría en sentido estricto, transformándola así en una “forma de participación accesoria en el hecho ajeno”, el del ejecutor. Esa concepción de la coautoría – sostiene – no se corresponde con la regulación legal de la misma en el CP que la recoge expresamente como una verdadera forma de autoría, consistente en la realización conjunta del hecho (247). En este sentido, califica de acertadas las críticas que en la doctrina alemana se le han hecho a esta concepción, porque el § 25.II StGB exige una “comisión conjunta”, y esta, a su vez, presupone que haya división del trabajo conocida por todos los que intervienen en el hecho. Así, si la “cooperación” es individual, en el sentido de que solo la conoce el sujeto que la realiza, a los demás intervinientes no se les puede imputar como “comisión conjunta” si no quiere contradecirse la regulación legal. En este punto reitera la idea de que, para poder hablar de comisión conjunta, es preciso que todos los intervinientes conozcan esa actuación conjunta en el hecho. Añade que no es compatible con la coautoría ni con el principio de división del trabajo la mera ““decisión de adaptación” basada en un conocimiento unilateral de la actuación ‘conjunta’” (248).

<sup>72</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 658 s.

<sup>73</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 659.

<sup>74</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 659.

<sup>75</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 660. También DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 395, señala que no tiene razón JAKOBS al afirmar que hay coautoría en supuestos de “acuerdo unilateral”, y lo fundamenta en las siguientes razones: “en primer lugar, porque en el ejemplo por él propuesto el sujeto que acomoda su actuación a la del ejecutor, aunque hubiese existido acuerdo, este sujeto no sería nunca coautor desde el punto de vista que aquí se sostiene, y no lo sería porque no determina objetiva y positivamente el hecho. El único sujeto que realiza la acción típica de matar es el que golpea a la víctima, el otro sólo tiene, en mi opinión, un dominio negativo. Y, en segundo lugar, su postura no es correcta precisamente por prescindir del acuerdo, pues aunque ese sujeto realizase una

estos casos, y es la figura de la cooperación necesaria<sup>76</sup>, que no existe en el Derecho penal alemán. Al no existir esta figura, lo que se suele hacer es convertir al partícipe en (co)autor, para poder imponerle la pena del autor<sup>77</sup>.

Pero no solo en Alemania, sino también en España<sup>78</sup>, ha habido voces críticas con respecto a la exigencia de acuerdo común para la coautoría. En esta línea destaca la posición de GARCÍA DEL BLANCO<sup>79</sup>, quien, a partir de la idea de que el texto legal no exige de manera expresa y concluyente el acuerdo común para que exista realización conjunta del hecho, rechaza la exigencia de este requisito, su fundamento y relevancia, y considera la posibilidad de plantear soluciones alternativas a partir de otra interpretación del adverbio “conjuntamente”<sup>80</sup>. Advierte de que, con ello, no está negando que las conductas ajenas deban ser tenidas en cuenta para la determinación del “significado normativo de la acción propia”<sup>81</sup>, y, en este sentido, considera que el hecho de “conocer o haber debido conocer que la conducta propia incrementa un riesgo incluso previamente creado (...) por un tercero autorresponsable a su vez, debe tenerse en cuenta dentro del marco de análisis de la imputación objetiva del riesgo o del resultado producido. Del mismo modo se tendrán en cuenta conductas futuras o coetáneas que interfieran en el curso causal de la propia conducta incrementando el peligro creado por ésta, siempre y cuando fueran objetivamente previsibles”<sup>82</sup>.

Sin embargo, aunque GARCÍA DEL BLANCO rechaza la exigencia de mutuo acuerdo para la coautoría, en los supuestos de adaptación unilateral defiende que “si la aportación constituye al menos la realización parcial de la acción descrita en el tipo penal, la responsabilidad del sujeto será autónoma en concepto de autor *stricto sensu* en

---

conducta que determinase objetiva y positivamente el hecho tampoco podría llegar a ser nunca coautor (podríamos encontrarnos ante una autoría accesoria) por la ausencia de acuerdo. El acuerdo es un elemento imprescindible en la coautoría por la propia estructura de esta forma de intervención en el delito, si no hay acuerdo no puede haber actuación conjunta”.

<sup>76</sup> Cuyo análisis se abordará en el último capítulo de este trabajo.

<sup>77</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 660.

<sup>78</sup> Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 377 ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 266 ss. Otros autores relativizan la exigencia de acuerdo común, hasta considerarlo prescindible. Entre ellos destacan FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 150 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 189 ss.

<sup>79</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 377 ss.

<sup>80</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 378.

<sup>81</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 432.

<sup>82</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 433.



la extensión correspondiente desde valoraciones objetivas y subjetivas –así responderá únicamente por tentativa o por la consumación, dependiendo del supuesto concreto–. Si, por el contrario, dicha aportación es únicamente de participación, ya sea durante la fase preparatoria o incluso en fase ejecutiva, responderá de forma accesoria por el hecho realizado por el autor”<sup>83</sup>. Con ello, en mi opinión, GARCÍA DEL BLANCO estaría reconociendo que el mutuo acuerdo sí es necesario para que se dé la coautoría, porque en este supuesto en que falta, la autora no califica como coautor –y lo considero correcto– al que se adapta de manera unilateral. No obstante, insiste en que resulta insostenible otorgarle una entidad propia al mutuo acuerdo como elemento subjetivo específico de la coautoría, e incluso considera complejo “tratar de dotar de identidad propia a la coautoría sin superar los límites derivados de la responsabilidad individual de cada uno de los coautores”<sup>84</sup>.

En esta misma línea de argumentación, GARCÍA DEL BLANCO considera que la exigencia de mutuo acuerdo olvida los avances que ha supuesto la incorporación de los criterios de la imputación objetiva. Así, sostiene que “la ejecución de propia mano únicamente de parte de la acción típica (...) no implica en ningún caso que el ámbito objetivo de la responsabilidad haya de circunscribirse estrictamente a lo que individualmente lleva a cabo el sujeto”<sup>85</sup>. De ahí que considere innecesario acudir a elementos ajenos a los de la determinación individual de responsabilidad, y por eso, para ella, exigir el mutuo acuerdo, además de innecesario, conlleva a una “duplicidad de idénticos requisitos –al menos en sentido material– que complican aún más el análisis de la responsabilidad penal en la realización conjunta del hecho”<sup>86</sup>. Parece entonces que, con ello, la autora no estaría rechazando el mutuo acuerdo, sino que lo estaría entendiendo como el conocimiento que se tiene de que se está actuando junto con otros (aunque no lo exprese así); eso explica que, para ella, terminen “duplicándose” los

---

<sup>83</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 626.

<sup>84</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 637. En este sentido advierte de que, “con base fundamentalmente en el principio de legalidad, en el principio de responsabilidad personal y en el principio de responsabilidad por el hecho, resulta inviable la realización conjunta de un hecho en sentido normativo, puesto que los criterios de imputación tanto objetivos como subjetivos ostentan carácter individual. Por ello, resulta absurdo hablar de responsabilidad penal en coautoría pretendiendo la existencia de criterios diferentes a los mantenidos en la responsabilidad por autoría individual” (636).

<sup>85</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 647.

<sup>86</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 647.

requisitos, pues considera que se trata de una cuestión que deberá evaluarse en el ámbito de la imputación objetiva<sup>87</sup>.

Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO, si bien no rechaza el elemento del común acuerdo, sí relativiza su importancia<sup>88</sup> y, aunque lo considera útil, no lo estima imprescindible. En este sentido, está de acuerdo con que la resolución conjunta o una “determinada vinculación subjetiva entre los distintos coautores” sirve para fundamentar la imputación recíproca, pero considera que esta también puede sustentarse por otras vías alternativas<sup>89</sup>. Afirma, entonces, que no es convincente el argumento según el cual el acuerdo de voluntades es el que posibilita que las distintas contribuciones individuales se entiendan como realización conjunta, y considera que quienes defienden esta postura no explican por qué la valoración unitaria de las contribuciones tiene que fundamentarse en ese momento subjetivo, y no en aspectos objetivos o normativos<sup>90</sup>. Así, frente al fundamento que califica de “fenomenológico”, esto es, el del acuerdo o resolución, SÁNCHEZ LÁZARO ofrece un fundamento *normativo*: la posición de deber<sup>91</sup>.

En este sentido, para SÁNCHEZ LÁZARO, una comprensión estrictamente subjetiva de la coautoría, hoy ya no se justifica materialmente ni da respuesta a los problemas actuales “porque la creciente complejidad social, con su alto grado de desarrollo e interrelación, genera y exige de la persona un mayor nivel de

---

<sup>87</sup> En efecto, GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 645, sostiene que el mutuo acuerdo puede ser una fuente, “-una de las fuentes nada más- de la que el coautor obtenga o haya debido obtener el conocimiento individual con relación a las condiciones objetivas en las que realiza su conducta”.

<sup>88</sup> Ubico en este mismo grupo a FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 150 ss., quien afirma que, a su juicio, “el acuerdo no caracteriza suficientemente la coautoría entendida como realización de un delito entre varias personas. La posibilidad de realizar un hecho delictivo entre varias personas es independiente de la existencia de un acuerdo, como demuestra la autoría accesoria” (150). Añade que la relativización de este requisito queda demostrada con el hecho de que mayoritariamente se acepta que puede ser un acuerdo simultáneo a la ejecución, y no necesariamente previo (150 s.). A esto agrega que se acepta que los coautores no se conozcan entre sí, y que pueda tratarse de un acuerdo tácito (152 s.). Considera que, con todo lo anterior, “se desdibuja, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el elemento subjetivo de la coautoría” (153). Sin embargo, considero que la autora no explica de manera convincente por qué el aceptar que el acuerdo sea simultáneo o tácito, relativiza el requisito. De todas maneras se sigue exigiendo, y precisamente se rechaza que pueda ser un acuerdo posterior. Si se aceptara esto último, evidentemente el acuerdo común no tendría ningún sentido como requisito de la coautoría.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 189 s.

<sup>90</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 191. A ello añade que de la definición legal de la coautoría no se desprende que el legislador haya condicionado el carácter subjetivo, objetivo o normativo de las circunstancias que posibiliten la imputación recíproca (192).

<sup>91</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 197.

responsabilidad, y ocupar una determinada posición frente a una fuente de peligro o actuar en un determinado ámbito social pueden fundamentar y fundamentan *competencia más allá del riesgo propio o de aquel que se comprende subjetivamente*, extendiéndose a riesgos generados por terceros *con los que debemos contar, simplemente, por eso, por ocupar tales posiciones o actuar en tales ámbitos*<sup>92</sup>. Advierte de que lo anterior no implica un retorno a la responsabilidad objetiva, pues la medida y el fundamento de la responsabilidad “sigue estando en la actuación del sujeto”, pero esa actuación no agota el objeto de imputación y solo determina “el grado de responsabilidad por el mismo”<sup>93</sup>. Esta última advertencia, sin embargo, no resulta convincente para entender excluida la responsabilidad objetiva en los planteamientos de este autor, pues si la actuación del sujeto no agota la imputación, entonces el “resto” de imputación se derivará del hecho ajeno, únicamente en virtud de la posición de deber que se ocupa.

*c. Importancia de exigir el requisito del plan o acuerdo común*

Una vez expuesta la caracterización del plan o acuerdo común, y algunas de las críticas que se le han formulado, me decanto por defender la exigencia de ese acuerdo común mínimo, como requisito necesario *–no suficiente*<sup>94</sup>– para la configuración de la coautoría, tanto en su modalidad dolosa como imprudente.

---

<sup>92</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 199.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 199 n. 165.

<sup>94</sup> Hago énfasis en que no es un requisito suficiente para la configuración de la coautoría, pues se debe rechazar de plano la famosa doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, según la cual, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 349, se afirmaba que “cuando entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo, todas ellas son autores (coautores) del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado”. Esta doctrina ha sido prácticamente abandonada por el TS, como ponen de relieve, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 378; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 203, 205; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 44 s.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 533; PÉREZ CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 154. El rechazo también es unánime en la doctrina española, y en este sentido destacan GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 62, 79 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 500 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 133; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 349 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 143; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 68 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 66; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 373 ss.; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 234; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 202 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 443; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 40 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 396 ss., 405; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 527 ss.; PÉREZ

En efecto, como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ese plan común, entendido como un “mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho (...), sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo”<sup>95</sup>, debe exigirse en la coautoría, básicamente, por las siguientes razones: en primer lugar, por una razón derivada del principio de responsabilidad subjetiva, pues, como en cualquier otra forma de intervención en el hecho, no se puede hacer responder al sujeto –por lo menos en supuestos dolosos– por aquello que no quiere o no conoce<sup>96</sup>; además el acuerdo, como ya se dijo, es el que permite la imputación recíproca de lo que realiza cada coautor<sup>97</sup>; y, finalmente, lo que hace imprescindible el acuerdo en la coautoría es que “permite hablar de una *acción conjunta* formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una *acción* determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos”<sup>98</sup>.

---

CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 154; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 208; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 166; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP, PG*, 2ª, 2015, 390; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 466; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 381; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 352 s.; SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 169 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.): *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 203. En términos muy generales, y en la línea de lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 143, cabe criticarle a esta teoría que, aunque el acuerdo significara disposición a realizar el hecho, no es igual estar dispuesto que realizarlo efectivamente. Además, aunque el acuerdo pueda hacer más peligroso el hecho o pueda ser de gran trascendencia para el mismo, ni dicha trascendencia ni la peligrosidad de la conducta determinan la autoría. Por último, es claro que se puede ser autor sin que exista acuerdo. El propio TS, en varias sentencias, se ha referido expresamente al abandono de esta teoría. Destaca, en este sentido, la STS 415/2016, de 17 de mayo, en la que se afirma que “la jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría”. Cfr., también, en este sentido, las recientes STS 492/2016, de 8 de junio; STS 787/2016, de 20 de octubre; STS 813/2016, de 28 de octubre; STS 749/2017, de 21 de noviembre; STS 30/2019, de 29 de enero; STS 108/2019, de 5 de marzo; STS 143/2019, de 14 de marzo; STS 168/2019, de 28 de marzo.

<sup>95</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 653.

<sup>96</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 655 s.

<sup>97</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656.

<sup>98</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656. En igual sentido, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 587 s.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 402 ss. De manera similar, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 38 ss., plantea que el acuerdo es relevante porque permite que las distintas aportaciones se valoren de manera conjunta y no aislada. Así, el acceso del sujeto a la parte que no ha ejecutado él mismo, solo se consigue con “el reconocimiento mutuo de lo que hacen los demás” (38 s.). Para la autora, el mutuo acuerdo (ella prefiere referirse a la “mutua

En este punto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO compara la existencia de acuerdo común en la coautoría, con la existencia de coacción, error, etc., en la autoría mediata, pues en ella esos criterios, como se expondrá en el siguiente capítulo, fundamentan la posibilidad estructural de la realización de una acción a través de otro, mientras que en la coautoría, el criterio del acuerdo común fundamenta la posibilidad estructural de la realización de una acción entre varios sujetos<sup>99</sup>.

En consonancia con lo anterior, y desde una posición que también considero acertada, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>100</sup> relaciona la exigencia de un acuerdo común en la coautoría con la defensa de un concepto restrictivo de autor. En este sentido advierte de que el coautor es un autor “que comete su propio hecho delictivo”, y que entre el coautor y el resto de partícipes existe una diferencia cualitativa, no meramente cuantitativa. Añade que en un sistema restrictivo de autor “es precisamente el acuerdo común el que permite explicar y dar sentido a la posibilidad estructural de realizar un hecho delictivo conjuntamente entre varios sujetos (...)” y “es precisamente lo que fundamenta que se pueda producir una unidad valorativa de los diferentes aportes de los coautores, dotándoles de un sentido de globalidad que va más allá de la valoración aislada de la actuación individual”<sup>101</sup>. De manera contraria –sostiene–, los planteamientos que renuncian a la existencia del acuerdo común se acercan a una concepción unitaria de la autoría, que rechaza la existencia de una diferencia cualitativa entre las formas de autoría y de participación, y solo reconoce una diferencia cuantitativa<sup>102</sup>.

Por último, cabe insistir en que el acuerdo común será un requisito necesario pero no suficiente, por lo que su existencia no exime de comprobar que esa acción realizada conjuntamente sea una acción de autoría<sup>103</sup>. Ello me remite al análisis de los demás elementos de la coautoría, propuestos por la teoría del dominio funcional del

---

aceptación de las contribuciones de cada interviniente”) es la base de la coautoría, y si falta, no puede apreciarse esta figura (40).

<sup>99</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656.

<sup>100</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 261 s.

<sup>101</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 261.

<sup>102</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 262.

<sup>103</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 173 s.; *GA 2011*, 275 [= *NFP 76 (2011)*, 38]; *CPC 123 (2017)*, 32; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 165. En sentido similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 261.

hecho, para confirmar –o no– su pertinencia, y dejar sentados los criterios que, en mi opinión, deben concurrir para que sea posible afirmar la existencia de coautoría.

## **B) La esencialidad de la contribución**

### *a. Caracterización*

Un elemento que la teoría del dominio del hecho, en general, y la versión de ROXIN del dominio funcional del hecho, en particular, han considerado como fundamental para la configuración de la coautoría, es la denominada esencialidad de la contribución al hecho. En palabras de ROXIN, es coautor “todo interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional *se sostiene o se viene abajo lo emprendido*”<sup>104</sup>; o, planteado también en otros términos por el propio ROXIN, “alguien solo posee el codominio del suceso si ejerce una función en la ejecución *de la que puede depender el éxito del plan*”<sup>105</sup>. Por su parte, PÉREZ ALONSO, quien sigue en esto la tesis de ROXIN, considera que una contribución es esencial cuando su no prestación “*conduce al desbaratamiento del plan global*”<sup>106</sup>.

Así, de lo dicho puede concluirse que una contribución es esencial, según esta teoría, si al dejar de prestarla, “todo el plan común se viene abajo y fracasa”<sup>107</sup>. En este punto es importante aclarar que la idea de la esencialidad de la contribución supera a la del simple poder de interrupción, que lo tiene todo partícipe y que lo puede tener también un tercero ajeno a la comisión del delito, con actuaciones positivas como la de

---

<sup>104</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 280. La cursiva es mía.

<sup>105</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 211 (157) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 211, 87). La cursiva es mía.

<sup>106</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 241. La cursiva es mía. En un sentido muy similar, ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 202 s., quien sostiene que la actuación del coautor debe ser un “presupuesto imprescindible para la realización del tipo, cuya no prestación conduce al desbaratamiento del plan global”. Aquel sería el dominio positivo, y este el negativo.

<sup>107</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 275 [= *NFP 76 (2011)*, 38]; *CPC 123 (2017)*, 32; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 165.

llamar a la policía<sup>108</sup>. Como bien explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “solo es esencial la contribución si la interrupción se produce con la sola retirada de aquella”<sup>109</sup>, es decir, si se trata “de un poder de interrupción mediante la simple pasividad”<sup>110</sup>.

*b. Críticas al requisito de la esencialidad de la contribución*

Sin lugar a dudas, el requisito de la esencialidad de la contribución ha sido uno de los más cuestionados por la doctrina. No obstante, de todas las críticas que se han hecho, considero que la más relevante (y concluyente) tiene que ver con que el dominio configurado a partir de esa idea de esencialidad no es más que un *dominio negativo*, tal como lo puso de relieve en un primer momento LUZÓN PEÑA<sup>111</sup>, y lo ha desarrollado más ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>112</sup>.

En efecto, y si bien DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no niega que el interviniente que al dejar de actuar desbarata el plan total tiene un cierto dominio del hecho, advierte de que no es el dominio necesario para ser autor, el dominio que determina el si y el cómo del acontecer típico, sino que se trata de un dominio puramente negativo<sup>113</sup>. Sostiene que el hecho de que ese dominio negativo sea más fuerte que el mero poder de interrupción, no lo convierte en positivo: “el que realiza una aportación esencial (se determine esta esencialidad como se determine) lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el ‘si’ del hecho, sería un poder sobre el ‘no’, la ‘no producción’ del hecho), pero, por más que se empeñe, con su actuación no puede *decidir positivamente* que el hecho se produzca, es decir, no podrá determinar objetiva y

---

<sup>108</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 670; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 174; *GA 2011*, 275 [= *NFP 76 (2011)*, 38]; *CPC 123 (2017)*, 32; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 165.

<sup>109</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 32; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 165.

<sup>110</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 670.

<sup>111</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 205 s.

<sup>112</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 669 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 174; *GA 2011*, 275 ss. [= *NFP 76 (2011)*, 39 ss.]; *CPC 123 (2017)*, 33; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 166.

<sup>113</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 669 s. En un sentido muy similar, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: *RDPC nº extraordinario 1 (2000)*, 190, quien sostiene que se trata, solamente, de un dominio negativo “(puede decidir la no producción del resultado, pero no su producción) e implica una inaceptable ampliación del concepto de autor”; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 394, considera también que el criterio de la esencialidad propuesto por ROXIN supone solo un dominio negativo del hecho. Añade que este criterio, por las mismas razones, tampoco puede servir para distinguir entre autores y partícipes imprudentes.

positivamente el hecho”<sup>114</sup>, según el criterio que también aquí he acogido como correcto para la delimitación entre autoría y participación.

Para ejemplificar lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>115</sup> se refiere al supuesto de un acto esencial de vigilancia en un robo (supuesto al que también hace referencia ROXIN para fundamentar su posición<sup>116</sup>). En un caso así –sostiene–, por más que el sujeto vigile y vigile, si no hay alguien que se apodere de la cosa no habrá robo, lo que implica que la realización del tipo estará en manos de otro u otros, los que toman la cosa, esto es, los que determinan positivamente el robo. Así, entre el sujeto que vigila y el que toma la cosa hay una “diferencia de grado de dominio”, que supone, al mismo tiempo, “un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, esa será la conducta de autoría”<sup>117</sup>.

Precisamente el TS, en una decisión reciente<sup>118</sup>, y acogiendo la teoría del dominio funcional del hecho, juzgó un supuesto muy similar al que acaba de exponerse. Según lo relatado en la sentencia, “las tres personas no entraron en la vivienda sino que la recurrente se quedó fuera mientras que las otras dos realizaban el atraco. Si la persona que se quedó fuera esta vez fue la acusada, todo permite colegir que ella tenía que ser la persona que, cuando se quedó abajo esperando, controlaba la situación en el exterior del inmueble. /Así las cosas, ha de concluirse afirmando que la acusada realizó *actos relevantes para la perpetración del robo en la fase ejecutiva* de la acción delictiva, y que su conducta se realizó dentro del marco de la distribución de funciones que había

---

<sup>114</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 670. La cursiva es mía.

<sup>115</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 276 [= *NFP 76 (2011)*, 39].

<sup>116</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 282; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 211 (157) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 211, 87).

<sup>117</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 276 [= *NFP 76 (2011)*, 39]. Señala también este autor que la misma diferencia de grado de dominio se puede observar en el ejemplo de quien sujeta a la víctima de unas lesiones, mientras otro clava el cuchillo. Aquel tendrá un dominio negativo, y este un dominio positivo.

<sup>118</sup> STS 784/2017, de 30 de noviembre.



sido planificado por los autores. Por todo lo cual, debe ratificarse la tesis de la coautoría que (sic) acogida por el Tribunal de instancia”<sup>119</sup>.

En mi criterio, esta decisión refleja perfectamente el sentido de la crítica que aquí se hace a la teoría del dominio funcional del hecho, porque, como se desprende del fragmento citado, no se realiza ninguna distinción de grado de dominio entre los sujetos que llevan a cabo el atraco, y la mujer que se queda afuera vigilando. Esta última, según lo explicado, tendría solo un dominio negativo que podría fundamentar su condena como cooperadora, pero no como coautora.

También desde perspectivas diferentes a la de la determinación objetiva y positiva del hecho se ha criticado el criterio de la esencialidad de la aportación, por considerar que implica, únicamente, un dominio negativo. En este sentido destacan los planteamientos de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>120</sup>, quien sostiene que la esencialidad de la aportación no es un criterio que represente “una cualidad especial de la contribución del coautor, que debido a su vinculación directa con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal le haga merecedor de tal calificativo”<sup>121</sup>. Agrega que la esencialidad de la aportación “no implica una potencialidad directa de intromisión en el bien jurídico protegido penalmente”, no está en manos del sujeto la realización del resultado típico<sup>122</sup>.

A lo anterior, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ añade que la esencialidad no es un criterio válido para la calificación de la conducta del coautor en el ordenamiento español, porque el mismo criterio ya lo utiliza el legislador para describir la conducta del cooperador necesario<sup>123</sup>. Así, de aceptarse para el ordenamiento jurídico español el criterio del dominio funcional en la determinación de la coautoría, habría que elegir otro criterio diferente para diferenciar a la coautoría de la cooperación necesaria, porque ambas tendrían como nota común la esencialidad de la aportación<sup>124</sup>. En este punto, se refiere a las distintas vías que los defensores de la teoría del dominio del hecho en

---

<sup>119</sup> STS 784/2017, de 30 de noviembre. La cursiva es mía.

<sup>120</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 404 ss.

<sup>121</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 404.

<sup>122</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 404.

<sup>123</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 373.

<sup>124</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 405.

España han elegido para solucionar lo anterior, y de ellas destaco dos: en primer lugar, algunos defienden que el ámbito de la cooperación necesaria debe restringirse a la fase preparatoria<sup>125</sup>; otros han planteado que el cooperador necesario sí puede actuar en fase ejecutiva, y la diferencia estaría en que la aportación del coautor implica una esencialidad *ex ante*, mientras que la esencialidad de la aportación del cooperador necesario se debe verificar *ex post*<sup>126</sup>. Con respecto a la primera vía de solución, señala que ningún mandato legal obliga a restringir la actuación del cooperador necesario a la fase preparatoria, y que, más bien, la interpretación teleológica de la regulación existente llevaría a la conclusión contraria, pues si la actuación del cómplice puede darse en fase ejecutiva, con mayor razón la del cooperador necesario, que realiza una contribución más importante que la de aquel<sup>127</sup>. Y en lo que tiene que ver con la segunda propuesta de solución, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ tampoco la considera convincente pues, de procederse con los parámetros indicados, se le exigiría más al cooperador necesario que al coautor, porque la aportación de este solamente tiene que ser esencial desde una perspectiva *ex ante*, mientras que la de aquel tendría que ser esencial también desde una perspectiva *ex post*<sup>128</sup>. En consecuencia, concluye que el criterio de la esencialidad de la contribución solo será apto para diferenciar entre el cooperador necesario y el cómplice<sup>129</sup>.

### c. Réplica a las críticas

Estas críticas al requisito de la esencialidad de la aportación también han encontrado réplica por algunos de los defensores de la teoría del dominio del hecho, empezando por el propio ROXIN<sup>130</sup>, quien ha rechazado que el dominio derivado de la idea de esencialidad sea un dominio solo negativo. Para este autor, la distinción entre dominio positivo y negativo, tal como la presenta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no explica

---

<sup>125</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 405 s.

<sup>126</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 406 s.

<sup>127</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 408.

<sup>128</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 409.

<sup>129</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 397 ss., 410. En un sentido muy similar se pronuncia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 650, 653.

<sup>130</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 252-256 (101 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 252-256, 173 s.); *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 282, 756 s.

de manera acertada la estructura del dominio funcional del hecho<sup>131</sup>. Así, en el ejemplo de quien clava el cuchillo mientras otro sujeta a la víctima, ROXIN considera que ambas contribuciones son igual de “positivas”, y el hecho de que el retiro de la contribución haga fracasar el plan sería solo la cara negativa del “codominio positivo”<sup>132</sup>. Lo anterior, reitera, tendría validez para ambas aportaciones. Insiste en que esa distinción entre dominio positivo y negativo no puede fundamentar la diferencia valorativa de las aportaciones y concluye que “tanto si el coautor sujeta a la víctima para permitir el apuñalamiento letal como si le asesta una puñalada que junto con otras determina el resultado, en ambos casos los intervinientes dependen unos de otros y, por su hacer ‘positivo’, son señores conjuntos del suceso”<sup>133</sup>.

No obstante, frente a la respuesta que a estas objeciones de ROXIN ofrecen LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>134</sup>, en el sentido de que “el hecho de sujetar a la víctima no puede producir en absoluto la muerte, y por tanto no determina positivamente el hecho –matar– (y por eso el que sujeta no ‘mata’), mientras que, por el contrario, únicamente el clavar el cuchillo decide –determina positivamente– que se produzca la muerte (el que clava el cuchillo ‘mata’)”, lo que sí puede fundamentar una diferencia en la valoración de las dos contribuciones<sup>135</sup>, ROXIN no niega que un concepto de coautoría “tan estrecho, restringido a la verdadera acción típica”<sup>136</sup>, se pueda construir, y le reconoce la ventaja de su “máxima cercanía al tipo”<sup>137</sup>. Sin embargo, ante la ausencia en el Derecho alemán de una figura de cooperación necesaria como la existente en España, ROXIN no ve adecuado imponer una pena más benigna (la

---

<sup>131</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 255 (101 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 255, 174).

<sup>132</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 255 (101 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 255, 174); *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 756.

<sup>133</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 255 (101 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 255, 174); *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 756.

<sup>134</sup> LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA VIII (2000)*, 72 n. 64; *FS-Roxin*, 2001, 594 n. 66.

<sup>135</sup> LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA VIII (2000)*, 72 n. 64; *FS-Roxin*, 2001, 594 n. 66.

<sup>136</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 256 (102) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 256, 174). Similar en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 756 n. 816.

<sup>137</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 256 (102) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 256, 175).

de cómplice) a quien ha prestado “una contribución al hecho del mismo valor, equivalente”<sup>138</sup>.

Sin embargo, también en España –donde sí existe esa figura de la cooperación necesaria– ha habido réplicas a la crítica sobre la calificación de meramente negativo, del dominio derivado de la idea de esencialidad de la contribución. En este sentido, destaca lo planteado por BACIGALUPO ZAPATER<sup>139</sup> y PÉREZ ALONSO<sup>140</sup>. El primero de ellos rechaza que la teoría del dominio del hecho conduzca a un dominio negativo, y ello porque, en su criterio, “lo que configura la realización concreta del hecho es el aporte positivo del partícipe y no la omisión de su retirada”<sup>141</sup>. Así, en el ya tan citado ejemplo de quien apuñala a la víctima mientras otro la sujeta, considera que este último también domina positivamente el hecho, pues con su contribución “configura el hecho en su realización”<sup>142</sup>. Este autor cuestiona la relevancia que puede tener que el dominio sea negativo o positivo, y no ve cómo ello pueda afectar la corrección de las soluciones que propone la teoría del dominio del hecho. En este sentido, sostiene que “la suposición de un dominio del hecho ‘negativo’ es sólo una ilusión, pues el dominio del hecho no surge de la posibilidad de retirar el aporte, sino de participar contribuyendo con un aporte”<sup>143</sup>.

En estrecha relación con lo anterior, y a través de un planteamiento mucho más extenso y detallado –del que aquí solo mencionaré lo más relevante–, PÉREZ ALONSO<sup>144</sup> señala que de la fórmula mayoritariamente aceptada de la coautoría como dominio funcional del hecho se desprenden dos elementos: en primer lugar, y partiendo de que la intervención se realice en fase ejecutiva, se habla de una “contribución independiente y esencial”<sup>145</sup>, y es este elemento el que incluye el dominio positivo del hecho, porque implica que la intervención del sujeto “decide y configura plenamente el si y el cómo de

---

<sup>138</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 256 (102) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 256, 175).

<sup>139</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31 (1993)*, 37 s.

<sup>140</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246 ss.

<sup>141</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31 (1993)*, 37.

<sup>142</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31 (1993)*, 37.

<sup>143</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31 (1993)*, 37 s.

<sup>144</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246 ss.

<sup>145</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246.

la realización del tipo penal”<sup>146</sup>; el segundo elemento, el del desbaratamiento del plan, “juega un papel secundario y negativo, en el sentido de que establece un procedimiento auxiliar y negativo para confirmar la relevancia positiva de la contribución realizada, cuya no prestación desbarata o interrumpe el plan del hecho”<sup>147</sup>. Lo anterior lo lleva a afirmar que “el dominio positivo (la contribución independiente y esencial) ‘hace’ el hecho, mientras que el medio o dominio negativo (desbaratamiento del plan) corrobora que la no prestación de esa contribución no ‘hace’ el hecho. Pero el dominio funcional del hecho se obtiene *prestando* positivamente tal contribución y no sólo *dejando de prestarla* negativamente”<sup>148</sup>. PÉREZ ALONSO reitera que la coautoría sí supone un dominio positivo en sentido material, e insiste en que la idea del desbaratamiento del plan es solamente un medio auxiliar para corroborar el dominio positivo, dado que este lleva implícito un dominio negativo<sup>149</sup>.

De conformidad con lo anterior, PÉREZ ALONSO concluye que, en los supuestos de quien vigila o de quien sujeta a la víctima, “hay un codominio positivo y material del hecho, condicionado por la actividad de *todos* los intervinientes en la ejecución del mismo”<sup>150</sup>. Considera que no habría forma de cometer el robo o el homicidio, si el otro no vigila o no sujeta a la víctima, respectivamente. Así, sostiene que el hecho “está en las manos de *todos* ellos, compañeros emancipados y necesarios, porque cada uno *presta* una contribución que decide y configura el si y el cómo de la co-realización del hecho. Ello se confirma, en tanto en cuanto la *no* prestación de la misma conduce al desbaratamiento del plan”<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246.

<sup>147</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246.

<sup>148</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 246.

<sup>149</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 263.

<sup>150</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 265.

<sup>151</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 265. Una contestación amplia a las réplicas de Pérez Alonso se encuentra en la recensión que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO le realiza a su libro: V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC 8 (2001)*, 357 ss.; *RDPC 9 (2002)*, 303 ss.; *RDPC 10 (2002)*, 403 ss.

#### d. Toma de postura

Tal y como advierte GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>152</sup>, la réplica de ROXIN y de PÉREZ ALONSO (también podría incluirse aquí la de BACIGALUPO ZAPATER) en el sentido de que cada coautor tiene un dominio positivo sobre su aportación, y un dominio negativo sobre su aportación y el hecho delictivo, no resulta convincente. En efecto, y como también pone de relieve esta autora, “el propio PÉREZ ALONSO reconoce que el método auxiliar por el que podemos averiguar cuándo una aportación es esencial consiste en confirmar si mediante la retirada de la aportación el hecho se desbarata; es decir, se trata de verificar el dominio negativo”<sup>153</sup>. Así, este último parece no ser solo un simple “añadido” a la definición, sino el criterio determinante para decidir sobre la esencialidad de la aportación, lo que validaría las críticas –que aquí ya han sido expuestas– a este elemento propuesto por los defensores de la teoría del dominio del hecho.

Por ello, y si se quiere ser consecuente con un concepto restrictivo de autor y con un criterio delimitador de la autoría y la participación como el que aquí se ha defendido, es necesario diferenciar el *grado de dominio* ejercido por cada uno de los intervinientes en un hecho<sup>154</sup>. Como se desprende de esta idea, con ello no se está desconociendo –como a veces parece que lo interpretan quienes responden a esta crítica– que todos los que intervienen en el hecho, en cierta medida lo configuran y ejercen sobre él algún dominio, pero eso no puede implicar que todos sean autores. Así, será mucho mayor el grado de dominio de quienes realizan aportaciones esenciales, que de quienes realizan aportaciones no esenciales; pero también, dentro de aquellos que realizan aportaciones esenciales, será mayor (máximo) el grado de dominio de quienes además ejercen un dominio positivo del hecho, que de quienes ejercen solo un dominio negativo: estos serán partícipes (cooperadores necesario, en España) y aquellos serán coautores<sup>155</sup>. Está claro, como plantea ROXIN<sup>156</sup>, que la concepción que aquí se defiende

---

<sup>152</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 401 s.

<sup>153</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 402.

<sup>154</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 277 [= *NFP 76 (2011)*, 41].

<sup>155</sup> En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 277 [= *NFP 76 (2011)*, 41].

<sup>156</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 256 (102) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 256, 174). También en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 755 s., sostiene que esta concepción “restringe en exceso la coautoría, porque la cooperación ‘positiva’ en la acción delictiva (...) ya constituye de por sí autoría directa”. De esta manera, sostiene ROXIN, quedarían fuera de la coautoría los supuestos más importantes en la práctica.

resulta mucho más restrictiva que la defendida por él, pero, precisamente, veo en ello una virtud y, como ya se dijo, una opción más consecuente con el concepto restrictivo de autor.

### C) La prestación de la contribución en fase ejecutiva

#### a. Caracterización

El tercer y último requisito exigido por la teoría del dominio funcional del hecho para la configuración de la coautoría consiste en que la prestación de la contribución se haga en fase ejecutiva, entendiendo por tal fase, según explica ROXIN, aquella que “se extiende desde el principio de la tentativa hasta la conclusión del hecho”<sup>157</sup>. Lo anterior, bajo la premisa de que “sólo quien desempeña un papel co-configurador en la ejecución puede dominarla”<sup>158</sup>. De ahí se desprende, en consecuencia, que se niegue la coautoría de quien actúa en fase preparatoria, para lo cual, ROXIN se vale de los siguientes argumentos: en primer lugar, señala que “en el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos”<sup>159</sup> y, por eso, quien no toma parte en la realización del hecho sino que únicamente contribuye a crear las condiciones previas, no puede ser figura central del suceso. A esto añade que no puede afirmarse que quien solamente coopera preparando, pueda dominar el curso del hecho, pues en realidad depende de la iniciativa, decisiones y configuración del hecho por parte del ejecutor directo<sup>160</sup>.

También en España<sup>161</sup> ha encontrado eco este requisito formulado por ROXIN, y ha sido PÉREZ ALONSO<sup>162</sup> uno de los autores que lo ha desarrollado con mayor detalle.

---

<sup>157</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 199 (82) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 199, 151).

<sup>158</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 198 (81) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 198, 151).

<sup>159</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 294.

<sup>160</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 294. También en Alemania destaca la posición de JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 554, quien advierte de que la contribución al hecho, para configurar coautoría, tiene que ser “una pieza de su ejecución”. En este sentido –sostiene– no basta una contribución en fase preparatoria porque no supone dominio del hecho.

<sup>161</sup> Cfr. MIR PUIG, en: JESCHECK, *DP*, *PG*, 3ª., 1981, 952 (se trata de las adiciones de Derecho penal español al Tratado del autor alemán); BACIGALUPO ZAPATER, *PJ 31 (1993)*, 38; *PG*, 5ª, 1998, 366 s.; GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 122; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 66 s.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 141; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.),

Él entiende que la actuación en fase ejecutiva es una garantía derivada del principio de legalidad<sup>163</sup> y de un concepto de autor “auténticamente restrictivo”<sup>164</sup>. Todo ello porque “sólo se pueden castigar las acciones u omisiones previstas como delito o falta por la ley en los tipos penales (...), es decir, aquellas que supongan ya dar principio a la ejecución del delito (...)”<sup>165</sup>, por lo cual, “sólo puede ser coautor, y castigado como tal, quien intervenga al menos en *la fase de ejecución del delito*, o sea, desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho”<sup>166</sup>. Necesariamente ligado a lo anterior, sostiene que un concepto restrictivo de autor respeta “el significado jurídico de la propia esencia de la coautoría” que establece, como exigencia básica, “que los actos parciales de los intervinientes sean llevados a cabo en la fase de ejecución”<sup>167</sup>.

En este punto, PÉREZ ALONSO aclara –siguiendo también en ello a ROXIN<sup>168</sup>–, que lo anterior no implica que el sujeto tenga que estar presente en el lugar de los hechos para poder ser coautor, y da el ejemplo –propuesto también inicialmente por

---

*Comentarios*, 2007, 393; *PG*, 2010, 1044, quien afirma que “un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a coautoría; el mismo aporte pero durante la preparación dará lugar, en el derecho español, a la cooperación necesaria”; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 218, 220 ss., 236 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 237 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 352, 364, 366 ss., 390 ss.; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 37, 45 s., 53 ss., quien señala que quienes intervienen en la fase preparatoria “siempre dependen de la decisión autónoma de quienes actúan en la fase de ejecución” (46); FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 137; CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 343, 356; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 264 ss., 291, 295; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 356, 371, 639; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 225; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, *PG*, 4ª, 2010, 403; en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 202 s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 215; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2ª, 2015, 373 ss.; Díez RIPOLLÉS, *DP*, *PG*, 4ª, 2016, 376.

<sup>162</sup> Cfr. PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 218, 220 ss., 236 ss. Desde la definición que realiza de coautor, queda clara esta exigencia: “coautor es quien lleva a cabo en la fase de ejecución una contribución imprescindible y funcionalmente adecuada, en base al (sic) principio de división del trabajo y de una decisión común, para la realización del tipo penal conforme al plan global del hecho, poseyendo las demás características personales, especiales y subjetivas exigidas por el tipo correspondiente” (218).

<sup>163</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 221.

<sup>164</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 238.

<sup>165</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 221.

<sup>166</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 221. En un sentido similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 352, 372 ss., sostiene que la aportación del coautor debe llevarse a cabo en la fase de ejecución, para poder afirmar que se da una “realización conjunta” del hecho, como exige el art. 28 CP (352). Más adelante profundiza sobre su posición en cuanto a la exigencia de que la contribución se preste en fase ejecutiva para que pueda configurar autoría (372 ss.), y reitera que en la regulación de la coautoría en el CP, la referencia a la realización conjunta del hecho delictivo, alude a la fase de ejecución del delito (373).

<sup>167</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 238.

<sup>168</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 200 (82) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 200, 152).



ROXIN<sup>169</sup>– del jefe de la banda que actualiza su función en la fase de ejecución dando instrucciones telefónicas desde la central de control, y que sería coautor<sup>170</sup>.

Otra aclaración importante es aquella en la que enfatiza GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>171</sup>, y que, por momentos, pareciera que se pierde de vista por algunos de los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho: si bien la coautoría solo es posible en la fase de ejecución, no todos los que actúan en esta fase serán coautores. Lo anterior puede expresarse, de manera simple, señalando que *todo coautor actúa en fase ejecutiva, pero no todo el que actúa en fase ejecutiva es coautor*, pues, como afirma GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “no todas las actividades que se llevan a cabo por los diferentes intervinientes en la fase de ejecución delictiva tienen la misma importancia ni para el desarrollo del suceso delictivo ni para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido...”<sup>172</sup>. A ello añade que, precisamente, la actuación del cómplice en la fase ejecutiva está prevista en la ley, en el art. 29 CP, que se refiere a cooperar “a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”; y, en cuanto a la cooperación necesaria, si bien la ley no dice nada al respecto, considera que no existe ninguna razón para excluir la intervención de un cooperador necesario en la fase ejecutiva, porque la diferencia de esta figura con la complicidad es meramente cuantitativa<sup>173</sup>.

#### *b. Críticas al requisito de prestación de la contribución en fase ejecutiva*

Tampoco este requisito ha estado exento de críticas, pero me parece importante distinguir, entre ellas, dos clases: hay unas críticas que se dirigen al requisito como tal, es decir, que rechazan expresamente que la actuación del coautor tenga que darse en fase ejecutiva; otro grupo de críticas se dirige, más bien, a la falta de coherencia entre este requisito y el criterio de esencialidad, tal como lo han entendido los seguidores de

---

<sup>169</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 200 (82) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 200, 152): “Quien, desde una posición alejada, coordina por radio las contribuciones de los coautores que operan ‘sobre el terreno (en el lugar)’ o quien da instrucciones u órdenes telefónicas durante la ejecución es él mismo también coautor. Quien, sin embargo, no influye ya en absoluto sobre el suceso durante la ejecución, puede ser, en determinadas circunstancias, autor mediato, pero jamás coautor”.

<sup>170</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 239.

<sup>171</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 390 ss.

<sup>172</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 391.

<sup>173</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 391.

la teoría del dominio funcional del hecho. En lo que sigue me dedicaré a exponer ambas críticas, según el orden al que acabo de referirme.

#### b.1. Primera crítica: la contribución del coautor no tiene que prestarse en fase ejecutiva

Quizás es JAKOBS<sup>174</sup> quien, con más contundencia, ha rechazado la necesidad de que la prestación de la contribución de un coautor deba darse en la fase de ejecución. En efecto, para JAKOBS, hay coautoría cuando, de acuerdo con el plan de los intervinientes, las aportaciones necesarias para la ejecución del delito se distribuyen, bien sea en todas las fases del delito o entre las distintas fases, lo que implica que, también los intervinientes que no participan en la ejecución, codeterminan que esta se lleve a cabo o no<sup>175</sup>. Lo anterior lo fundamenta en que “la medida y la intensidad de un delito no cometido de propia mano son independientes del momento del influjo, e incluso el influjo sobre el elemento material vinculado con la ejecución de propia mano no forzada, sobre la decisión de si el hecho tendrá o no lugar, no queda consolidado por una aportación realizada después del comienzo de la tentativa, ni queda excluido sin tal aportación”<sup>176</sup>; razón por la cual considera posible, entonces, que la aportación del coautor se realice en la fase preparatoria<sup>177</sup>. En este punto se pregunta: “¿Quién le negaría al autor de una obra de teatro al menos la misma importancia en el resultado de un estreno, simplemente porque no esté presente en este?”<sup>178</sup>.

JAKOBS<sup>179</sup> continúa argumentando que, cuando falta la participación en la ejecución de propia mano del hecho (dominio formal), también falta en el ámbito de la coautoría el dominio de la decisión, pues es el ejecutor no subordinado quien decide sobre el “sí” del hecho. Añade que, aunque las aportaciones anteriores hayan facilitado el hecho, esto no comporta dominio de la decisión, y se refiere en este punto a los inductores y cooperadores necesarios, que posibilitan el hecho pero son partícipes.

---

<sup>174</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 1991, 616 ss. (= *DP, PG*, 1997, 745 ss.); en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 99 ss.

<sup>175</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 616 (= *DP, PG*, 1997, 745).

<sup>176</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 (= *DP, PG*, 1997, 749 s.).

<sup>177</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 (= *DP, PG*, 1997, 749 s.).

<sup>178</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 (= *DP, PG*, 1997, 750).

<sup>179</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 s. (= *DP, PG*, 1997, 750).

Agrega, sin embargo, que una intervención subordinada en el dominio de la decisión se da cuando el partícipe, a través de promesas, amenazas de represalias, etc., dirige la motivación del ejecutor para la realización del hecho, sin que este influjo llegue a ser autoría mediata. Considera que esta intervención sí puede tenerse en cuenta en la coautoría, aunque reconoce que el no ejecutor participa en menor medida en el dominio material, en forma de dominio de la decisión. No obstante, para solventar ese *minus*, JAKOBS sostiene que puede compensarse con un *plus* en el dominio material, pero en forma de “dominio de la configuración” o “dominio configurativo”, que se lleva a cabo en la fase preparatoria<sup>180</sup>. Así, señala, incluso sin ninguna intervención en el dominio de la decisión, es posible la coautoría a través de la configuración, o al menos la co-configuración<sup>181</sup>.

También en Alemania, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF<sup>182</sup> han rechazado la idea según la cual la colaboración en acciones preparatorias no puede conducir a la coautoría. Consideran que esta posición no se compadece con la idea de la coautoría como dominio colectivo del hecho y se funda en un razonamiento inadmisibles, al ser paralelo al de la autoría individual. Estiman, por el contrario, que una aportación en la fase preparatoria puede conducir a la participación de ese interviniente en el dominio colectivo del hecho, en relación con la concreta lesión del bien jurídico<sup>183</sup>, e insisten en que lo decisivo es si la aportación ha conducido o no a la participación en dicho dominio, para lo cual resulta irrelevante el momento del acto de colaboración<sup>184</sup>. A lo anterior añaden que “toda acción que ‘represente una sección parcial de la realización

---

<sup>180</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 s. (= *DP, PG*, 1997, 750).

<sup>181</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 621 (= *DP, PG*, 1997, 750). En otro lugar, JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 99 ss., insiste en la incorrección de la idea de que solo quienes ejecutan puedan ser calificados como autores, y no deban serlo quienes intervienen en la fase anterior (99). En este sentido afirma que, “si es que existe la posibilidad de imputar a título de autor partes de la ejecución que son llevadas a cabo por parte de otro, no hay razón alguna para limitar esa imputación a título de autor a los intervinientes en la ejecución. ¿Por qué no también al jefe de la banda, que ya no interviene en la fase de ejecución? (100). Haciendo uso de los ejemplos habituales en su argumentación, señala que “los intervinientes antes de la ejecución han fijado el marco, o, cuando éste es variable, al menos lo han propuesto, y los ejecutores lo rellenan. Lo que derive de ello es la realización concreta del tipo, compuesta de marco y relleno, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco” (102). No obstante, creo que su ejemplo es desafortunado para fundamentar lo que él pretende. Incluso, a partir de su ejemplo se podría llegar a argumentar todo lo contrario a su planteamiento: solo son autores de un cuadro los que lo pintan, los que lo “rellenan”. Un cuadro sin marco, no deja de ser un cuadro, pero un marco sin relleno nadie diría que es un cuadro, es solo un marco.

<sup>182</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 293 ss. (= *PG*, II, 7ª, 1994, 374 ss.).

<sup>183</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 293 s. (= *PG*, II, 7ª, 1994, 374).

<sup>184</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 294 (= *PG*, II, 7ª, 1994, 374).

del plan global” puede fundar objetivamente la autoría<sup>185</sup>, y sería indiferente si se trata de realización de elementos típicos, de “actos de causación meramente psíquicos”, de actos que vistos desde afuera solo tienen carácter preparatorio o de complicidad<sup>186</sup>.

En un sentido muy similar se pronuncia STRATENWERTH<sup>187</sup>, quien considera que el llamado dominio funcional del hecho es una línea directriz pero no puede resolver todas las dudas. Así, por ejemplo, sostiene que la esencialidad de la aportación no se puede basar en el momento en el cual fue realizado tal aportación, sino en la forma en que dicha aportación sigue repercutiendo durante la ejecución. Lo anterior lo lleva a afirmar que “la planificación y la organización de un delito ejecutado por varios deben fundamentar la coautoría, dicho a modo de ejemplo, aun cuando el organizador ya no esté durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores: el plan predetermina la conducta del interviniente en el estadio de la ejecución, conforma los roles individuales y hace intervenir al organizador, por eso mismo, en el dominio del hecho”<sup>188</sup>. Esto lo contrapone al supuesto de quien suministra armas, instrumentos, o indica las oportunidades para cometer el delito. En estos casos –según STRATENWERTH– las aportaciones no significan “una decisión anticipada acerca de si será ejecutado el delito y, en su caso, de qué modo, por tanto, queda como mera complicidad”<sup>189</sup>. Ahora bien, con respecto a los supuestos en los que se da un apoyo durante la ejecución, por ejemplo, esperar en un coche para facilitar la huida, o actuar de “campanero”, sostiene que habrá que preguntarse si esa aportación, en esas circunstancias, era imprescindible.

En España, por su parte, destaca la posición de MUÑOZ CONDE<sup>190</sup>, quien, si bien se muestra partidario de la teoría del dominio funcional del hecho para la comprensión

---

<sup>185</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 294 (= *PG*, II, 7ª, 1994, 374).

<sup>186</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 294 (= *PG*, II, 7ª, 1994, 375).

<sup>187</sup> STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 338 s.

<sup>188</sup> STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 339.

<sup>189</sup> STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 339.

<sup>190</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 521, 528 s. Se pronuncian también expresamente a favor de aceptar la coautoría aunque la prestación de la contribución no se dé en fase de ejecución, SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios*, T. I, 3ª, 2001, 542; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 549 s.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios*, *PG*, 2011, 338 s., quien considera que el tenor literal del art. 28 no obliga a interpretar que realizan el hecho únicamente los que intervienen en la ejecución del mismo. A esto añade el argumento de la importancia de los actos, pues hay actos que no son ejecutivos pero sí de tanta importancia como estos. De ahí concluye que “realización conjunta del hecho la llevan a cabo no sólo quienes realizan directamente la conducta típica, sino además otras personas, que conjuntamente con los ejecutores, tienen el condominio (sic) funcional del hecho” (338). Luego reitera

de la coautoría, defiende una forma de coautoría que no se vincula estrictamente a la coejecución<sup>191</sup>. En efecto, para este autor, el requisito de intervención en fase ejecutiva, exigido por la “doctrina dominante”, “no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En estos la acción ejecutiva fundamenta siempre una autoría directa, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina. El *dominio funcional* del hecho que es, en opinión de ROXIN y también, (...) en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando *configura* la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso<sup>192</sup>.

## b.2. Réplicas a la primera crítica

Como expuse en el apartado anterior, JAKOBS trata de defender la idea de una coautoría con una aportación que no se dé en fase ejecutiva pero que de algún modo

---

expresamente que la conducta del coautor no tiene por qué llevarse a cabo cuando ha iniciado la fase ejecutiva y dentro de dicha fase (339). En este sentido afirma que “los varios actos que llevan a cabo todas las personas en virtud de un acuerdo, responderán a una distribución de las funciones o papeles, que permite sostener que este conjunto de personas, como coautores, poseen el condominio (sic) funcional del hecho” (339); GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 367 s., quien aboga por una “reformulación normativa de la coautoría” para llegar a una solución satisfactoria. En este sentido, rechaza el requisito de aportación esencial en la ejecución del hecho, pues entiende que no hay justificación para hacer esta delimitación temporal, toda vez que la aportación esencial también puede darse en la fase de preparación del delito; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 401 s.

<sup>191</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 521, 528 s.

<sup>192</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 521, 528. Cfr., también, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 465 ss., quienes exponen que en la coautoría se pueden diferenciar dos formas: la coautoría ejecutiva y la coautoría no ejecutiva. Y dentro de la primera distinguen, a su vez, la coautoría ejecutiva directa, que es aquella en la cual todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la coautoría ejecutiva parcial, en la que hay un reparto de tareas ejecutivas (465). En cuanto a la coautoría no ejecutiva, señalan que hay casos en los que se da un reparto de papeles entre los distintos intervinientes, de tal forma que alguno o algunos de los coautores ni siquiera estarían presentes en el momento de su ejecución. En este punto advierten que debe superarse la visión estrictamente formal de la coautoría, y debe recurrirse a un criterio material, que para ellos vendría dado por el dominio funcional del hecho (466). Advierten, eso sí, de que no basta el acuerdo previo para que se configure la coautoría, sino que es necesario que se contribuya a la realización del delito; contribución que –reiteran– no necesariamente debe darse con actos ejecutivos (466). Añaden que, “con ayuda de este criterio también pueden considerarse coautores al jefe de la banda y a los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas estrechamente relacionadas o que son parte integrante fundamental en la realización del delito, aunque no estén presentes en su ejecución” (466). Para fundamentar su postura, señalan también que el inciso 2º del art. 28 toma como punto de referencia la acción de “realizar” el hecho y no la de ejecutar (467).

incida en el dominio de la decisión y en el de la configuración, o incluso solo en el dominio de la configuración. ROXIN Considera desacertado el planteamiento de JAKOBS porque “sitúa la delimitación entre autoría y participación en la misma vaguedad que la teoría subjetiva”<sup>193</sup>. En este sentido sostiene que son posibles opiniones muy diferentes en cuanto a qué *plus* de intervención en la fase preparatoria compensa al *minus* de dominio del hecho en la fase de ejecución, y añade que JAKOBS, a través de un rodeo por la coautoría, eleva a autoría conductas de determinación del hecho que no bastarían para fundamentar autoría mediata y que tendrían que calificarse de inducción. Así, la coautoría queda convertida en “autoría mediata de segundo orden”<sup>194</sup>.

Esta réplica de ROXIN me parece fundada, pues el ejemplo que propone JAKOBS de quien con promesas o amenazas influye en la motivación del ejecutor para que realice el hecho, pero sin que ese influjo llegue a ser autoría mediata, no puede constituir un ejemplo de aportación de un coautor, y ya no porque se dé en fase preparatoria, sino porque carece de la entidad suficiente para codeterminar el hecho. Para JAKOBS, como ya se ha visto, el *plus* de intervención en la fase preparatoria vendría dado por el dominio de la configuración, pero –y en esto coincido con ROXIN– dicho concepto resulta demasiado vago, y, por eso mismo, peligroso, pues por esa vía es posible predicarlo de muchas aportaciones que, aunque no alcanzan a ser determinantes para el dominio de la decisión, llegarían a ser aportaciones de coautoría en virtud del dominio de la configuración, que, realmente, no se sabe muy bien qué es.

También ha sido criticado el interrogante que plantea JAKOBS a partir del ejemplo de la obra de teatro<sup>195</sup>, y, según el cual, nadie le negaría al autor de una obra de teatro al menos la misma importancia en el resultado de un estreno, simplemente porque

---

<sup>193</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 690.

<sup>194</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 690. En un sentido muy similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 367, aunque reconoce que el de JAKOBS es el argumento más contundente, sostiene que debe ser rechazado por su falta de precisión. En este sentido afirma que, “atendiendo a la capacidad de configuración del suceso en sentido amplio es imposible proceder a una distinción entre la coautoría en fase preparatoria así caracterizada y otras figuras de participación como, por ejemplo, la inducción”; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 45, también critica la tesis de JAKOBS, y considera que esta implica una sobreextensión de la coautoría, pues conductas de participación se convierten en conductas de autoría. A lo anterior añade que “no resulta fácil explicar cómo un déficit tan importante como la falta de intervención en fase ejecutiva (dominio de la decisión) puede ser compensado con una contribución tan alejada de la puesta en marcha del curso lesivo”. Para esta autora, una tesis como la de JAKOBS puede llevar a la consecuencia de afirmar que el coautor ha realizado todos los actos de su aportación sin que haya comenzado, ni siquiera, la tentativa de coautoría.

<sup>195</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 620 (= *DP, PG*, 1997, 750).

no esté presente en este. La respuesta que, hasta ahora, encuentro más satisfactoria al argumento de JAKOBS, la da ALCÁCER GUIRAO cuando plantea que “posiblemente nadie negaría la misma importancia al autor de una obra de teatro que a los actores de la misma por no estar aquel presente durante la representación, pero tampoco nadie le imputaría responsabilidad por una desastrosa representación por parte de los actores, o porque estos se hubieran negado a salir a escena. Son estos, y no el escritor, quienes tienen la decisión última sobre la representación de la obra, y, por tanto, sobre el éxito o el fracaso del autor de la misma”<sup>196</sup>.

Por su parte, la crítica de STRATENWERTH, consistente en que la esencialidad de la aportación debe basarse en la forma en que esta sigue repercutiendo en la ejecución, y no en el momento en que se realiza, también ha sido contestada por ROXIN<sup>197</sup>, quien incluso la ha calificado de “aventurada”, pues considera que “son muchas las aportaciones en la fase preparatoria (procurar el veneno, dar la información decisiva, espiar sobre la ocasión más oportuna, etc.) que perduran hasta el final del hecho y en esa medida co-determinan decisivamente la ejecución sin por eso fundamentar coautoría”<sup>198</sup>.

Por último, frente a los planteamientos de MUÑOZ CONDE también se han alzado diversas críticas que pueden condensarse en lo dicho por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>199</sup>, quien, pese a reconocer que la tesis de MUÑOZ CONDE resulta sugestiva, sostiene, en primer lugar, que dicha tesis obliga a que el término “realizar”, previsto en el art. 28 CP, se interprete en un sentido mucho más amplio que el de “ejecutar” el hecho; y en segundo lugar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ considera inadmisibile –y yo comparto su criterio<sup>200</sup>– que se prescinda del inicio de la ejecución para caracterizar la autoría.

---

<sup>196</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 239.

<sup>197</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 689 s.

<sup>198</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, 689 s. Cfr., también, en sentido similar, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 238, quien afirma que esa tesis desembocaría en un concepto extensivo de autor, basado en la “incidencia causal de las contribuciones”. Advierte de que toda contribución penalmente relevante tiene que ser causal para el resultado y, por tanto, tiene que desplegar efectos en fase ejecutiva. Por tanto, si se aplicara con rigor ese criterio, todos los intervinientes tendrían que ser coautores. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 366 s.

<sup>199</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PG*, 5ª, 2016, 523.

<sup>200</sup> Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 124.

### b.3. Segunda crítica: el requisito de aportación en fase ejecutiva no se compadece con el criterio material de esencialidad de la contribución

He querido separar esta crítica de la anterior para evitar la confusión que suele presentarse, y que desde ya anticipo: cuando se critica la falta de coherencia entre el requisito de esencialidad de la contribución y el de aportación en fase ejecutiva, no se hace (al menos no necesariamente) porque se rechaza esta última exigencia en la coautoría, sino para evidenciar que un criterio de esencialidad como el sostenido por la teoría del dominio funcional del hecho implica un dominio negativo, que bien podría darse en la fase ejecutiva o en la preparatoria.

Dicho esto, puede resultar más fácil comprender los alcances de esta segunda crítica desarrollada, sobre todo, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>201</sup>. En efecto, para este autor, la posición de ROXIN de exigir actuación en fase ejecutiva es de cierta manera incoherente con el principio de esencialidad de la contribución, que ha propuesto para caracterizar a la coautoría, pues esa posibilidad de desbaratar el plan común al retirar la contribución (y que, como ya se ha visto, fundamenta para ROXIN la esencialidad de la contribución) también puede tenerla un sujeto que únicamente actúe en la fase preparatoria. En este sentido, afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que “con el criterio material que ROXIN utiliza para caracterizar la coautoría, es difícil explicar por qué la contribución esencial ha de prestarse en la fase ejecutiva. Lo más que obtenemos de ROXIN al respecto es una nueva alusión a la ‘figura central’, aunque esta vez intentando relacionarla con la voluntad del legislador al redactar los tipos”<sup>202</sup>.

Al hilo de estas consideraciones, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sostiene que detrás de la posición de ROXIN se esconde una intuición correcta: que la coautoría, como la conciben los defensores de la teoría del dominio del hecho, conduce a una “*desmesurada extensión* de la interpretación restrictiva de los tipos y del concepto de autor”; extensión que ROXIN intenta restringir<sup>203</sup>. No obstante, afirma que este intento, si

---

<sup>201</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 674 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 174; *GA 2011*, 279 ss. [= *NFP 76 (2011)*, 43 ss.]; *CPC 123 (2017)*, 33 s.; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 167. También, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA VIII (2000)*, 73.

<sup>202</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 674.

<sup>203</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 674. También en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 174; *GA 2011*, 279 [= *NFP 76 (2011)*, 43]; *CPC 123 (2017)*, 33 s.; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 167. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en: *CDJ 1994-39*, 82 n. 54; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 441 n. 147; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 62 n. 256. RUDOLPHI, *FS-*



bien es loable, no convence, “porque, al margen de que se compagine bien o no con las características materiales que definen la coautoría según el llamado dominio funcional, no se explica por qué guardan la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima y la de quien clava el cuchillo en el pecho de la misma o la de quien vigila (por muy importante que en el caso concreto sea esta vigilancia) en un robo que quien toma la cosa, etc.”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO insiste en que esas conductas guardan una relación diferente con el tipo, como ya ha explicado, porque quien sujeta o vigila depende totalmente de quien realiza la acción típica nuclear, esto es, de quien determina positivamente el hecho<sup>204</sup>. Concluye, entonces, que la exigencia de actuación en fase ejecutiva, además de resultar contradictoria con respecto al requisito de esencialidad, “no tiene en cuenta tampoco la diferencia entre acciones en fase de ejecución con dominio negativo del hecho, acciones ejecutivas y, sobre todo, acciones que suponen determinación (o dominio) positiva del hecho”<sup>205</sup>.

#### b.4. Réplicas a la segunda crítica

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>206</sup> considera que la crítica al requisito de la aportación en fase ejecutiva no tiene en cuenta un razonamiento previo de la argumentación de ROXIN y de quienes lo siguen en esta idea, y es el hecho de que estos parten de la premisa de que las conductas que tienen lugar en fase preparatoria no se pueden equiparar de ningún modo con las que tienen lugar en fase ejecutiva, pues “sólo esta última determina el marco de referencia en el que se debe analizar posteriormente si una determinada contribución cumple o no con las características que van a fundamentar una responsabilidad a título de coautor por el hecho global”<sup>207</sup>.

---

*Bockelmann*, 1979, 369 ss., al referirse al concepto de “adscripción al tipo” (*Tatbestandsbezogenheit*), explica muy bien la idea de que el requisito de aportación en fase ejecutiva intenta acercar la coautoría, el dominio del hecho, al tipo.

<sup>204</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 675.

<sup>205</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 174; *CPC 123 (2017)*, 34; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 167.

<sup>206</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 371.

<sup>207</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 371.

Por esa misma vía parece transitar la argumentación de PÉREZ ALONSO<sup>208</sup> cuando señala que la crítica se equivoca al mezclar el requisito de la esencialidad y el de la aportación en fase ejecutiva, pues cada uno de estos requisitos opera en fases o niveles diferentes. Así, el requisito de aportación en fase ejecutiva estaría determinando cuál es el objeto del dominio (sería el “marco de referencia”, en términos de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ), mientras que el requisito de esencialidad lo que haría es determinar el contenido del dominio. Por esta razón –y considero que es el principal punto de encuentro con la réplica de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ–, en la fase preparatoria no habría hecho punible, y, en consecuencia, tampoco podría haber coautoría.

Me parece que estas réplicas, lejos de invalidar la crítica, la refuerzan. En efecto, si primero hay que determinar que la conducta se lleve a cabo en la fase ejecutiva (marco de referencia u objeto del dominio), para luego ahí sí entrar a examinar que cumple con los requisitos de la coautoría, nos encontramos con que una misma conducta esencial –en el sentido establecido por ROXIN de atender a la posibilidad de desbaratamiento del plan–, como puede serlo, por ejemplo, el suministrar la clave de la caja fuerte para poder realizar el robo, tendría entonces diferente tratamiento si se da en fase preparatoria (cooperación necesaria) a si se da en fase ejecutiva (coautoría), lo que reduciría el criterio de distinción entre coautoría y cooperación necesaria a un mero criterio temporal. Tanto es así que un autor como CHOCLÁN MONTALVO<sup>209</sup>, defensor de la teoría del dominio funcional del hecho<sup>210</sup>, llega a afirmar que la cooperación necesaria solo puede darse en la fase preparatoria, porque en la fase ejecutiva, esa aportación esencial configuraría una coautoría.

Lo anterior demuestra la validez de la crítica que se ha hecho al requisito, en consonancia con el de esencialidad de la aportación, y lo poco convincente que resulta la réplica. Tampoco DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>211</sup> la considera convincente y, en este sentido, insiste en que el sujeto que realiza una aportación esencial en fase preparatoria estaría dominando el hecho desde el punto de vista de la teoría del dominio funcional del hecho. Añade que “también quedaría por explicar por qué, ya en relación con la realización del tipo, *se igualan todas las conductas esenciales realizadas en fase*

---

<sup>208</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 229 ss.

<sup>209</sup> CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 356.

<sup>210</sup> CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 342 ss.

<sup>211</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 279 [= *NFP 76 (2011)*, 43 s.].

*ejecutiva*<sup>212</sup>, todas las simultáneas a esa fase, sin distinguir entre las ejecutivas (por ejemplo, tomar el dinero en un asalto bancario) y las simultáneas no ejecutivas (como vigilar de manera esencial en ese mismo atraco)”<sup>213</sup>.

*c. Valoración del requisito de aportación en fase ejecutiva*

Una vez se han expuesto las diferentes posiciones acerca del requisito de actuación en fase ejecutiva, considero que la coherencia con un concepto restrictivo de autor y con el criterio que estimo más adecuado para la delimitación entre autoría y participación, esto es, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, genera como consecuencia –y en este sentido, se trataría más de un efecto que de una condición o requisito<sup>214</sup>– que la aportación del coautor se produzca en fase ejecutiva<sup>215</sup>. Ello no quiere decir –y esto es muy relevante– que toda aportación en fase ejecutiva sea

---

<sup>212</sup> Y esto se percibe de manera clara, por ejemplo, en la posición de CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 356, que se acaba de citar en el párrafo precedente.

<sup>213</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *GA 2011*, 279 [= *NFP 76 (2011)*, 43 s.]. La cursiva es mía.

<sup>214</sup> Insisto en esta idea pues, precisamente por ello, es importante no confundirlo con lo sostenido por Roxin, quien, como ya expuse, sí lo considera un requisito de la coautoría.

<sup>215</sup> También desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho afirma expresamente que la aportación del coautor deberá darse en fase ejecutiva, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: *RDPC n° extraordinario 1 (2000)*, 192, 195. No lo entiende así, sin embargo, DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 549 s., quien defiende el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero también la posibilidad de que el coautor no intervenga en la fase ejecutiva. En este sentido afirma que, si se utiliza un criterio material para determinar quién realizó la conducta típica, no encuentra razón para que solo pueda realizarla quien interviene en fase ejecutiva (advierde que “en lo que sería la fase ejecutiva para el autor inmediato individual”) (549). Insiste en que no encuentra la razón por la cual la doctrina niega la posibilidad de un dominio compartido entre el sujeto que interviene en fase preparatoria y el que interviene en fase ejecutiva, y añade que desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho “cabe perfectamente que el hecho sea determinado objetiva y positivamente tanto por uno como por otro sujeto, con lo que, atendiendo al criterio utilizado, habrá que concluir que la conducta típica la realizaron tanto uno como el otro, de modo conjunto, o compartido” (550). Enseguida se pregunta por qué el autor mediato puede no intervenir en fase ejecutiva y ser considerado como autor único del hecho, mientras que el coautor debe intervenir siempre en fase ejecutiva para poder ser considerado autor (550). Con respecto a esto último, en mi criterio, un sujeto que no actúa en fase ejecutiva no podrá codeterminar la realización del hecho, si no se dan los presupuestos para que la determinación sea mediata. Precisamente en la autoría mediata puede ser autor alguien que no interviene en la fase ejecutiva, porque determina el hecho a través de otro que también lo determina objetiva y positivamente, que realiza la acción típica, y que, para hacerlo, debe haber intervenido en la fase ejecutiva.

de coautoría, pero sí que toda aportación que configure coautoría se dará en fase ejecutiva<sup>216</sup>.

Para identificar cuáles acciones ejecutivas fundamentan coautoría, considero que puede ser útil el análisis que plantea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en relación con la punición de la tentativa: “en el caso de quien sólo realiza (y piensa realizar) una acción ejecutiva no típica no se da aquello que fundamenta el comienzo de la tentativa: la disposición directa a realizar el ataque directo de la prohibición o mandato normativo, porque, por definición, ese coejecutor a lo que está dispuesto es a que lo realicen otros y él, como todo cooperador, lo que hace es allanarles el camino, facilitarles (con una acción grandemente merecedora y necesitada de pena) esa realización<sup>217</sup>. Insisto, entonces, en que la coautoría no implicará la realización conjunta de cualquier acción ejecutiva, sino de la(s) acción (acciones) ejecutiva(s) típica(s).

### **3. LA DETERMINACIÓN OBJETIVA Y POSITIVA DEL HECHO COMO CRITERIO CORRECTO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LA COAUTORÍA**

#### **A) Caracterización**

Con el análisis que he expuesto en los apartados precedentes, a partir de la crítica a los requisitos exigidos por la teoría del dominio funcional del hecho para la configuración de la coautoría, ha ido quedando claro que esta teoría, en mi criterio, no resulta satisfactoria, por su amplitud, para la explicación de esta forma de autoría<sup>218</sup>. Y también, al hilo de las críticas, he ido perfilando el criterio que considero más adecuado para la caracterización de la coautoría: la determinación objetiva y positiva del hecho.

Según este criterio, “la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el si

---

<sup>216</sup> Salvo que se trate, obviamente, de coautoría mediata, en la que primero tendrán que concurrir los requisitos de la autoría mediata -que analizaré en el capítulo siguiente-, y que de todas maneras implica que el ejecutor inmediato actúe en fase ejecutiva.

<sup>217</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 675.

<sup>218</sup> Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 125.

y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro”<sup>219</sup>.

Así, al contrastar los requisitos exigidos por la teoría del dominio funcional del hecho con los postulados del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, el balance arrojaría que, para ambos criterios, el requisito del acuerdo o plan común es necesario –mas no suficiente– en la configuración de la coautoría; con respecto al requisito de esencialidad de la aportación, en el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho sería reemplazado por el de una aportación que, en conjunto con las de los demás coautores, codetermine *positivamente* –y no solo de manera negativa– el sí y el cómo del hecho; y en cuanto al requisito de que la aportación se preste en fase ejecutiva, considero que, más que un requisito, en la determinación objetiva y positiva podría entenderse como un efecto, en tanto, para que esa acción que se realiza en conjunto logre determinar positivamente el hecho, tendrá que ser prestada en fase ejecutiva.

## **B) Críticas**

Como advertí *supra*<sup>220</sup>, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho ha sido objeto de varias críticas, y estas han sido más recurrentes en el ámbito de la coautoría. A las críticas dirigidas al criterio, en general, ya me referí en el capítulo II de este trabajo<sup>221</sup>, y varias de las críticas –creo yo, las más relevantes– que se le hacen al criterio en el ámbito específico de la coautoría ya han sido abordadas –y respondidas– también, a partir del análisis propuesto en el número anterior; entre ellas, la más destacada, que tiene que ver con la exigencia de un dominio positivo, y no solamente negativo (como el que se desprende del criterio de esencialidad), en la aportación del coautor. Aquí remito, entonces, a esos lugares, y me detengo en otras críticas –ya no medulares, pero sí relevantes– que me permiten seguir perfilando el criterio por el que he optado para la delimitación entre autoría y participación.

---

<sup>219</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 677.

<sup>220</sup> Capítulo II, Apartado 3. D) b.

<sup>221</sup> Apartado 3. D) b.

1. En primer lugar, resulta interesante destacar la crítica de OLMEDO CARDENETE<sup>222</sup>, que, aunque está estrechamente vinculada a aquella que rechaza la exigencia de dominio positivo –y no meramente negativo– en la aportación del coautor, se plantea en unos términos diferentes, que merecen esta mención aparte. En efecto, al hacer referencia a los supuestos en los que un sujeto interviene en fase ejecutiva pero no realiza actos propiamente típicos, OLMEDO CARDENETE señala que algunos –entre esos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO– califican a este sujeto directamente como partícipe. En este punto, se muestra en desacuerdo con la afirmación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, referida a que el legislador tiene más interés, por ejemplo, en prohibir la conducta de quien apuñala a la víctima que de quien la sujeta, y considera que, con ello se pierde “la visión global de lo que el legislador considera aquí peligroso para el bien jurídico: ‘sujetar *para que otro apuñale*’; esto es bien distinto a la simple idea de sujetar. Ese es, pues, el contenido de injusto que hace que, por su enorme aproximación al que refleja quien apuñala, el legislador impute como propia la acción de apuñalamiento al que únicamente sujeta”<sup>223</sup>.

Esta crítica resulta desacertada, en mi criterio, porque le concede el mismo valor y la misma importancia a dos aportaciones que no la tienen. Precisamente, desde una “visión global” –en los términos de OLMEDO CARDENETE–, también se entiende que quien sujeta a la víctima solamente tiene un dominio negativo del hecho, mientras que el sujeto que la apuñala cuenta *además* con un dominio positivo, con la posibilidad de decidir el si y el cómo de la realización del hecho. Y aunque ambas conductas –sujetar a la víctima o apuñalarla– se enfrentan en alto grado a la norma, la segunda es la que ataca más directamente a la prohibición (o mandato) contenida en el tipo<sup>224</sup>. Dicho en otros términos, tampoco para el legislador, desde esa visión global a la que se refiere OLMEDO CARDENETE, es igual la conducta de quien mata, que de quien ayuda a que otro mate.

2. Una crítica similar a la anterior la realiza GARCÍA DEL BLANCO<sup>225</sup> al afirmar que en ningún caso cabría la posibilidad de coautoría “si tenemos que elegir entre todas

---

<sup>222</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 276 s. n. 137.

<sup>223</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 197 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 276 s. n. 137.

<sup>224</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 485.

<sup>225</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 305 ss.

las aportaciones a un hecho ‘la más idónea, la más apta, la más adecuada’ *ex ante* para producir el resultado”<sup>226</sup>, pues, según esta autora, al establecer una comparación entre diferentes aportaciones, “la más apta de todas, la más idónea de todas sólo puede serlo una y por tanto sólo el sujeto que la realiza puede ser el autor del hecho, autor individual ya sea inmediato o mediato”<sup>227</sup>. Como respuesta a GARCÍA DEL BLANCO cabe decir que no es cierto que en ningún caso habría coautoría si se debe elegir entre la acción más apta, más idónea para producir el resultado, pues esta acción puede ser realizada entre varios, conjuntamente. El hecho de que se trate de una sola acción, no quiere decir que tenga que ser realizada por una sola persona. Varias personas pueden realizar conjuntamente la acción típica, y en eso consiste, precisamente, la coautoría.

En efecto, más adelante GARCÍA DEL BLANCO<sup>228</sup> reconoce que quizás su razonamiento es demasiado simplista por referirse a las diferentes conductas de los intervinientes y no a un concepto normativo, típico, de acción<sup>229</sup>, a partir del cual sí podría afirmarse que la acción más apta, más idónea para la producción del resultado puede ser realizada conjuntamente por varios sujetos<sup>230</sup>. Sin embargo, incluso así encuentra problemática la solución de la determinación objetiva y positiva del hecho. En este sentido, se refiere al problema de delimitar la acción típica, de establecer cuáles conductas individuales forman parte de dicha acción y cuáles no. Se pregunta, entonces: “¿podrían formar parte de dicha acción típica conductas que individualmente no representarían un riesgo objetivamente previsible *ex ante* de producción de resultado? Si la respuesta fuera afirmativa, el concepto de autoría que se estaría defendiendo no sería en absoluto tan restrictivo como se pretende, puesto que se estarían elevando a categoría de acciones de autoría/coautoría conductas que, individualmente consideradas, únicamente podrían calificarse como tentativas inidóneas –en caso de delito doloso–”<sup>231</sup>.

A lo anterior, considero que habría que responder que, justamente, al tratarse de supuestos de coautoría, se entiende que cada una de esas conductas que realizan, de

---

<sup>226</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 306.

<sup>227</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 306.

<sup>228</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 307 s.

<sup>229</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 307.

<sup>230</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 308.

<sup>231</sup> GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 308.

manera conjunta, la acción típica, no son aptas por sí mismas para producir el resultado. Por eso se habla de imputación recíproca, pues si cada una de esas conductas, por separado, fuera apta para producir el resultado, ya no estaríamos en supuestos de coautoría sino de autoría individual.

3. Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO<sup>232</sup> se refiere a los que califica como “criterios correctores” introducidos por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “para suavizar el formalismo de sus soluciones”, y que, en su opinión, son rechazables. Toma como ejemplo el supuesto que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>233</sup> para explicar la solución a los casos en que dos o más sujetos determinan positivamente el hecho pero no obran de manera simultánea sino sucesiva, como cuando A, B, y C, acordados con anterioridad, administran cada uno en un día sucesivo una dosis de veneno, cuya suma es la que tiene efectos letales para la víctima. Sostiene que, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, entender que solo C determina positivamente la muerte de la víctima por ser quien le suministró la última dosis de veneno, sería hacer una “desmembración puramente temporal de lo que *materialmente es una única acción conjunta de matar*”<sup>234</sup> y por eso defiende que los tres sujetos son coautores del asesinato. Pues bien, SÁNCHEZ LÁZARO critica esa solución y considera que con ella se olvida el principio general propuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, dando entrada a un criterio tan difuso como el de la “acción conjunta”. En este sentido considera incomprensible “por qué es indiferente la ruptura de tales acciones conjuntas cuando la contribución consiste, en vez de verter veneno, en distraer a la víctima mientras vierten el mismo, suministrarlo a quienes lo vierten, etc.”<sup>235</sup>.

Me parece que esta crítica de SÁNCHEZ LÁZARO parte de la incomprensión del criterio propuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y eso puede deducirse del último interrogante que aquel plantea. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no renuncia en este supuesto al criterio general que viene defendiendo, ni introduce una supuesta excepción a partir de un criterio de “acción conjunta”. También este caso lo resuelve partiendo de sus planteamientos, para dar a entender que los tres sujetos, aunque actúen de manera sucesiva y no simultánea, realizan la “única acción conjunta de matar”, que no es otra

---

<sup>232</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 73.

<sup>233</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 677 n. 464.

<sup>234</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 73. La cursiva es mía.

<sup>235</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 73.



cosa que afirmar que codeterminan positivamente la muerte de la víctima. Y esa codeterminación conjunta, contrario a lo que sostiene SÁNCHEZ LÁZARO, no se puede dar con la acción de vigilancia o de distracción de la víctima, o con la de suministrar el veneno a quienes luego lo van a verter, pues estas acciones no forman parte de “la acción conjunta determinante”, para utilizar los términos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>236</sup>.

4. Finalmente, cabe destacar una última crítica que hace GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>237</sup>, quien considera que, concretamente en el ámbito de la coautoría, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho no convence porque “ofrece un concepto demasiado restringido que va a dejar inaplicable la figura en algunos supuestos, que no pueden quedar al margen de la misma”<sup>238</sup>. Sostiene, en este sentido, que para los defensores de la teoría solo se castigará como coautores “a aquellos intervinientes que han dominado conjuntamente con los demás de forma positiva el hecho, es decir, en los delitos de resultado esto significa que para ser coautor es necesaria una relación de causalidad directa, que no inmediata, entre el sujeto en cuestión, o mejor dicho su aportación, y el resultado finalmente producido”<sup>239</sup>.

En este punto pone el ejemplo de los tres disparos que la víctima recibe de tres sujetos diferentes, y que producen la muerte únicamente por sus efectos conjuntos. Señala que, tan solo en un supuesto así, mediando acuerdo entre los sujetos, los defensores de la determinación objetiva y positiva del hecho podrían afirmar la coautoría en el delito de homicidio consumado. Para GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, en este caso, “en el que cada uno de los intervinientes podría mediante su actuación realizar de forma completa el hecho típico, pero cuya actuación conjunta aumenta las posibilidades de éxito de la realización delictiva y, al mismo tiempo, dificulta la averiguación posterior de la eficacia causal de cada uno de los aportes, la imposibilidad de apreciar una responsabilidad a título de coautoría aumentará a medida que se incrementa el número de intervinientes en el suceso”<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 681, cuando se refiere al supuesto del que vigila.

<sup>237</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 460 s.

<sup>238</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 460.

<sup>239</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 460.

<sup>240</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 460 s.

A esta crítica ya ha respondido de manera satisfactoria ROSO CAÑADILLAS<sup>241</sup>, quien sostiene que la excesiva restricción del ámbito de la coautoría es más consecuencia de la estructura de los delitos de resultado que del propio criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, pues estos delitos exigen que se constate la causalidad y la imputación objetiva, “y como las estructuras del delito no son compartimentos estancos, sino que están interrelacionadas entre sí, máxime cuando forman parte del mismo elemento del delito como es el del tipo, es lógico que se tengan en cuenta a la hora de diseñar la coautoría”<sup>242</sup>. A esta réplica se adhiere DURÁN SECO<sup>243</sup> quien además considera que no puede hacerse depender la calificación de coautores, de las dificultades de prueba de la eficacia causal de cada una de las aportaciones.

No obstante, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>244</sup> insiste en que una visión tan estricta de la coautoría no es conveniente ni correcta, y sostiene que no es necesario exigir la causalidad de cada contribución al hecho delictivo, sino que es suficiente con que medie la relación de causalidad entre el hecho global y el resultado. En caso contrario, considera que la regulación de la coautoría se torna en cierto modo superflua. Concluye que, en su opinión, “el dominio positivo del hecho no debe poder predicarse de cada uno de los coautores, en el sentido de que desde un punto de vista *ex post* se compruebe que la decisión de producir el resultado se encontraba en manos de cada uno de ellos, sino que el dominio positivo debe pertenecer *ex ante*, en el momento en que se realiza la acción, a cada uno de los coautores (bien individualmente, bien de forma compartida) y *ex post*, como consecuencia del principio de responsabilidad por el hecho global, al conjunto de los coautores”<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568.

<sup>242</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568.

<sup>243</sup> DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 300 s. A lo anterior añade que “la ‘coautoría’ aditiva es en cierta medida residual y no puede condicionar el propio concepto de autoría”, y no es necesario acudir a la coautoría para solucionar adecuadamente estos supuestos (301). Agrega, con respecto a estos supuestos de “coautoría” aditiva, que “no tiene sentido que si nos encontramos ante un hecho del que ya por completo puede responder uno de los sujetos se haga responder por el mismo título a los demás, imputándoles no una parte de la acción típica que ha realizado otro, sino toda la acción típica de uno para que responda otro a título de consumación” (302). Concluye que GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ aplica de manera inadecuada el principio de imputación recíproca a supuestos que no son de coautoría sino de pluriautoría o de autoría única (con partícipes) (303).

<sup>244</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 461.

<sup>245</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 461.

A esta crítica también responde ROSO CAÑADILLAS, quien explica que “la constatación de la coautoría se hace desde una perspectiva *ex ante*; otra cosa es la constatación de coautores de *un delito consumado*”<sup>246</sup>. En este último caso –señala– hay que hacer un análisis *ex post*, no porque así lo impongan los requisitos de la coautoría, sino “porque la comprobación de la causalidad se lleva a cabo posteriormente a la producción del resultado”<sup>247</sup>. A lo anterior añade que, si como afirma GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, los defensores de la determinación objetiva y positiva del hecho partieran de la perspectiva *ex post*<sup>248</sup> no podrían afirmar la punibilidad de la coautoría en un delito en tentativa<sup>249</sup>.

Para ROSO CAÑADILLAS, detrás de la crítica de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ está la defensa de la coautoría aditiva (“los supuestos en los que, con acuerdo común o conocimiento de la actuación del resto de intervinientes, concurren las conductas de varios sujetos que por si (sic) solas son aptas para producir el resultado, pero el problema consiste en que no se llega a saber cuál de estos sujetos con su acción lo ha consumado”) como una verdadera forma de coautoría<sup>250</sup>. Explica que GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, al considerar la coautoría aditiva como coautoría, no exige la causalidad individual de cada aportación al hecho, sino que considera suficiente la causalidad entre la acción global y el resultado<sup>251</sup>.

En este punto, ROSO CAÑADILLAS señala que no se entiende cómo se construye esa causalidad entre la acción global y el resultado si cada interviniente “ha comenzado y terminado un curso causal que es suficiente, por tanto el más apto, para llevar a cabo

---

<sup>246</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568.

<sup>247</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568.

<sup>248</sup> Ya DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 678 n. 465, había señalado que “no es una crítica válida a este procedimiento (...) decir que el mismo supone una contemplación *ex post*, pues la suma de conductas se puede realizar perfectamente según su virtualidad *ex ante*”.

<sup>249</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568. En igual sentido, DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 305.

<sup>250</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 568 s. En este sentido, DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 306, sostiene que, para GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, basta constatar la causalidad y la imputación objetiva de la conducta de uno de los intervinientes para que los demás sean considerados como coautores de un delito consumado, lo que rechazan los defensores de la determinación objetiva y positiva del hecho. Insiste en que, en los supuestos de la llamada “coautoría” aditiva, el hecho no se ha realizado conjuntamente sino solo por uno de los intervinientes y, por tanto, no puede afirmarse la coautoría.

<sup>251</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 569. En un sentido muy similar se pronuncia DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 262.

por sí solo la producción del resultado lesivo<sup>252</sup>”. Considera que, al parecer, con ello se está sosteniendo un concepto normativo y no ontológico de causalidad, lo que genera confusión al mezclar criterios ontológicos y normativos. Estos últimos, como bien explica ROSO CAÑADILLAS, son ajenos al problema de la causalidad. Así, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no sería el obstáculo para entender la coautoría aditiva como forma de autoría, sino que el verdadero obstáculo es la propia estructura de la coautoría y de sus elementos, “sobre todo de la existencia o no de una causalidad individual y de la petición de insuficiencia de cada una de las aportaciones, elemento que siempre la ha definido frente a la pluriautoría”<sup>253</sup>. Finalmente, ROSO CAÑADILLAS admite que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, como ya se puso también de relieve en este trabajo<sup>254</sup>, sí es más restrictivo que otros, “pero ello resulta de su respeto exquisito al principio de legalidad plasmado en el principio de ejecución de la acción típica”<sup>255</sup>.

Por último, quiero destacar que, con independencia del criterio que se asuma para la caracterización de la coautoría, y de las críticas a la concepción que aquí se ha elegido como la más adecuada, lo que sí resulta inadmisibles es la creciente tendencia a la normativización de esta figura, de tal manera que, a partir del criterio de las competencias (por ejemplo, de los directivos, en el ámbito de la estructura empresarial) —y con independencia de que estos determinen o no objetiva y positivamente el hecho—, se utilice como expediente fácil para atribuir responsabilidad penal<sup>256</sup>.

En consonancia con lo que acabo de decir, destaco y comparto<sup>257</sup> la opinión de DEMETRIO CRESPO, quien califica a estas propuestas normativistas como de “espiritualización” de la coautoría, y denuncia la “pérdida de contornos” de esta figura “en virtud de la renuncia a una ejecución conjunta, con la consiguiente confusión con las figuras de simple participación en un hecho ajeno, de modo que el concepto de coautoría se ve desdibujado en sus límites principales”<sup>258</sup>.

---

<sup>252</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 569.

<sup>253</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 570.

<sup>254</sup> Apartado 2. B) d de este capítulo.

<sup>255</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 571.

<sup>256</sup> Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 126.

<sup>257</sup> Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 126.

<sup>258</sup> DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 41.

#### 4. LA SOLUCIÓN DE COAUTORÍA EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL

##### A) Algunos obstáculos

En estrecha relación con el apartado inmediatamente anterior, surge el interrogante de hasta qué punto la figura de la coautoría resulta satisfactoria para el análisis de la responsabilidad penal dentro de una estructura empresarial, y, particularmente, en la determinación de la responsabilidad penal de quienes he calificado aquí como directivos<sup>259</sup>.

En efecto, si ya la concepción que defiendo de la coautoría resulta, en general, bastante restrictiva, cuando se pretende aplicar a supuestos de responsabilidad penal en el seno de una estructura empresarial, pueden ser mayores las dificultades que se encuentran. A continuación me detendré en los tres principales obstáculos que han sido advertidos por la doctrina para la aplicación de la coautoría entre directivos y ejecutores en estos supuestos, y haré referencia, también, a posibles alternativas para superarlos. Cabe aclarar que los obstáculos se han planteado, sobre todo, a la concepción derivada de la teoría del dominio funcional del hecho; sin embargo, en gran medida pueden resultar aplicables, también, al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, lo que justifica el análisis que propongo.

##### *a. Primer obstáculo: ¿carácter exclusivamente horizontal de la coautoría?*

Ya antes<sup>260</sup> me he referido a la discusión acerca de la coautoría como manifestación de una estructura o interacción horizontal, y a los reparos que me genera entender que ello sea así de manera exclusiva. Esas consideraciones, a las que remito, me eximen de extenderme en el análisis, y, por eso, solo haré referencia a algunas posiciones que centran la crítica en el ámbito de organizaciones jerárquicas.

---

<sup>259</sup> Cfr. *supra*, número 2 de las consideraciones previas a la segunda parte de este trabajo.

<sup>260</sup> Cfr. *supra*, Capítulo III, apartado 1. D).

Destacan, en este punto, los planteamientos de FARALDO CABANA<sup>261</sup> y FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>262</sup>. La primera rechaza la solución de la coautoría en estos supuestos de relación jerárquica, vertical y no horizontal, entre el que imparte la orden y el que la ejecuta, “pues parece incorrecto en tales supuestos atribuir el mismo nivel de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho”<sup>263</sup>. La segunda, por su parte, pone de relieve que, en las organizaciones jerárquicas, el reparto de trabajo entre los intervinientes implica que estos lleven a cabo tareas muy dispares<sup>264</sup>. En este sentido señala que las aportaciones de los miembros de la cúpula en fase preparatoria no pueden considerarse iguales de rango que las de quienes participan en la fase ejecutiva, y reconoce que lo complicado será la determinación de esa equivalencia<sup>265</sup>. Sostiene, entonces, que una aportación en fase preparatoria no puede fundamentar responsabilidad a título de coautoría, y añade, por consiguiente, que la fase que tendrá que tenerse en cuenta para decidir sobre la equivalencia de las contribuciones es la fase ejecutiva<sup>266</sup>. Por eso, más adelante FERNÁNDEZ IBÁÑEZ insiste en el rechazo a la coautoría en estos supuestos, con el argumento de la verticalidad de las conductas, de las relaciones de supremacía y subordinación entre los miembros<sup>267</sup>.

Y no se puede perder de vista que el propio ROXIN<sup>268</sup> rechaza, en estos casos, la solución de la coautoría, en tanto, como ya advertí antes<sup>269</sup>, para él esta se basa en un compromiso que debe ser recíproco y no unilateral, y falta la posición del mismo rango que, para ROXIN, es característica del acuerdo común que sustenta la coautoría. Todo ello lo lleva a afirmar que, en supuestos de “inequívoca estructura vertical”, no puede entrar en consideración la coautoría.

---

<sup>261</sup> FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 158.

<sup>262</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 289 ss.

<sup>263</sup> FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 158.

<sup>264</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 289.

<sup>265</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 290.

<sup>266</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 291.

<sup>267</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 302.

<sup>268</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

<sup>269</sup> Cfr. *supra*, Capítulo III, apartado 1. D).

Incluso el TS, en sentencia reciente<sup>270</sup>, ha hecho eco de la necesidad de horizontalidad para la configuración de la autoría, y en este sentido ha señalado que esta forma de autoría “surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas *que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros* y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar”.

Aquí traslado las reflexiones que ya hice frente a este mismo aspecto, reconociendo que, en la mayoría de supuestos, la coautoría es manifestación de una estructura o interacción horizontal. Sin embargo, que sea así la mayoría de veces, no excluye que pueda haber supuestos de coautoría en relaciones verticales. La “nota de horizontalidad”, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>271</sup>, no es obligatoria, no viene exigida por la legislación española, que solo hace referencia a la realización conjunta<sup>272</sup>. Por tanto, no sería un obstáculo insalvable para que se configure la coautoría en el ámbito de la estructura empresarial, y ello nos lleva a analizar los demás obstáculos que se han planteado para su aplicación en dicho ámbito.

*b. Segundo obstáculo: ¿ausencia de resolución común del hecho?*

Han sido múltiples los cuestionamientos acerca de la existencia de un verdadero plan común, o de una resolución común del hecho en el ámbito de una organización como la empresa, con las características estructurales a las que ya hice referencia en el primer capítulo de esta investigación<sup>273</sup>. Dejando a un lado las posiciones que prescinden del acuerdo común para la configuración de la coautoría, y que, en consecuencia, no encontrarán dificultades en este sentido<sup>274</sup>, aquí haré referencia a

---

<sup>270</sup> STS 415/2016, de 17 de mayo. La cursiva es mía.

<sup>271</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 131.

<sup>272</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 131.

<sup>273</sup> Cfr. *supra*, capítulo I, número 2.

<sup>274</sup> En efecto, como pone de relieve ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453 s., JAKOBS y su escuela evitan este problema porque renuncian al requisito de la resolución común de realizar el hecho, y consideran suficiente el “encaje” del ejecutor inmediato en el plan preparado por otro. Sin embargo, para ROXIN, faltando este acuerdo común, solo puede existir una relación de subordinación que debe examinarse desde el punto de vista de la autoría mediata. Añade que la coautoría pierde sus contornos y su delimitación con

argumentos que se han planteado para afirmar o negar la existencia de un acuerdo común que haga posible la configuración, si se dan los demás requisitos, de una coautoría entre directivos u organizadores, y ejecutores.

En primer lugar, destaca la posición de ROXIN<sup>275</sup>, quien considera que una resolución común de cometer el hecho está ausente en estos supuestos. Advierte de que la observancia de una instrucción es lo contrario al común acuerdo entre los coautores<sup>276</sup>, y por ello califica de insuficientes criterios como el de identificarse o hacer propio el plan delictivo común, propuesto por OTTO<sup>277</sup>, pues es posible que el ejecutor tenga una motivación totalmente diferente, así como también es posible que exista esa identificación en relación con el inductor o el cómplice y el autor<sup>278</sup>. Tampoco le resulta convincente la tesis de JESCHECK/WEIGEND<sup>279</sup>, referida a que los hechos son llevados a cabo conforme a las instrucciones de la dirección, pues para ROXIN esto solo puede proporcionar una idea de que una instrucción debe ser llevada a cabo, pero no puede

---

respecto a la autoría mediata, si se renuncia a la exigencia de una resolución común de realizar el hecho y se considera que basta la mera orden.

<sup>275</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 2 s.; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453 s.

<sup>276</sup> En un sentido muy similar se pronuncian HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 267, quien sostiene, entre otras cosas, que “no puede hablarse de común decisión cuando se admite la posibilidad de que el ejecutor no adopte una resolución delictiva, sino que la estructura de la decisión del hecho se afianza más en la adhesión a una resolución”; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 218 n. 52, califica de forzada la solución de la coautoría en estos supuestos, porque le resulta difícil apreciar un acuerdo de voluntades entre máximos dirigentes, mandos medios y ejecutores materiales para la realización del hecho; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 135; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 131, para quien “la estructura jerárquica propia de los aparatos organizados de poder parece dificultar en buena medida la afirmación de la existencia del acuerdo común, en particular si en la coautoría se exige igualdad de poderes y distribución de funciones no subordinadas entre sí”; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 254, 261, 302, sostiene que, aunque los intervinientes se conocieran entre sí, no puede afirmarse que hay coautoría si se acredita, como sucede en estos supuestos de dominio sobre la organización, que dichos intervinientes no deciden nada de manera conjunta ni se encuentran en el mismo nivel porque “el que actúa ejecuta una orden y esto no puede equipararse a adoptar una resolución conjunta” (254). Añade que en estos casos, los ejecutores no conocen ni siquiera la totalidad del plan, solo se les informa de lo que les corresponde ejecutar, y por eso muy difícilmente podría predicarse la existencia de un acuerdo común, que debe referirse a la “ejecución del delito en su totalidad” (261). Más adelante reitera que el cumplimiento de una orden es lo contrario a la adopción conjunta de una decisión (302); GALLEGU SOLER, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.): *Memento*, 2016, nm. 37 (13).

<sup>277</sup> OTTO, *Grundkurs*, 7ª, 2004, § 21 nm. 92 (= *DP*, 2017, § 21 nm. 92).

<sup>278</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 2; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

<sup>279</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª, 1996, 670 (= *PG*, 5ª, 2002, 722), quienes añaden que, en virtud de la pertenencia a la organización, tiene lugar el carácter común de la decisión criminal.



fundamentar un común acuerdo<sup>280</sup>, que implica un compromiso recíproco, entre sujetos que ocupan una posición del mismo rango, y no uno unilateral por parte del dependiente<sup>281</sup>. A esta idea agrega que, por regla general, quien da las instrucciones y quien las ejecuta ni siquiera se conocen y tampoco se conocerán, lo que hace que un acuerdo común aparezca como una ficción<sup>282</sup>.

Destaco también aquí lo dicho por MEINI MÉNDEZ<sup>283</sup>, para quien la coautoría no puede ser “la mera alianza de pertenecer a una organización y realizar en el futuro ciertos delitos”. En efecto, para este autor, si se considerara suficiente lo anterior como requisito de la coautoría, no se podría afirmar en el caso concreto el dominio funcional del sujeto de atrás, porque no conoce las coordenadas de tiempo y espacio en que la acción se llevaría a cabo, ni los actos necesarios, ni las víctimas del delito. En este sentido, considera que el acuerdo que sirve como presupuesto de la coautoría debe tratarse de “un convenio concreto y específico de cara a la conducta delictiva que se acuerda realizar y que implique, como mínimo, un reparto de papeles”<sup>284</sup>.

Ahora bien, frente a estas críticas considero que podría plantearse, en primer lugar, que, en cuanto se ha aceptado que el acuerdo común puede ser tácito<sup>285</sup>, no resulta tan obvia su ausencia en los supuestos a los que vengo haciendo referencia<sup>286</sup>. Así, como expone SCHÜNEMANN, “la intensidad débil de la dimensión ‘mutuo acuerdo’ en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución”<sup>287</sup>.

---

<sup>280</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453. También critica esta idea, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 258 s.

<sup>281</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

<sup>282</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 453.

<sup>283</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 135.

<sup>284</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 135.

<sup>285</sup> Ver *supra*, apartado 2. A) a. de este capítulo.

<sup>286</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RL 4-5 (2007)*, 127; *NFP 71 (2007)*, 130.

<sup>287</sup> SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 19. En el mismo sentido me he pronunciado ya en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 123. También resulta ilustrativa la referencia que hace FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 238, pues aunque este autor no pueda encuadrarse dentro de los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho, indica que “el trabajo en equipo dentro de una organización es el equivalente funcional de la tradicional exigencia en la coautoría de un plan o proyecto delictivo común”.

En esta misma línea, y en cuanto a la crítica que sostiene la ausencia de un acuerdo común porque quien ordena y quien ejecuta generalmente no se conocen, considero que le asiste razón a DURÁN SECO<sup>288</sup> cuando plantea que, para afirmar la existencia de acuerdo, basta con que los sujetos sepan que hay otro actuando a su lado, aunque no se conozcan. En estos supuestos –añade– “el que da la orden sabe que hay otro que la va a cumplir y el que la cumple sabe que alguien la ha dado”. En consonancia con lo anterior, concluye que es suficiente, en estos casos, con un “acuerdo institucionalizado”<sup>289</sup>. En palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “el propio funcionamiento como organización supone la preexistencia de una red común, que podemos identificar con el acuerdo y actuación conjunta”<sup>290</sup>.

*c. Tercer obstáculo: ¿ausencia de actuación en fase ejecutiva?*

Si los anteriores obstáculos parecían más fáciles de superar, no sucede lo mismo con este último, que, sin duda, es el que más dificultades podría plantear en el análisis de la responsabilidad penal dentro de una estructura empresarial, desde la perspectiva de la coautoría.

En efecto, y como sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>291</sup>, tanto los tribunales como un amplio sector de la doctrina utilizan la figura de la coautoría en estos supuestos, pero pasan por alto las dificultades que tiene afirmar que los directivos o administradores pueden ser coautores *inmediatos*, aunque su intervención no se haya dado en la fase ejecutiva. La autora rechaza tal procedimiento, en tanto implica una ampliación desmesurada de la figura de la coautoría, si bien reconoce que las dificultades que pone

---

<sup>288</sup> DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 516. También considera que esta crítica se supera fácilmente, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 141, quien ve como innecesario que los coautores se conozcan entre sí para que exista una resolución conjunta; es suficiente – sostiene –, “que cada uno sea consciente de que junto a él cooperan otros, y estos tengan la misma conciencia”.

<sup>289</sup> DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 516.

<sup>290</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RL 4-5 (2007)*, 127; *NFP 71 (2007)*, 130.

<sup>291</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 127.

de manifiesto no existirán para quienes defienden que el dominio del hecho se puede configurar sin necesidad de intervención en la fase ejecutiva<sup>292</sup>.

En la misma línea, ROXIN<sup>293</sup> considera que en estos supuestos falta la ejecución conjunta del hecho, pues quien imparte la orden no interviene en su ejecución, ni siquiera a través de una aportación en fase preparatoria. Lo anterior bastaría para quienes defienden que la coautoría no se restringe a las aportaciones en fase ejecutiva, lo que puede incluso justificar la coautoría del inductor. ROXIN, por el contrario, expone que la coautoría requiere una actuación con división de trabajo, a través de aportaciones engranadas, y en este sentido sostiene que, quien está al frente de la palanca de mando, no se “ensucia las manos” y deja que los otros hagan el trabajo<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 127. Dentro de ese grupo de autores que defienden que la coautoría puede configurarse sin intervención en fase ejecutiva destacan, como ya se ha visto, MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 521, 528 s.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 530, quien afirma que “cabe estimar coautoría entre la actuación de los sujetos que estén en la cúspide, es decir, entre el empresario, los directivos o los miembros del consejo de administración y los subordinados ejecutores. Esta posibilidad se puede dar cuando el ejecutor sea un sujeto responsable y domine el hecho junto al que ordena y dirige, es decir, cuando se determine el hecho de modo objetivo y positivo por ambos sujetos”; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 465 ss.; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 401 s. Este último defiende la solución de la coautoría en los supuestos en que los directivos dictan una orden cuyo cumplimiento implica la comisión de un delito, y este delito es realizado por un subordinado que actúa plenamente consciente de la significación jurídica de lo que hace (factor que le hace descartar la posibilidad de una autoría mediata) (401 s.). Rechaza también la vía de la inducción porque rebaja a los superiores a la condición de partícipes, y abre el interrogante sobre la inducción en cadena. Esto lo lleva a defender la solución de la coautoría, al tener en cuenta “el compartido poder de decisión que tienen superiores y subordinados (sin entrar en motivos personales para obrar, como pueda ser el miedo al despido u otra cosa)”. Añade que la coautoría no se excluye por el hecho de que los intervinientes entren en escena en momentos diferentes; razón por la cual advierte de que la coautoría se vincula al hecho, “que es un concepto más amplio en el tiempo y en el espacio, y se puede hacer sin forzar el sentido de la ley” (402).

<sup>293</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 454.

<sup>294</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 3; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 454. También se pronuncian en este sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 267 s., para quien “en la fase de ejecución del delito, en muchas ocasiones, los que se encuentran en la cúpula de la organización no poseen un dominio actual, quedando este reservado únicamente para los que actúan de modo directo” (268); CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 218 n. 52, quien considera que solo los ejecutores materiales realizan actos ejecutivos y no parece posible considerar que los máximos dirigentes y los mandos medios tengan dominio funcional del hecho, pues este solo lo tienen quienes cooperan en la fase de ejecución con actos que, de acuerdo con el plan delictivo, representan una contribución esencial; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, sostiene que se facilita descartar la posibilidad de coautoría en estos supuestos, si esta “implica una actualización del dominio funcional de todos y cada uno de los coautores en la fase ejecutiva del delito”; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 139, considera que “el hombre de atrás que da las órdenes generalmente no actualiza su función de dirigente en la fase de ejecución, pues delega en los escalones inferiores de la organización, con lo que será difícil atribuirle el dominio funcional del hecho conjuntamente con el ejecutor”; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 264, 302.

Así, como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, hay que admitir que en muchos supuestos “la fundamentación del dominio de quien actúa detrás y no actualiza su intervención en la fase final resulta por esta cuestión más sencilla a través de la autoría mediata”<sup>295</sup>, si se cumplen los requisitos de esta figura. De ahí la importancia que puede tener esta forma de autoría –de la que me ocuparé en el siguiente capítulo– para la atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial. Y de ahí, también, que puedan resultar muy usuales los supuestos de *coautoría mediata*, como analizo enseguida.

## B) La coautoría mediata

Como acabo de advertir, la figura de la coautoría mediata puede tener especial relevancia en los supuestos de actuación en estructuras jerárquicas y con división de trabajo, como es el caso de las estructuras empresariales. Sirva para demostrar lo anterior el ejemplo construido por LUZÓN PEÑA<sup>296</sup>, en el que además se acepta, como aquí se ha hecho, la posibilidad de una coautoría imprudente<sup>297</sup>.

En efecto, cuando este autor se detiene a analizar la coautoría imprudente, señala que los ejemplos se pueden dar incluso en supuestos de imprudencia consciente por parte de quien ejecuta o de quien ordena ejecutar la conducta determinante del resultado, pero en los cuales la conducta del primer actuante, que en principio parecería de participación imprudente, es realmente codeterminante del resultado típico, toda vez que la segunda conducta lo determina únicamente en unión con la primera, no por sí sola. Pone el ejemplo de un maestro de obras que, de acuerdo con las sugerencias del constructor y movido por el mismo ánimo de lucro de aquel, se presta de manera voluntaria para construir un edificio con materiales de baja calidad que suministra el constructor, o con muy poca cantidad de cemento en el hormigón, lo que posteriormente

---

<sup>295</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 132.

<sup>296</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 217. Plantea un ejemplo similar, aunque para señalar la dificultad de distinguir entre la “concurrencia de culpas” y la codelincuencia, particularmente en el ámbito de la construcción y de la industria, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª, 2005, 158 s. El siguiente es el ejemplo: “El arquitecto da unas órdenes incorrectas al constructor, que advirtiéndolo lo comenta con él, pero ambos creen que así la obra se realizará más deprisa y con menor gasto, por lo que deciden correr el riesgo y, como consecuencia de ello, muere un albañil”. Considero que, también en este supuesto, cabría la posibilidad de una coautoría mediata entre el arquitecto y el constructor.

<sup>297</sup> V. *supra*, número 2, A) a, y n. 64.

genera una catástrofe por hundimiento del edificio. Explica que la conducta del constructor es más que una participación imprudente pues “dado que de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante de la ejecución de la obra como la del maestro de obras: sólo la conjunción de ambas co-determina objetiva y positivamente el curso del hecho, y por tanto hay coautoría imprudente”. Sostiene que, como en este caso la coautoría *se materializa a través de obreros que actúan como instrumentos*, se trataría de una coautoría *mediata* imprudente (suponiendo que no hubiera dolo eventual)<sup>298</sup>.

Otros autores<sup>299</sup> también se han pronunciado expresamente aceptando la posibilidad de la coautoría mediata, y alguno más, como OLMEDO CARDENETE<sup>300</sup>, ha destacado la utilidad de esta figura en los supuestos en los que la voluntad de instrumentalización tiene origen en órganos colectivos. Este autor ha indicado, en consecuencia, que la importancia de la coautoría mediata es notable en el ámbito empresarial y en el de la función pública. Lo anterior sirve, justamente, como preámbulo al tema que abordaré enseguida: el de la adopción de acuerdos en órganos colegiados.

---

<sup>298</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 217.

<sup>299</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 1991, 632 s. (= *DP, PG*, 1997, 764 s.), quien considera posible que en la autoría mediata falte el dominio de la acción y además el de la configuración, pero esté presente el dominio de la decisión. Señala que el dominio de la decisión es divisible, y por eso varias personas pueden emplear para sí, uniendo sus fuerzas, a un instrumento. También acepta la posibilidad de que en un hecho se emplee a varios instrumentos como coautores; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 442 s., insiste en que, para poder ser coautor, es imprescindible la realización de acciones típicas o, más correctamente, según esta autora, la realización de alguna acción típica o de parte de la acción típica (442). Añade que las acciones típicas no tienen que ser realizadas de propia mano por los coautores, con lo que admite la posibilidad de coautoría mediata (442 s.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 175, sostiene que la coautoría mediata se dará cuando “varios sujetos acordados (tan solo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más apropiadamente se le podría denominar coautoría mediata) utilizan a una o varias personas como instrumento para realizar el hecho”; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 303, no descarta que la cúpula de la organización esté conformada por varios sujetos y pueda apreciarse, entonces, una coautoría mediata, si se dan los requisitos de la coautoría entre estos miembros. Advierte de que sigue siendo necesario constatar la instrumentalización, pero esta “ya no se producirá por la eficacia de la actuación de cada uno de los autores mediatos sino por la de todos ellos *conjuntamente*”; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 356; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *EPCr* 38 (2018), 138 n.6.

<sup>300</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 233.

### C) La adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados

He elegido abordar este tema aquí porque, como advierte RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>301</sup>, en la jurisprudencia y doctrina se suele acudir directamente a la figura de la coautoría al analizar el problema del título de imputación por el que se hace responder a los miembros de un órgano colegiado que toma una decisión delictiva. No obstante, me parece importante advertir de que ello no implica que en todos estos supuestos pueda hablarse de coautoría (inmediata o mediata), y, por tanto, habrá que atender a las circunstancias del caso para poder establecer si concurren o no los requisitos de esta figura. También considero oportuno anticipar que se trata de un tema complejo<sup>302</sup>, del que abordaré solamente algunos aspectos relevantes<sup>303</sup>, y que merecería, él solo, un tratamiento monográfico, que excede los alcances de esta investigación.

Dicho esto, considero que para la discusión del problema pueden resultar útiles los ejemplos que plantea también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, y de los cuales destaco los siguientes:

“CASO 1: El Consejo de Administración de una sociedad adopta un acuerdo abusivo en los términos del art. 291 (prevaliéndose de la situación mayoritaria, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios y sin que reporte beneficios a la sociedad) o un acuerdo lesivo en los términos del art. 292 CP (acuerdo adoptado por mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes carezcan del mismo...).

CASO 2: Decisión del Consejo de Administración de una sociedad a favor de la comercialización de un producto peligroso para la salud (art. 363 CP y, eventualmente, lesiones y homicidio) o de falsear el balance que presentará a la aprobación de la Junta

---

<sup>301</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC N° extra 1 (2000)*, 184.

<sup>302</sup> Afirma, por ejemplo, MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 218, que “es en el ámbito de la responsabilidad penal derivada de la intervención en la adopción de un acuerdo antijurídico donde con nitidez se aprecia la insuficiencia de las estructuras clásicas de imputación de responsabilidad penal”. Destacan expresamente la actualidad y relevancia del tema, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 476; GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 360.

<sup>303</sup> Uno de los principales problemas que se plantean en los supuestos de decisiones tomadas por órganos colegiados es el de la determinación de la relación causal de cada voto individualmente considerado. Ya me ocupé de este tema en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 46 ss., y a ello remito.

de accionistas, de forma idónea para causar un perjuicio económico a un grupo de socios minoritarios (art. 290 CP)”<sup>304</sup>.

Son varios los autores que destacan la importancia de distinguir, en supuestos como los que acabo de transcribir, si la decisión colegiada se toma en la fase preparatoria o ejecutiva<sup>305</sup>, para determinar si cabe atribuir una coautoría<sup>306</sup> (inmediata o mediata) o alguna forma de participación, a quienes votan favorablemente<sup>307</sup>. Así, como explica RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>308</sup>, habrá supuestos en que la sola adopción del

---

<sup>304</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC N° extra 1 (2000)*, 186.

<sup>305</sup> Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 476 ss., quien considera necesario diferenciar, por un lado, “la responsabilidad que puede derivarse de la propia intervención en la formación de la voluntad representada en el acuerdo y, por otra parte, la ejecución posterior o puesta en práctica de lo previamente acordado” (476); MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 239, quien explica que, si existe un precepto penal que tipifique la adopción de un acuerdo antijurídico, dicho acuerdo será directamente ejecutivo, y quienes intervengan en adoptarlo estarán realizando una acción típica, “ejecutando conjuntamente el delito correspondiente”. Para el autor, este es el caso de los arts. 291 y 292, que mencionan expresamente acuerdos lesivos por parte de los administradores. Sin embargo, advierte de que “lo normal será que el tipo tenga otra configuración, es decir, que la adopción del acuerdo sea solo un elemento objetivo más, o que a través del acuerdo se puede entender realizado un elemento objetivo de los que componen el tipo penal, en cuyo caso lo común será que la participación en la adopción del acuerdo antijurídico sea considerada como cooperación necesaria”. Añade que, en estos supuestos, la participación en la aprobación del acuerdo es un acto preparatorio, cuya punibilidad dependerá de si se aprueba y se ejecuta; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, PG, 4ª, 2010, 432; GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 365 ss., quien también distingue entre los supuestos en que la decisión colegiada, por sí misma, ya realiza un delito, y los supuestos en que es necesaria la ejecución del acuerdo para que se configure el hecho delictivo (365).

<sup>306</sup> Se refieren a una solución de coautoría, pero sin ahondar en las distinciones propuestas, ni en el carácter inmediato o mediato, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 384 s.; PG, 2010, 1127; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios*, PG, 2011, 383; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP*, PG, 3ª, 2015, 168.

<sup>307</sup> Hago énfasis en que se trata del análisis de quienes votan favorablemente, pues considero que aquellos que votan negativamente no responden como autores o partícipes del delito. Apoyan esta posición, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *CDJ 1994-39*, 174; *Autoría y participación*, 1996, 191; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 482 s.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 225, quien, sin embargo, centra su análisis en el juicio de imputación objetiva, señalando que “a los que votaron en contra del acuerdo no se les podrá imputar objetivamente resultado alguno. Y la razón de esta afirmación radica en que los que votan a favor crean un riesgo desaprobado, y no así quienes, pese a participar en la sesión en la que se aprueba el acuerdo, votan en contra”; GARCÍA CAVERO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 362 s. Más controversia pueden generar los supuestos de quienes se abstienen de votar, o no asisten a la votación. Si bien tiendo a pensar que tampoco a ellos les cabe responsabilidad, admito que es un tema que requerirá un mayor análisis, sobre todo si se entiende, como pone de relieve SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, 2002, 143 s., que en la junta directiva colegial, la distribución del dominio tiene como consecuencia que cada uno de los miembros de la junta tiene una posición de garante que se extiende sobre su propio departamento y también sobre los asuntos “de la dirección común del Consejo de Administración en conjunto”. Este autor pone el siguiente ejemplo: “si se acuerda por el Consejo de dirección completo la continuación de una producción antijurídica que daña al medio ambiente, de esta manera cada miembro del Consejo de dirección está obligado a hacer valer toda su autoridad e influencia contra la continuación de la producción” (144). No obstante, también reconoce que estos supuestos generan problemas dogmáticos extremadamente difíciles.

<sup>308</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC N° extra 1 (2000)*, 186.

acuerdo ya es ejecución, mientras que en otros supuestos la adopción del acuerdo todavía no sería ejecución sino preparación de un hecho que luego tendría que ser ejecutado por otros.

Pues bien, en el primero de los supuestos, que coincide con el caso 1 propuesto por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, considero que no plantea mayores dificultades la afirmación de coautoría de quienes votan a favor de la decisión delictiva; en el segundo supuesto, que coincide con el caso 2, podría hablarse de coautoría mediata<sup>309</sup>, si se dan los requisitos de esta figura. En caso contrario, podría tratarse de supuestos de participación<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Así, por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 482, se plantea la posibilidad, en los supuestos en que la adopción del acuerdo no es por sí misma típica, de la responsabilidad -como coautores o como coautores mediatos- de quienes votaron a favor, dependiendo de su situación frente al ejecutor. Si de la actuación en conjunto se puede afirmar que efectivamente se instrumentalizó al ejecutor, los miembros del órgano colegiado que votaron a favor podrán considerarse coautores mediatos. Si el ejecutor no puede considerarse un instrumento, habrá un supuesto de coinducción. También, MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 224, considera que los supuestos más frecuentes serán de autoría mediata, aunque ello lo explica señalando que “quien aprueba un acuerdo ilícito se servirá de la estructura empresarial que tiene a su disposición, y de la predisposición que tienen sus colaboradores subordinados para llevar a cabo las directivas, quienes, por ignorancia, necesidad o convicción, ejecutarán el acuerdo”.

<sup>310</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC N° extra 1 (2000)*, 186.



## ***Recapitulación***

1. En la determinación de la autoría y participación en el seno de una estructura empresarial no debe acudirse, como se propone desde algunos modelos, a la imputación automática de la calidad de autor para los directivos, en tanto esto vulneraría los principios de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad por el hecho propio, y desconocería las dinámicas propias de cada empresa, y sus específicas relaciones e interacciones. Estos modelos terminan asociando la responsabilidad penal más a la *posición* que se ocupa dentro de dicha estructura, que a la *actividad* efectivamente realizada. Por eso se hace necesario evaluar cada supuesto y contrastarlo con los requisitos de las diferentes formas de autoría y participación, para confirmar o desechar que concurran en el caso concreto.
2. La coautoría ha sido una de las formas a las que se ha acudido de manera frecuente para atribuir responsabilidad a quienes ejercen funciones de dirección dentro de la estructura empresarial. Sin embargo, la definición, los requisitos y límites de esta figura son, todavía, una cuestión polémica. Existe algo más de consenso –aunque no del todo– en torno a estas tres ideas: la coautoría no es pluriautoría; la regulación de la coautoría en el CP es declarativa y no constitutiva; y, por último, el principio de imputación recíproca constituye un fundamento de la coautoría.
3. Para el análisis de los requisitos de la coautoría, resulta útil partir de los desarrollados por la teoría del dominio funcional del hecho –con ROXIN como principal representante–, acogida mayoritariamente en España por doctrina y jurisprudencia. Un examen de los requisitos de acuerdo común, esencialidad de la aportación, y actuación en fase ejecutiva, arroja cuáles de ellos resultan necesarios, y cuáles, en cambio, pueden plantear incluso una contradicción dentro del sistema defendido por esta teoría.
4. El plan o acuerdo común es un requisito necesario, mas no suficiente, de la coautoría, dolosa o imprudente (en este último caso, se tratará de un acuerdo sobre la actuación descuidada). Puede tratarse de un acuerdo previo o

simultáneo, expreso o tácito; no es necesario que los sujetos del acuerdo se conozcan entre sí, sino que basta con que cada uno sepa que junto a él intervienen otros, con el mismo fin; y no exige que estén determinados de manera precisa todos los detalles de la realización conjunta. Si bien el requisito del acuerdo común ha sido rechazado –o su importancia relativizada– por algunos autores, su exigencia es coherente con el principio de responsabilidad subjetiva, permite la imputación recíproca de lo que hace cada coautor, y, en consecuencia, permite también hablar de una verdadera acción conjunta.

5. El requisito de la esencialidad de la contribución ha sido uno de los más cuestionados por la doctrina. La principal crítica tiene que ver con que este requisito, tal y como lo han formulado sus defensores, supone un dominio negativo y no uno positivo, como el que debe exigirse para la configuración de la coautoría. En efecto, si se quiere ser consecuente con un concepto restrictivo de autor, es necesario diferenciar el grado de dominio ejercido por cada uno de los intervinientes en un hecho. Con ello se reconoce que todos los que intervienen en el hecho, en cierta medida lo configuran y ejercen sobre él algún dominio, pero también se deja claro que eso no implica que todos sean autores; solo lo serán quienes codeterminan positivamente el hecho.
6. La prestación de la contribución en fase ejecutiva, más que una condición o requisito de la coautoría, parece ser una consecuencia del concepto de autor que aquí se sigue y de la caracterización de la coautoría a partir de los postulados de la determinación objetiva y positiva del hecho.
7. Del balance de los requisitos exigidos por la teoría del dominio funcional del hecho se concluye que esta no resulta satisfactoria, por su amplitud, para la explicación de la coautoría. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho es más adecuado –y, sin duda, más restrictivo– para explicar esta forma de autoría, entendida como la realización conjunta de la acción que determina el si y el cómo del hecho.
8. Se ha cuestionado la aplicación de la coautoría en la estructura empresarial, en especial en los supuestos de determinación de la responsabilidad penal de los directivos. En particular, se han identificado tres posibles obstáculos: el primero,

la consideración del carácter exclusivamente horizontal de la coautoría. Frente a este obstáculo se ha sostenido que puede haber supuestos de coautoría en relaciones verticales, aunque sean más comunes en las interacciones de carácter horizontal. El segundo obstáculo tiene que ver con la supuesta ausencia de resolución común del hecho en el ámbito de la organización empresarial. Esta ausencia no resulta tan obvia cuando se admite que el acuerdo puede ser tácito, lo que implica que, en la empresa, pueda identificarse con el hecho de que el sujeto que da la orden sepa que hay otro que la va a cumplir, y viceversa. Más dudas plantea el tercer obstáculo, relativo a la ausencia de intervención en fase ejecutiva, lo que puede implicar, en consecuencia, que sean más frecuentes los supuestos de coautoría mediata.

9. Para el análisis del título de imputación por el que se hace responder a los miembros de un órgano colegiado que toma una decisión delictiva, la doctrina y la jurisprudencia suelen acudir a la figura de la coautoría. Sin embargo, no en todos los supuestos concurren los requisitos para que se configure esta forma de autoría, y por ello se hace necesario establecer si la decisión colegiada se tomó en la fase preparatoria o ejecutiva, para determinar si cabe atribuir una coautoría (inmediata o mediata) o alguna forma de participación, a quienes votan favorablemente. Lo anterior implica que se diferencien los supuestos en que la sola adopción del acuerdo ya es ejecución, de aquellos otros en que la adopción del acuerdo todavía no sería ejecución sino preparación de un hecho que luego tendría que ser ejecutado por otros.

# CAPÍTULO IV

## LA AUTORÍA MEDIATA

### 1. ASPECTOS GENERALES

Si, como afirma OLMEDO CARDENETE, actualmente la autoría mediata “ha llegado a convertirse en la modalidad de autoría a la que más atención se le suele prestar por la mayoría de los tratadistas”<sup>1</sup>, esta atención se ve amplificada, sin duda, cuando el análisis tiene que ver con la atribución de responsabilidad penal en el seno de una estructura compleja, como es la empresarial.

En efecto, ya en el capítulo anterior me refería a las dificultades (y posibilidades) de aplicar la figura de la coautoría en estas estructuras, especialmente en los supuestos que implican una posible responsabilidad penal de los directivos. El análisis arrojó, como una de las principales conclusiones, que la configuración de la coautoría en estos supuestos resultará más compleja en tanto más distancia exista entre la decisión y la ejecución material de la conducta<sup>2</sup>. Y eso me llevó a afirmar, también, que en el ámbito de una estructura empresarial podrán ser más factibles y frecuentes los supuestos de autoría mediata (o coautoría mediata). De ahí que en el presente capítulo me dedique al análisis de esta forma de autoría, y de sus posibilidades de aplicación en organizaciones empresariales.

#### A) La autoría mediata como manifestación de interacciones verticales

La afirmación de que la estructura empresarial puede generar que los supuestos de autoría mediata sean más factibles y frecuentes encuentra sustento, además, en las

---

<sup>1</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 246.

<sup>2</sup> En sentido similar, GALLEGO SOLER, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 31 (12), quien sostiene, además, que la autoría mediata y, sobre todo, la comisión por omisión, serán las estructuras básicas de imputación en supuestos en los que hay distancia con respecto a la ejecución material de la conducta.

características que, desde el primer capítulo de este trabajo<sup>3</sup>, asigné a dicha estructura, en particular aquellas que tienen que ver con el fenómeno de escisión entre acción y decisión; el principio de jerarquía y el fenómeno de la delegación; el principio de confianza; y, por último, la utilización de mecanismos de fidelización de los empleados. Todos estos factores, como mostraré en este capítulo, constituyen terreno abonado para la configuración de supuestos de autoría mediata en el seno de la empresa, y todos ellos, también, de alguna manera, suelen estar más presentes en el ámbito de interacciones verticales, que favorecen la *instrumentalización*, propia de la autoría mediata. En este sentido, y como acertadamente señala ROSO CAÑADILLAS, “en una estructuración vertical del trabajo tiene su campo perfecto la autoría mediata, debido a las relaciones de jerarquía que se establecen”<sup>4</sup>.

Tiene razón, entonces, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cuando señala que la autoría mediata se ha convertido en la posición “reina” para el análisis<sup>5</sup> de la responsabilidad penal en el seno de una estructura compleja como la empresa<sup>6</sup>. Sin embargo, que ello sea así no implica desconocer las dificultades que plantea la determinación estructural de la autoría mediata, como ya pusieron de relieve, en su momento, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF<sup>7</sup>. De ahí la importancia de ahondar –como haré enseguida– en

---

<sup>3</sup> V. *supra*, Capítulo I, apartado 2. D) b.

<sup>4</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 464. En un sentido similar, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 28, sostiene que las principales estructuras de imputación en el ámbito de la *interacción vertical* son la autoría mediata y la comisión por omisión. También resulta ilustrativo, al respecto, el análisis propuesto por MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 161, en cuanto a la participación en la adopción de un acuerdo ilícito. Este autor sostiene que “sin perjuicio de poder apreciar otras formas de intervención, la participación en la adopción de un acuerdo ilícito en el ámbito empresarial se condice por lo general con la estructura de la autoría mediata”. A lo que añade que los órganos del miembro colegiado podrán actuar tanto de manera dolosa como imprudente. Se pronuncian también a favor de la aplicación de la autoría mediata en relaciones verticales, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 205; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 155 s., 288 s. Esta autora sostiene que todas las variantes de la autoría mediata están estructuradas verticalmente (155), y esa verticalidad la fundamenta en las relaciones de supremacía y subordinación (289).

<sup>5</sup> Y aquí yo añado que se trata del análisis doctrinal, porque en el rastreo jurisprudencial de sentencias recientes del TS y de la AN, son muy pocas las que acuden a la figura de la autoría mediata. Más adelante mencionaré algunas que, en mi criterio, resultan relevantes, pero considero importante dejar claro, desde un comienzo, que dichos tribunales no utilizan con frecuencia esta forma de autoría como título de imputación.

<sup>6</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RL 4-5 (2007)*, 129; *NFP 71 (2007)*, 132. Para este autor, ello ha sido así desde que ROXIN propuso su construcción de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, a la que haré referencia más adelante.

<sup>7</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7<sup>a</sup>, 1989, § 48, 258 s. (= *PG*, II, 7<sup>a</sup>, 1994, § 48, 330 s.). Para estos autores, una de las razones que podría explicar esas dificultades es el hecho de que la autoría mediata se presenta como un campo límite entre la autoría individual y la participación. Añaden que una

el fundamento de esta figura y en sus principales supuestos, de manera previa al análisis de su incidencia en el ámbito de la estructura empresarial.

## **B) ¿La regulación de la autoría mediata en el CP español es constitutiva o meramente declarativa?**

Como se planteó en el capítulo anterior con respecto a la coautoría, también frente a la autoría mediata se discute si su regulación en el CP es constitutiva o declarativa. Para responder a este interrogante, me parece importante destacar una idea que, si bien parece obvia, suele olvidarse en ciertos análisis: con independencia de la discusión sobre la conveniencia o no de la regulación expresa de la autoría mediata en el CP<sup>8</sup>, no puede perderse de vista, como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que “el autor mediato es un verdadero autor (un autor en sentido estricto)<sup>9</sup>”, cuya particularidad es que se sirve de otro como instrumento para realizar el hecho<sup>10</sup>. En igual sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, advierte de que, al tratarse de una forma de autoría en sentido estricto, “ha de reunir todos los requisitos de ésta”<sup>11</sup>.

Hay quienes no lo entienden así, y consideran que la figura de la autoría mediata es una forma de darle “carta de legalidad” a interpretaciones extensivas de la ley penal<sup>12</sup>. En este sentido, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE sostiene que un verdadero concepto restrictivo de autor “no puede dar cabida, sin significar un menoscabo al

---

teoría de la acción y del delito referidas a la causa, y una fundamentación positivista de la autoría, acrecientan esa inseguridad con respecto a la ubicación de la autoría mediata entre la autoría individual y la participación. Sin embargo, aclaran que actualmente se reconoce de manera general que la autoría mediata, como forma de autoría, no se puede deducir a través del descarte de la participación, y rechazan que la autoría mediata sea una figura destinada a colmar lagunas.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 60, considera conveniente que el CP regule expresamente la autoría mediata. Sostiene que esto es más acorde con el principio de legalidad, y que, si no existiera la fórmula de la autoría mediata, estos supuestos estarían propensos a desviarse hacia la coautoría o la participación. Otra es la razón que expone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 2001*, 54, -y que comparto- para sostener que quizás, aunque es innecesaria, sí sea conveniente la mención expresa en el CP de las diferentes formas de autoría, “para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (...) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales al respecto y quizás con cierto entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto”.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 136.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 137 s.

<sup>11</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 2001*, 29.

<sup>12</sup> Así, OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 206 s.

principio de legalidad, a figuras como la autoría mediata y a algunas hipótesis de coautoría”<sup>13</sup>. A ello agrega que, en su opinión, la conducta de quien “se sirve de otro para sus propósitos delictivos” no encaja en la descripción del tipo penal<sup>14</sup>, y es la conducta del instrumento la que se adecúa directamente al tipo, pero el legislador construye una ficción jurídica para entender que el sujeto de atrás es el que realiza el hecho a través de otro<sup>15</sup>.

Aquí se insiste, en la línea de lo planteado ya hace más de treinta años por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO<sup>16</sup>, que, salvo en los supuestos en que la descripción típica lo imposibilite por exigir una conducta personalizada, el autor mediato, aunque no ejecute materialmente el hecho, realiza el tipo, y por eso su conducta sí se subsume directamente en este. Tal vez la confusión provenga de “identificar realización del tipo con ejecución física (directo-corporal, material) del mismo”<sup>17</sup>; identificación que, en todo caso, considero incorrecta.

## **2. FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA MEDIATA**

Una vez aclarado lo anterior, que me parece de la mayor relevancia para el análisis que me propongo, paso a referirme a algunas de las distintas tesis que se han defendido en cuanto al fundamento de la autoría mediata.

### **A) Fundamento de la autoría mediata desde la teoría del dominio del hecho: autoría mediata como dominio de la voluntad**

Al igual que en el caso de la coautoría, también frente a la autoría mediata considero útil partir de los planteamientos de ROXIN, quien, como él mismo indica,

---

<sup>13</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 205.

<sup>14</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 206 s.

<sup>15</sup> OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 209 s.

<sup>16</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 486 s.

<sup>17</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 487.

acuñó el concepto de “dominio de la voluntad”<sup>18</sup>, y lo ha desarrollado de manera profunda y cuidadosa. Una vez más, son los planteamientos de este autor los que, sin lugar a dudas, jalonan los desarrollos posteriores, que no suelen perder de vista aquellos referentes.

Para introducir su posición, ROXIN señala que una de las cuestiones más debatidas por la doctrina ha sido la de la posibilidad de que un sujeto sea autor si no ha ejecutado el hecho por sí mismo, y considera que su principio metodológico de la “figura central” también resulta apropiado en estos casos<sup>19</sup>, en los que “falta precisamente la ‘acción’ ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora”. Esta última es la razón que lo lleva a hablar de “dominio de la voluntad” en el autor<sup>20</sup>.

Habría entonces, para ROXIN, tres casos prototípicos de dominio de la voluntad<sup>21</sup>: *el dominio de la voluntad en virtud de coacción, en virtud de error*, y, por último, *en virtud de aparatos organizados de poder*. Aquí paso a explicar estos tres casos, y me detendré especialmente en el último, toda vez que, como se expondrá en su momento, ha sido la construcción que, con más énfasis, una parte importante de la doctrina ha pretendido trasladar a la estructura empresarial para la solución de muchos supuestos<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr., ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25, 23 n. 58 (= *DP*, *PG*, II, § 25, 84 n. 58). Prescinde expresamente de esta terminología de “dominio de la voluntad” HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 66, pues considera –con razón– que no es correcta en todos los supuestos de autoría mediata (por ejemplo, en los que ROXIN denomina supuestos de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder). Añade que “desde un punto de vista subjetivo-objetivo no se alcanza a ver de qué manera el sujeto de atrás domina la voluntad de un sujeto cuando simplemente se limita –sin incidir directamente sobre él– a aprovecharse de su error”. Este autor concibe la autoría mediata como manifestación del dominio del hecho a través del dominio de la decisión de ejecutarlo (65). Comparte este último criterio ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 2001, 136. Parten, también, expresamente, de la teoría del dominio del hecho como fundamento de la autoría mediata, entre otros, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 540; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 48, 263 s. (= *PG*, II, 1995, § 49, 336 s.); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 47 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 194 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 402; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 99; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP*, *PG*, 2ª., 2010, 385; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 9ª, 2015, 463 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 203.

<sup>19</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 141.

<sup>20</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 142.

<sup>21</sup> Desarrolla también estos tres casos en ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 46 ss. (23 ss.) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 46 ss., 85 ss.). En ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª, 1963, 142 ss., se refería a más grupos de casos, sin embargo ahora los considera a todos reducibles a estos tres.

<sup>22</sup> Traslado que, como se verá más adelante, el propio ROXIN rechaza.



a. *El dominio de la voluntad en virtud de coacción*

En cuanto al dominio de la voluntad en virtud de coacción<sup>23</sup>, ROXIN parte de la idea de que “el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho”<sup>24</sup>. Aclara que ese dominio de la voluntad no puede confundirse con la “influencia volitiva”, que la tienen igualmente el inductor y el cómplice “que corrompen al agente y le apoyan con consejos”. Así, explica, el concepto de “dominio de la voluntad” deberá limitarse “a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás”<sup>25</sup>.

En línea con lo anterior, ROXIN sostiene que el dominio de la voluntad no debe entenderse, en primer lugar, como una cuestión que se dirime psicológicamente, sino que debe interpretarse a partir de “las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley”<sup>26</sup>. De ahí que considere que el legislador proporciona puntos de apoyo para establecer cuándo se entienden realizados los requisitos del autor como figura central del hecho y como el que tiene “en sus manos” el suceso.

Pero, ¿cuáles serían esos puntos de apoyo? A criterio de ROXIN, dichos puntos se encuentran cuando el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo (estado de necesidad disculpante<sup>27</sup>) y coloca al sujeto de atrás en la posición central del suceso. De esta manera, cuando la presión motivacional alcanza cierta intensidad, el legislador “cambia de punto de vista” y le atribuye responsabilidad solamente al sujeto de atrás, que se convierte en figura central del suceso<sup>28</sup>. Por eso considera razonable hablar de dominio no solo cuando, desde un aspecto psíquico, el agente ya no puede decidir de manera autónoma, sino cuando el Derecho penal ya no exige de él esa decisión. Así, expone, cuanto mayor sea la resistencia que un agente debe desplegar para verse exculpado, mayores serán las exigencias al dominio de la voluntad<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 142 ss.

<sup>24</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 144.

<sup>25</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 142.

<sup>26</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 146.

<sup>27</sup> Cfr., también, ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 48 (23 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 48, 85 s.).

<sup>28</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 146 s.

<sup>29</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 147.

ROXIN finaliza el análisis del dominio de la voluntad en virtud de la coacción concluyendo que “una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero solo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás”<sup>30</sup>.

*b. El dominio de la voluntad en virtud del error*

Luego pasa a referirse al dominio de la voluntad en virtud del error<sup>31</sup>, el segundo caso “clásico e indiscutido en lo fundamental” de la autoría mediata<sup>32</sup>. En él distingue varios supuestos: en primer lugar, se refiere a los supuestos en los que el que yerra obra de manera no dolosa, o con imprudencia inconsciente<sup>33</sup>. ROXIN explica que en estos supuestos, quien yerra no domina el hecho, porque este exige el dolo en el ejecutor, y aquí el ejecutor es solo un “factor condicionante ciego” en la cadena causal<sup>34</sup>. Añade que esta forma de dominio por error está muy próxima a la autoría inmediata, “porque el instigador del hecho es el único que ve o comprende el curso causal”<sup>35</sup>. En este sentido, explica que al ejecutor, que no sabe lo que hace, le falta toda inhibición<sup>36</sup> y, por tanto, “todo aquel que ante un sujeto actuante sin dolo (...), a sabiendas de la situación, aporta conscientemente una condición del resultado, es titular del dominio de la voluntad y, por tanto, autor mediato”<sup>37</sup>. Más adelante, para los supuestos en que el ejecutor actúa con imprudencia inconsciente, ROXIN amplía el principio que acaba de establecer, y

---

<sup>30</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 169.

<sup>31</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 170 ss.

<sup>32</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 169.

<sup>33</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 170 ss.

<sup>34</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 171.

<sup>35</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 63 (29 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 63, 92).

<sup>36</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 173. Incluso sostiene que en estos supuestos podría llegar a hablarse de un dominio del hecho “directo” por parte del sujeto de atrás, pero justamente al ser el caso paradigmático de autoría “mediata”, y siendo solo una cuestión terminológica, no tiene sentido cambiarle el nombre. Lo que sí quiere dejar claro es que, en estos supuestos, el dominio de la voluntad tiene un fundamento “radicalmente distinto” al de las situaciones coactivas.

<sup>37</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 178.

afirma que, aquel que aporta una condición para el resultado cuando el ejecutor actúa con imprudencia inconsciente, es en todo caso autor mediato<sup>38</sup>.

Por su parte, en el análisis de los supuestos del ejecutor inmediato que yerra con imprudencia consciente, ROXIN encuentra que, a diferencia de los anteriores, no hay en estos un intermediario que actúe de una manera causal-ciega, pues el que realiza el tipo con imprudencia consciente advierte la posibilidad del resultado como lo hace el sujeto de atrás<sup>39</sup>. No obstante, en estos casos, considera que el sujeto de atrás ve más que el ejecutor inmediato, y ese mayor conocimiento le permite dominar el resultado que el ejecutor confía que no se produzca. ROXIN va incluso más allá y sostiene que, también en los casos en que el sujeto de atrás y el ejecutor inmediato “ven lo mismo”, pero aquel “persigue o incluso sólo se conforma con un resultado que el ejecutor cree poder evitar”, esto será suficiente para que se configure la autoría mediata<sup>40</sup>.

Otro grupo de análisis viene dado por los supuestos en que el ejecutor obra en error de prohibición. ROXIN pone de relieve que existe casi completa unanimidad en que la provocación de un error de prohibición invencible conlleva a que el sujeto de atrás que posee la información jurídica correcta sea un autor mediato<sup>41</sup>. Más discutible resulta, sin embargo, el supuesto en que el ejecutor actúa en error de prohibición vencible. Para ROXIN, en principio habría autoría mediata de quien provoca ese error en el ejecutor, pues con ello “elimina o disipa las inhibiciones (por regla general decisivas) que se derivan del conocimiento de la prohibición e incluso ya de la propia duda sobre la prohibición”<sup>42</sup>. No obstante, advierte de que lo anterior tiene excepciones, que agrupa en dos constelaciones de casos (que aquí solo mencionaré): el caso en que el error del ejecutor es producto de enemistad u hostilidad hacia el Derecho; y el caso en que el sujeto de atrás no provoca en el ejecutor inmediato la resolución de cometer el hecho ni el error de prohibición<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 179.

<sup>39</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª,1963), 180.

<sup>40</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 65 (30) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 65, 93).

<sup>41</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 78 (35) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 78, 98).

<sup>42</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 82 (37) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 82, 100).

<sup>43</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 84 y 88 (37 s., 39) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 84 y 88, 101, 102 s.).

En cuanto a los supuestos de error sobre los requisitos del estado de necesidad disculpante, ROXIN<sup>44</sup> sustenta la autoría mediata del sujeto de atrás en que “la representación de no poder ser hecho penalmente responsable quita ya al ejecutor, junto con la presión psíquica producida por su error, la motivación inhibitoria”, y advierte de que “la estructura psíquica del dominio del hecho” no será diferente en un estado de necesidad real que en uno simulado.

Por último, dentro de este grupo de casos, ROXIN hace referencia a los supuestos en que el ejecutor obra de manera plenamente delictiva. Señala que, en dichos supuestos, por regla general, la influencia del sujeto de atrás solo fundamentará en este una participación<sup>45</sup>. No obstante, reconoce la existencia de tres grupos de casos que pueden constituir una excepción a tal regla: el engaño sobre la magnitud del injusto; el engaño sobre circunstancias cualificantes; y, finalmente, el engaño sobre la identidad de la víctima<sup>46</sup>. Aquí solo me refiero al primero de estos grupos, pues considero que puede ser el más relevante para los fines de esta investigación.

Para ROXIN, cuando se produce un engaño sobre la magnitud del injusto, el sujeto de atrás responderá como inductor hasta donde el dolo del ejecutor abarque las consecuencias de su conducta; frente a las consecuencias más graves, no abarcadas por el dolo del ejecutor, el sujeto de atrás será autor mediato. De todas formas, ROXIN advierte de que este engaño sobre la magnitud del injusto tiene que ser “notable o importante para hacer aparecer como otro el hecho causado por el sujeto de atrás en relación con el que se imagina el ejecutor”<sup>47</sup>. Me interesa destacar, además –como hace el propio ROXIN–, que también en este error sobre la magnitud del injusto se eliminan “factores esenciales de inhibición” en el ejecutor, a través de la manipulación que hace el sujeto de atrás, lo que fundamenta la autoría mediata de este último<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 91 (40) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 91, 104).

<sup>45</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 94 (41) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 94, 105).

<sup>46</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 95 (41 s.) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 95, 106).

<sup>47</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 96 (42) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 96, 106).

<sup>48</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 97 (42 s.) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 97, 106 s.).

c. *El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*<sup>49</sup>

Como señalé anteriormente, me detendré mucho más en este tercer caso de dominio de la voluntad<sup>50</sup>, porque su desarrollo ha marcado –sin temor a exagerar–, un antes y un después en el análisis de la autoría mediata, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, desde que ROXIN propuso esta teoría por primera vez en 1963<sup>51</sup>. Para efectos de la exposición me valdré, la mayoría de veces, de la expresión abreviada “dominio de organización”, que sugiere también el propio ROXIN<sup>52</sup>. Cabe hacer notar, además, que en lo que sigue me limitaré a la exposición de la teoría, pero no (todavía) a las críticas que se le han hecho, pues estas las he querido reservar para el apartado en que examino la viabilidad de la aplicación del dominio de organización a la estructura empresarial<sup>53</sup>.

Hechas estas advertencias puede afirmarse, en términos muy generales, que la teoría del dominio de organización se basa en la idea de que en una organización delictiva, el sujeto de atrás, que con su propio poder de mando ordena la realización de delitos, también puede responder como autor mediato cuando el ejecutor inmediato es, así mismo, plenamente responsable como autor<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Para una caracterización de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, además de las obras de ROXIN que se mencionan en este apartado, v., entre otras, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 257 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 54 s.; AMBOS, *Dominio de voluntad en virtud de aparatos*, 1998; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 337 ss.; ROTSCH, en: *ZStW 112 (2000)*, 519 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 1 (2001)*, 43 s.; *RL 4-5 (2007)*, 129 ss.; *NFP 71-2007*, 124 s., 132 ss.; *LH-Mir*, 2017, 509-521; *GA 2017*, 711-719; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 137-175; *CPC 123 (2017)*, 21 ss.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 109 ss.; *Dominio de la organización*, 2008; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 25 ss.; en: SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 89 ss.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 10 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *Fraude a consumidores*, 2016, 246 ss.

<sup>50</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 172, rechaza que a esta forma de dominio se le llame “dominio de la voluntad” porque el superior solo domina la voluntad del ejecutor en cuanto al momento y al modo de la ejecución, pero no respecto del contenido y el hecho en sí, dado que el ejecutor actúa de manera plenamente consciente y voluntaria. De ahí sostiene que debería denominarse “aprovechamiento de la disponibilidad”.

<sup>51</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 1; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 449.

<sup>52</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 1; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 449.

<sup>53</sup> Cfr. *Infra*, 4. C), a y b.

<sup>54</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 1; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 449. Se trataría, entonces, de un supuesto de autor tras el autor.

Para dar sustento a lo anterior, ROXIN se propuso trasladar a categorías precisas de la dogmática jurídica ese concepto de “autor de escritorio, o de mesa de despacho u oficina” (*Schreibtischtäter*), con que, en el lenguaje coloquial, se conoce al sujeto de atrás de estas organizaciones. Y la razón más inmediata de su esfuerzo vino dada por el proceso seguido en Jerusalén contra Adolf Eichmann, quien, como es sabido, fue uno de los principales responsables del holocausto judío en la época Nazi<sup>55</sup>. Esa nueva construcción dogmática se impuso en las décadas siguientes en la doctrina alemana, y en 1994 fue asumida por el BGH en la sentencia relativa a los “disparos en el muro”, en la que no solo se condenó como autores a los soldados que realizaban los disparos sobre los refugiados que intentaban saltar el muro, sino también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa del antiguo gobierno de Alemania del Este<sup>56</sup>.

Pero la teoría no solo encontró resonancia en Alemania, sino también en el ámbito internacional. Para fundamentar lo anterior, ROXIN pone el ejemplo de la condena a los miembros de la Junta Militar argentina<sup>57</sup>; el art. 25 III a. del Estatuto de Roma, que reconoce también esta forma de autoría mediata, con las consecuentes decisiones en que la CPI ha adoptado la figura del dominio de organización; y la condena de Fujimori en Perú, que tuvo también como fundamento esta tesis<sup>58</sup>.

Ahora bien, antes de explicar los fundamentos de la teoría, resulta necesario poner de relieve que, para ROXIN, los crímenes de guerra, de estado y de organizaciones, como los que analiza, “no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual”. A ello añade que las figuras de la autoría, la inducción y la complicidad, pensadas a la medida de los hechos individuales, “no pueden dar debida

---

<sup>55</sup> ROXIN, *RP 2 (1998)*, 61; *ZStrR 1 (2007)*, 1 s.; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 450.

<sup>56</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 2; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 450.

<sup>57</sup> Aunque el propio Roxin advierte que, finalmente, fueron condenados como cooperadores necesarios, forma accesoria de participación.

<sup>58</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 2; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 452. Sobre la resonancia internacional del debate, véase, también, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 4. En general, sobre la aplicación jurisprudencial de la teoría, véase ROTSCH, *ZStW 112 (2000)*, 536 ss.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 109; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 32 ss., 42 ss., 60 ss. Recomiendo, también, la compilación de estudios sobre la sentencia, que se publicó en *ZIS 11/2009*, y que contó con la participación de autores alemanes y peruanos (y de un autor holandés): ROTSCH (549-551), AMBOS (552-564), ROXIN (565-568), SCHROEDER (569-571), (JAKOBS (572-575), HERZBERG (576-580), CARO CORIA (581-595); GARCÍA CAVERO (596-602), MEINI MÉNDEZ (603-608), PARIONA ARANA (609-614), VAN DER WILT (615-621).

cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global”. No obstante, reconoce que lo anterior no lo exime del deber de “considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual”<sup>59</sup>.

Para el desarrollo de esa tarea, ROXIN descarta, en primer lugar, que estos supuestos puedan explicarse a partir de los dos casos prototípicos de dominio de la voluntad a los que me referí en los apartados anteriores, esto es, el dominio de la voluntad por coacción<sup>60</sup> o por error. En este sentido, y en lo relativo a la coacción, explica que, según la documentación de los procesos de Núremberg, la negativa a cumplir órdenes de fusilar no acarrea sanciones graves, lo máximo era una nota desfavorable en el expediente o la negativa de ascenso o traslado<sup>61</sup>. Y en cuanto a un hipotético dominio en virtud del error en estos supuestos, explica que el “simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer”<sup>62</sup>.

ROXIN también descarta la solución de la inducción, y pone de relieve la diferencia de los supuestos que está analizando, con respecto a los de una inducción común, debido al “funcionamiento peculiar del aparato” que está a disposición del sujeto de atrás<sup>63</sup>. Señala que estas organizaciones despliegan “una vida independiente de la identidad variable de sus miembros”, y por eso funcionan de manera automática. El

---

<sup>59</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 243.

<sup>60</sup> En contra de esta idea de ROXIN resulta paradigmática la posición de MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984, especialmente 101 ss., quien defiende que estos casos son de autoría mediata, pero no fundamentada a través del dominio de aparatos organizados de poder con ejecutores fungibles, como plantea ROXIN, sino en la falta de libertad del ejecutor, producto de la estructura particular de estas organizaciones, que generaría situaciones muy similares a las de la coacción, junto a la fuerza de la orden impartida por el superior. Sobre la postura de esta autora, véase, también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 264; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 356.

<sup>61</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 243 s. Cfr., sobre este mismo aspecto, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 26, 94, quien advierte de que “en los procesos de Núremberg no fue posible probar que alguien fuera castigado con algo más que un traslado forzoso de unidad o retrasos a la hora de ascender por negarse a participar en el exterminio judío” (94).

<sup>62</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 244. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 103 ss., señala también, al respecto, que en el supuesto de los disparos del muro, de las circunstancias fácticas no se puede colegir que los ejecutores actuaran sometidos a alguna clase de error o de coacción (103 s.). No obstante, considera que lo anterior no implica que en determinadas circunstancias sí pudieran actuar sometidos a ello (103 s.), aunque insiste en que no era lo más habitual (106). De todas maneras, sostiene que algunos autores han defendido que todos estos casos de autoría mediata por dominio de organización se incluyan en el supuesto de dominio en virtud de coacción (106).

<sup>63</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 244.

sujeto de atrás, en estos supuestos, sabe que si uno de los órganos elude el cumplimiento de la orden, otro va a suplirlo inmediatamente y no se verá afectada la ejecución del plan global<sup>64</sup>. De lo anterior concluye –y con esto anticipo uno de los requisitos del dominio de organización– que el aspecto decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en estos supuestos residirá, entonces, en la fungibilidad del ejecutor<sup>65</sup>.

Ahora bien, con respecto a la coautoría, ya en el capítulo anterior<sup>66</sup> –al que en este punto remito– expuse las razones por las cuales ROXIN la descarta como solución en el ámbito de estructuras complejas<sup>67</sup>, pues faltarían dos de los requisitos que para él son fundamentales en la configuración de la coautoría: el acuerdo común y la prestación de la aportación en fase ejecutiva.

Aquí merece la pena hacer referencia a la opinión de ROXIN con respecto a quienes, para estos mismos supuestos que él analiza, rechazan la solución de la autoría mediata y sí defienden, en cambio, la de la coautoría o de la inducción, que él ha descartado. Para este autor, quienes asumen tal posición no lo hacen porque su tesis tenga un especial poder persuasivo, sino que lo hacen como una especie de “recurso de emergencia”. Eligen esta vía, según ROXIN, porque piensan que la opción de la autoría mediata contradice un principio irrefutable de la teoría de la autoría: que no puede existir un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable<sup>68</sup>. ROXIN, aun admitiendo que esta objeción es seductora, sostiene que se basa en tres errores cuyo conocimiento abre la vía, según él, a una sólida fundamentación de la autoría mediata:

---

<sup>64</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 244 s. Muy similar, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 181, quien califica de simplificación el hecho de concebir al sujeto de atrás como inductor, porque en estos supuestos “conserva una posición de dominio que no es predicable de un partícipe, y que permite decir que realiza el hecho típico como propio por medio del ejecutor material”.

<sup>65</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 245 s. Más adelante, al referirse al caso Eichmann utiliza una expresión que muestra claramente la diferencia que encuentra entre estos supuestos y la inducción. Explica que la estructura de la maquinaria “sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría” (246).

<sup>66</sup> Véase, *supra*, Capítulo III, apartado 4. A).

<sup>67</sup> En contra de esta idea de ROXIN destacan los planteamientos de JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 546; JAKOBS, *AT*, 1991, 649 (= *DP, PG*, 1997, 783 s.), quien sostiene que en los “supuestos normales” podría afirmarse la coautoría, y para los restantes la inducción. Cabe destacar que para JAKOBS, en estos supuestos resulta nociva la construcción de la autoría mediata porque encubre la vinculación de todos los intervinientes, “ni mucho menos siempre forzada”, y la convierte en un hacer común.

<sup>68</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 6; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 456.



En primer lugar –señala ROXIN–, el “instrumento” que posibilita al sujeto de atrás la ejecución de sus instrucciones no es solo ni principalmente aquel que causa de propia mano la muerte de la víctima, sino que es, más bien, el aparato como tal. Este consiste en una multitud de personas integradas en las estructuras, que actúan simultáneamente en las diferentes funciones relativas a la organización y que, en conjunto, aseguran al sujeto de atrás el dominio sobre el resultado. En este sentido –y sobre ello volveré más adelante– el ejecutor individual no desempeña un papel decisivo en el actuar de la organización, dado que esta puede disponer de muchos ejecutores voluntarios<sup>69</sup>.

En segundo lugar, sostiene ROXIN que el ejecutor y el sujeto de atrás poseen diferentes formas de dominio del hecho, que no se excluyen recíprocamente. Así, quien mata a la víctima de propia mano ejerce el dominio de la acción, que resulta de la ejecución de un acto determinado, mientras que el sujeto de atrás posee, por el contrario, el dominio de organización<sup>70</sup>, esto es, una posibilidad de influjo sobre el aparato de poder que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano. Esta garantía del resultado es la que fundamenta el dominio del hecho que, reitera, se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede sin más coexistir con él<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 6; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 457.

<sup>70</sup> En un sentido muy similar se pronuncia BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 368 s., cuando afirma que los mandos dirigentes comparten el dominio del riesgo con el sujeto de delante, “desde una posición de control de la organización”. De ahí que esta autora considere necesario analizar el suceso global desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del ejecutor material, este ejerce el dominio del riesgo si decide autónomamente cumplir la orden, y por eso responderá como autor (368); desde la perspectiva de los mandos dirigentes, estos tienen el dominio del riesgo si el cumplimiento de las órdenes que dictan no depende de una persona en concreto sino que está asegurado por la dinámica de la organización (368 s.). Explica, además, que el alejamiento de la conducta del sujeto de atrás con respecto a la lesión del bien jurídico, queda compensado con el hecho de que la propia estructura jerárquica “garantice el cumplimiento prácticamente automático de las órdenes” (369). De lo anterior concluye que el fundamento del dominio de los mandos dirigentes está en “poder contar con que sus órdenes van a ser cumplidas porque la propia estructura de la organización asegura el cumplimiento de las mismas, pese a la eventual negativa de alguno de los ejecutores materiales” (369).

<sup>71</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 7; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 457. ROXIN insiste en que la posibilidad de un autor tras el autor es evidente, y para demostrarlo se refiere al supuesto de la eximente por coacción: cuando alguien es forzado a través de amenaza de muerte a cometer un delito, el ejecutor obligado tiene el dominio sobre el hecho realizado por él de manera inmediata. Que debido a la coacción sea disculpado, en nada cambia su dominio del hecho, porque es una forma de aparición del injusto típico. No obstante, el sujeto de atrás también tiene el dominio del hecho y es autor mediato en virtud de la coacción. Añade, entonces, que es un hecho innegable que las diferentes formas de autoría pueden aparecer escalonadas una detrás de la otra.

El tercero de los errores a los que hace referencia ROXIN tiene que ver con que la autoría y el dominio del hecho no se pueden derivar primariamente de cualquier deficiencia del instrumento, sino que deben fundamentarse de manera positiva desde la posición del autor en el suceso global. Lo anterior, en el supuesto concreto de la dirección de la organización, significa que el dominio del hecho del sujeto de atrás se apoya en que a partir de las órdenes al aparato se puede producir el resultado con mayor seguridad que en los supuestos de dominio en virtud de coacción y error, aceptados unánimemente como supuestos de autoría mediata<sup>72</sup>.

Una vez puestos de relieve estos errores, ROXIN se detiene en el análisis de los requisitos del dominio de organización, que aquí paso a exponer:

1. *Poder de mando*: en estos supuestos, autor mediato solo puede ser quien dentro de una organización estrictamente conducida tiene un poder de mando y lo ejerce para la provocación de la ejecución del delito. Ello explica que, para ROXIN, el comandante de un campo de concentración Nazi también deba ser considerado autor mediato de los asesinatos por él ordenados, incluso aunque actuara en virtud de una orden de una autoridad superior. Así, en los diferentes escalones de la jerarquía de mando pueden existir varios autores mediatos, uno detrás de otro<sup>73</sup>. En cambio, el personal de servicio en uno de estos campos de concentración, solo puede ser castigado como cómplice, pues, si bien es cierto, favorece conscientemente con sus actuaciones la comisión del delito, no ordena ningún asesinato y tampoco interviene en su ejecución<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 7; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 458.

<sup>73</sup> También FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 160, acepta expresamente la posibilidad de la figura del autor tras el autor en distintos niveles del sistema. Más adelante (165 n. 228) insiste en la idea de una cadena de autores mediatos, que va desde la cúspide de la organización hasta quien da la orden directamente al ejecutor, y luego añade que, al admitir el dominio sobre la organización por parte de todos los que se sitúan en la cadena de mando, esto es, el reconocimiento de un dominio escalonado, ello supone que el dominio del hecho puede ser graduable y, por tanto, que el dominio del de más arriba es superior al de más abajo: “el dominio de voluntad del sujeto situado en la cúspide de la organización es superior a cualquiera de aquellos subordinados a él, que, sin embargo, no dejan de tener dominio” (169).

<sup>74</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 8; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 458 s. Se muestra de acuerdo con esta posición de ROXIN, BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 373 s.

2. *Aparato al margen de la ley*: ROXIN reconoce que este requisito es discutido, incluso, por los seguidores de su teoría<sup>75</sup>, y por eso aclara que la exigencia no apunta a que el aparato tenga que estar en cada uno de los aspectos al margen de la ley, sino solo en el marco de los delitos realizados<sup>76</sup>. En este sentido, el juicio sobre el apartamiento del Derecho deberá hacerse desde el punto de vista del sistema *actual* y no del anterior<sup>77</sup>. Así, por ejemplo, los asesinatos en el muro fueron actuaciones ilegales, aunque el gobierno de la RDA tuviera una opinión diferente al respecto. Por eso ROXIN considera evidente que los asesinatos en masa del régimen Nazi también se encontraban al margen del Derecho, aunque el gobierno de aquel entonces no los ordenara de manera secreta sino “legal”<sup>78</sup>.

Con estas aclaraciones, ROXIN insiste en que el apartamiento del Derecho del aparato de poder es un requisito necesario para el dominio del hecho del sujeto de atrás, y sostiene que, si los asesinatos de los fugitivos en el muro fueran en general prohibidos y solo fueran el resultado de la orden de un funcionario arbitrario, estos sucesos serían acciones individuales que deberían tratarse según las reglas de la inducción y la autoría. Así, los soldados de la frontera siempre habrían podido negar obediencia, según la legislación de la RDA. Lo mismo valdría para las acciones de exterminación masiva perpetradas por los Nazis, que no se habrían podido llevar a cabo si se trataran solo de

---

<sup>75</sup> Así, por ejemplo, MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 179 ss.; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 200 ss., quien, para el rechazo de este requisito se basa en que la observación casuística revela que los ejecutores cumplen las órdenes de sus superiores de manera libre y responsable, con independencia de que el aparato se encuentre o no al margen del Derecho: “la fungibilidad, la jerarquía y el consecuente automatismo no desaparecen por el conocimiento de que las actuaciones se llevan a cabo en un aparente marco de legalidad” (201). Añade que el dominio del hecho tiene una base ontológica y, en consecuencia, su existencia no dependerá exclusivamente de la labor legislativa estatal o de la comunidad internacional, sino que bastará con la constatación fáctica de que se domina el hecho, “de que tanto la regularidad de los procesos causales, como la jerarquización, como la fungibilidad existen en la realidad del caso a analizar” (202). De acuerdo con lo anterior, sostiene que si se acredita la existencia de los requisitos estructurales, nada impide extender la figura de la autoría mediata por dominio de la organización a aparatos de poder que no estén desvinculados del Derecho (202).

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 184, pone de relieve que ROXIN ha relativizado este requisito, pues en un primer momento exigía que el aparato, *en su conjunto*, estuviera al margen del ordenamiento jurídico.

<sup>77</sup> Con ello, ROXIN respondería a críticas como las de MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 116 n. 26, para quien no puede afirmarse que el aparato Nazi actuara fuera de la ley, toda vez que en ese momento existían leyes que respaldaban sus conductas.

<sup>78</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 8; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 459.

abusos particulares y no de un gran aparato encaminado sistemáticamente y en todas sus partes hacia ese objetivo<sup>79</sup>.

3. *Fungibilidad*<sup>80</sup> *del ejecutor inmediato*: este requisito que, como ya afirmé, para ROXIN siempre ha sido una característica esencial del dominio de organización, hace referencia a la posibilidad de sustitución de quienes realizan las últimas acciones típicas de las conductas delictivas. En este sentido, la ejecución de la orden del sujeto de atrás en gran parte se asegura porque existen muchos ejecutores a su disposición, de manera que la negativa u otro fallo de un individuo no impiden la realización del tipo penal, en tanto siempre habrá otro ejecutor dispuesto a realizarlo<sup>81</sup>. En este punto, ROXIN reconoce que la fungibilidad en las organizaciones delictivas se puede configurar en distinta medida, por lo que es conveniente que la autoría mediata no se fundamente *exclusivamente*<sup>82</sup> en este criterio ni en los demás mencionados<sup>83</sup>.

4. *La esencial y elevada disposición del ejecutor para realizar el hecho*: en los últimos años, ROXIN<sup>84</sup> ha añadido este cuarto requisito, que se suma a los tres anteriores ya expuestos, y que fue planteado por primera vez por SCHROEDER<sup>85</sup>, en su célebre monografía *Der Täter hinter dem Täter*, en la que se refirió a la “disponibilidad incondicional del subordinado para cometer el hecho”. No obstante, y contrario a lo

---

<sup>79</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 8; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 460. En sentido similar, BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 370, señala que el requisito de actuación al margen del ordenamiento es importante para poder admitir la autoría de los hombres de atrás, pues solo en este tipo de organizaciones los dirigentes tienen razones objetivas suficientes para contar con que sus órdenes de carácter delictivo serán cumplidas.

<sup>80</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 162, considera –en mi opinión, acertadamente– que el término “fungible” debería sustituirse por otros términos como los de “intercambiable”, “sustituible” o “prescindible”, pues “fungible” significa “que se consume con el uso”, lo que hace incompatible el vocablo no solo con la condición de persona sino con la posibilidad de sustituir, a la que se refiere la autoría mediata por dominio de organización.

<sup>81</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 9; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 460.

<sup>82</sup> Para BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 370, por ejemplo, es necesario mantener este requisito, pero no como criterio básico para fundamentar el dominio por parte de los dirigentes, sino como un dato fáctico para constatar la existencia de un “importante grado de automatismo en el cumplimiento de las órdenes”.

<sup>83</sup> ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 10; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 462.

<sup>84</sup> ROXIN, en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 464.

<sup>85</sup> Cfr., SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, 143 ss.; *ZIS 11-2009*, 569 ss.; *CPC 101-2010*, 37 ss.

planteado por SCHROEDER<sup>86</sup>, ROXIN advierte de que, si bien es correcto recurrir a este cuarto requisito para la fundamentación del dominio de organización, no se trata de un requisito *autónomo* sino que se deriva de los demás. De acuerdo con lo anterior, explica que son distintas y variadas las razones que pueden hacerse valer para la esencial y elevada disposición al hecho del ejecutor en el contexto de las organizaciones delictivas: en primer lugar, se refiere a la organización jerárquica, que ya como tal es adecuada para provocar una tendencia al ajuste; luego se encuentra el poder de mando del sujeto de atrás, que si bien no alcanza el grado de la coacción, se acerca un poco en el sentido de que el ejecutor voluntario, en el supuesto de una negativa, puede temer por la pérdida de su cargo, el desprecio de sus colegas u otra desventaja social, y por eso puede verse apremiado a una mayor disposición para el hecho; aunado a ello, el apartamiento del Derecho por parte del aparato puede aumentar la disposición al hecho, bajo la suposición del ejecutor de que no se le hará penalmente responsable<sup>87</sup>; finalmente, la fungibilidad incluso puede conducir a la disposición al hecho del individuo, haciendo que alguien que jamás cometería un hecho así por sí mismo, intervenga en él porque razona: “Si no lo hago yo, lo hace alguien de todos modos”<sup>88</sup>.

ROXIN concluye que, si bien la elevada disposición al hecho es un fenómeno que, como acaba de señalarse, se basa en los tres pilares del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del Derecho y fungibilidad), también lo es que refuerza la justificación de la afirmación del dominio del hecho del sujeto de atrás, pues dicho dominio depende de la seguridad con la que puede hacer valer sus órdenes. Esta seguridad, según ROXIN, aumenta considerablemente cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, puede contar con una notable y elevada disposición del ejecutor para la realización del hecho<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. SCHROEDER, *ZIS 11-2009*, 570; *CPC 101-2010*, 38, 41. Para SCHROEDER, el criterio decisivo en estos supuestos se encuentra, precisamente, en la disposición del subordinado para la ejecución del hecho, y no en la fungibilidad, que considera un criterio menos apropiado. Por eso lamenta que ROXIN no reconozca la autonomía del criterio de la disposición para el hecho, y que lo entienda solo como una derivación de los otros requisitos del dominio de organización.

<sup>87</sup> ROXIN, en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 463 s.

<sup>88</sup> ROXIN, en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 464.

<sup>89</sup> ROXIN, en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 464.

## B) Fundamento de la autoría mediata desde la teoría de la pertenencia del hecho

Aquí hago mención de esta teoría, a la que ya me referí en el segundo capítulo<sup>90</sup>, aplicada ahora a los supuestos de autoría mediata, aunque sin extenderme mucho en sus planteamientos, en tanto considero que se asemejan, en su mayor parte, a los de la teoría del dominio del hecho<sup>91</sup>, que acabo de explicar de manera más detallada. Me detendré, entonces, en el supuesto que resulta más divergente con respecto a los postulados de la teoría del dominio del hecho (el supuesto del llamado “instrumento doloso no cualificado”), no sin antes exponer, someramente, algunos aspectos más generales de la teoría, en lo que tiene que ver con la autoría mediata.

Para MIR PUIG, principal representante de la teoría de la pertenencia del hecho, lo decisivo en la autoría mediata es la relación que existe entre el sujeto de atrás y el ejecutor inmediato. Esta relación –sostiene– invierte los papeles que normalmente corresponden a dichos sujetos: “si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario”<sup>92</sup>. Para MIR PUIG, la razón de esta inversión radica en que, en los supuestos de autoría mediata, la posición de ambos sujetos respecto del hecho varía, y el papel fundamental, que hace que pueda imputársele un hecho a alguien como autor, deja de estar en cabeza del realizador material, y pasa al sujeto de atrás. Lo anterior ocurre en dos clases de supuestos: en primer lugar, cuando el realizador material actúa sin libertad o sin conocimiento, y esto lo ha provocado o es aprovechado por el sujeto de atrás; y, en segundo lugar, cuando el realizador material no puede con su actuación realizar el tipo, pero sí permitir que el sujeto de atrás lesione el bien jurídico. Para MIR PUIG, cualquiera de estos dos supuestos determina un “especial protagonismo fáctico o normativo de la intervención de la persona de atrás”<sup>93</sup>. De acuerdo con lo anterior, hace referencia a dos

---

<sup>90</sup> *Supra*, Capítulo II, 3. C).

<sup>91</sup> En sentido similar, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 323, advierte de que la teoría de MIR PUIG, si bien surge como crítica a la teoría del dominio del hecho, no se desvía mucho de los resultados de esta. También GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 246, aunque haciendo énfasis en los planteamientos de la teoría de la pertenencia del hecho en el ámbito de la coautoría.

<sup>92</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 391.

<sup>93</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 391.

grandes grupos de casos de autoría mediata<sup>94</sup>: los del instrumento que actúa sin antijuridicidad<sup>95</sup>, y los del instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal<sup>96</sup>.

En el primer grupo, esto es, el del instrumento que actúa sin antijuridicidad, MIR PUIG incluye, entre otros, los supuestos de falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo, dentro de los cuales menciona el caso en que el instrumento obra de manera atípica por falta de idoneidad para ser autor del delito. Y es aquí donde introduce el planteamiento que –como ya anticipé– resulta central en su teoría, al referirse al llamado “instrumento doloso no cualificado”. Pone el ejemplo de la secretaria particular del funcionario público, la cual destruye por solicitud de este unos papeles que a él se le han confiado en razón de su cargo. Para MIR PUIG, el hecho solo puede imputársele al sujeto de atrás (en este caso, al funcionario público) como autor mediato. Añade que, de no considerársele autor, resultaría impune (lo que le parece absurdo), porque no puede ser calificado como partícipe (inductor) debido a que el instrumento no realiza un hecho antijurídico (de conformidad con el principio de accesoriad limitada)<sup>97</sup>. MIR PUIG considera comprensible que desde la teoría del dominio del hecho se niegue la posibilidad de autoría mediata en estos supuestos, pues dicha teoría equipara dominio del hecho con “control” del mismo. Así, sostiene, es claro que el funcionario no tendría una mayor influencia en términos de control del hecho si el mediador no es funcionario, el papel del funcionario es el mismo y no habría por qué considerarle inductor cuando el mediador es un sujeto cualificado, y autor mediato si no lo es<sup>98</sup>.

Sin embargo, MIR PUIG defiende una posición diferente: al concebir 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 sólo su realización fáctica*) como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo”, concluye que “el funcionario de atrás es *causa* del hecho –sin él no se hubiera producido la

---

<sup>94</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 392 ss.

<sup>95</sup> MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 392 ss. Aquí incluye los supuestos de falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo (392 s.), falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo (394), y concurrencia de causas de justificación (395).

<sup>96</sup> MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 395 s. Incluye los supuestos de provocación intencional o aprovechamiento de un inimputable; instrumento que actúa en error de prohibición o miedo insuperable.

<sup>97</sup> MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 392.

<sup>98</sup> MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 393.

actuación del mediador–, el hecho constituye realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del funcionario (*imputación objetiva del resultado*): ello constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo. Si, además, concurre dolo en el funcionario, le será objetiva y subjetivamente imputable el delito doloso. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente el delito, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibles laguna: pese a serle imputable objetiva y subjetivamente la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune”<sup>99</sup>.

A lo anterior suma otra crítica frente a quienes exigen el control efectivo del hecho. Para MIR PUIG, estos olvidan que tal control “no se da tampoco en casos tan indiscutidos como el de utilización de un instrumento que sólo actúa sin conocimiento. Así, en el ejemplo del que echa veneno en la bebida que ha de servir alguien que desconoce tal circunstancia, la persona de atrás no ejerce *ninguna influencia*<sup>100</sup> sobre el instrumento, que en realidad no actúa *dominado* por el primero. Nada le impediría, por ejemplo, dejar de servir la bebida (por la razón que fuera). Si no es autor no es porque esté dominado por la persona de atrás, sino porque, por su falta de conocimiento suficiente del hecho, no se le puede imputar el delito. Sólo esta razón explica, también aquí, que la persona de atrás sea autor y no cooperador, como lo sería si, *haciendo lo mismo* (echar el veneno), el servidor conociera su intervención”<sup>101</sup>.

Este fundamento de la autoría mediata desde la teoría de la pertenencia del hecho ha sido desarrollado también, y principalmente, por BOLEA BARDON<sup>102</sup>, quien explica que, en la autoría mediata, el sujeto de atrás no ejerce (es imposible que ejerza) un control fáctico del acontecimiento, como el que ejercería si actúa de propia mano. De ahí que, según esta autora, el fundamento naturalístico al que se vincula con frecuencia al dominio del hecho, no sea suficiente para la autoría mediata, y se haga necesario encontrar un complemento normativo, buscando criterios materiales a partir de la regulación en el CP y de los principios valorativos del ordenamiento jurídico<sup>103</sup>. Para

---

<sup>99</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 393.

<sup>100</sup> Esta cursiva es mía.

<sup>101</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 393.

<sup>102</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, *passim*, especialmente 153 ss.

<sup>103</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 155.



BOLEA BARDON, entonces, el fundamento específico de la autoría mediata debe buscarse en “la intervención en ciertas condiciones en un hecho, respecto al cual nadie más va a decidir de forma autónoma”<sup>104</sup>. Sostiene que solo el sujeto de atrás toma una decisión autónoma en relación con el peligro, y eso hace que se le considere plenamente responsable de dicho peligro. El sujeto de atrás tiene, por ello, el dominio exclusivo del riesgo: “El hecho *le pertenece* porque es el único que interviene en el proceso lesivo con conciencia del peligro (conocimiento del peligro real). El ejecutor inmediato no está en condiciones de disputarle el título de autor, porque, aunque efectivamente sea quien conduzca fácticamente el curso lesivo y, en este sentido, determine objetivamente el hecho, no tiene dominio sobre el riesgo”<sup>105</sup>.

Ahora bien, más allá de las críticas al concepto de autor que se deriva de la teoría de la pertenencia del hecho, y que ya fueron expuestas antes<sup>106</sup>, me interesa abordar algunas de las críticas que se le hacen a esta teoría en lo que tiene que ver, específicamente, con la fundamentación de la autoría mediata.

Así, y como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para que la teoría de la pertenencia del hecho declare que un sujeto es autor, “importa menos su forma de actuación (basta con que sea un causante del hecho, según palabras del propio MIR) que los caracteres que reúne el otro (u otros) posible interviniente”<sup>107</sup>. Lo anterior se ve reflejado, con claridad, en el supuesto de la llamada autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado: en este supuesto, para MIR PUIG, el *intraneus* que se limita a inducir sin ejecutar de manera directa la acción típica ni ostentar de otro modo el dominio del hecho es autor mediato únicamente porque quien sí realiza de manera directa la acción típica no posee la cualificación especial requerida para ser autor y, por ende, no le puede disputar al *intraneus* la pertenencia del hecho. DÍAZ Y GARCÍA

---

<sup>104</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 160.

<sup>105</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 160.

<sup>106</sup> *Supra*, Capítulo II, 3. C), b.

<sup>107</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 617. También HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 49, destaca que, el criterio de la causación más próxima a la consumación que le permite a MIR PUIG diferenciar entre inductor y ejecutor inmediato, se quiebra en la autoría mediata. Además, sostiene que si el criterio material para determinar la pertenencia del hecho es, en la autoría directa, que el sujeto es el único causante al que se le puede imputar el tipo, y si la autoría es parte de esa imputación, “no podemos decir que es autor aquel al que le sea imputable el tipo, pues queda un elemento por explicar de esa imputación objetiva, que es la relación de autoría”.

CONLLEDO<sup>108</sup> sostiene que, con esto, MIR PUIG solo ha explicado que el *extraneus* no puede ser autor, pero no por qué necesariamente ha de serlo el *intraneus*, por qué no podría ocurrir que él tampoco lo sea. En este punto advierte de que la teoría de MIR PUIG es dogmáticamente insostenible desde un concepto restrictivo de autor<sup>109</sup>: “la ley penal, en los tipos de la parte especial, describe el injusto más directo, el del autor, y lo hace de una forma determinada (a veces por pura equivocación en la técnica legislativa, a la hora de redactar el tipo), que el intérprete no puede ignorar, aunque ignorándola consiga una punición más justa (...)”. A esto añade que, en su opinión, no es posible castigar en estos supuestos al *intraneus*, “pero si se le quiere castigar, se debe intentar fundamentar dogmáticamente y en la propia ley tal castigo”<sup>110</sup>.

En cuanto al argumento que expone MIR PUIG, referido a la laguna de punición inadmisibles que surgiría si el hecho se queda sin autor aunque haya un sujeto causante, retomo también la réplica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien explica que, en primer lugar, habrá que determinar si en los casos que MIR PUIG considera como “hechos sin autor”, realmente sí hay un hecho en sentido penal, pues si no lo hay, lo lógico es que tampoco haya autor; en segundo lugar, “no está claro que no puedan existir hechos (en sentido naturalístico) atribuibles en otros campos a una persona, que no lo sean desde la perspectiva penal: ello ocurre claramente en todos los hechos (naturalísticamente) lesivos de bienes jurídicos que no están protegidos por las normas penales, pero también en los casos en que, pese a estar protegidos por las mismas, el modo de ataque a ellos o la persona que debe realizar tal ataque no son los recogidos en tales normas, es decir, cuando no son ‘hechos’, en el sentido de acciones típicamente antijurídicas”<sup>111</sup>. Comparto también la idea de que, desde el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, resulta aceptable el surgimiento de lagunas de punición que, en algunos

---

<sup>108</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 618.

<sup>109</sup> También ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 337, considera que en supuestos como el del instrumento doloso no cualificado, MIR PUIG termina exigiendo solamente que el sujeto sea causante del hecho y este se le pueda imputar objetiva y subjetivamente, lo que lo acerca a un concepto unitario de autor.

<sup>110</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 619. Reconoce que esto último lo hace ROXIN con su teoría de delitos de infracción de deber, si bien considera incorrecta la interpretación que el profesor alemán hace de la ley; pero advierte de que esa fundamentación falta en la teoría de MIR PUIG, quien solo afirma que “el hecho ‘puede y debe’ imputársele al sujeto como suyo, al no podersele imputar a otro”.

<sup>111</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 620.

casos, si con ello no se vulneran principios penales fundamentales, constituyen un llamado para proponer reformas legislativas que castiguen esas conductas<sup>112</sup>.

Por último, cabe destacar la duda que ROSO CAÑADILLAS plantea sobre el sentido en que utiliza MIR PUIG la expresión de imputación objetiva del hecho: si lo hace en el sentido jakobsiano, o si solo es una expresión general y abstracta, con la que quiere dar a entender que la autoría es una estructura que sirve para imputar un hecho a su autor. Afirma que, de ser lo primero, caben las críticas con respecto a la utilización del concepto de imputación objetiva, en el sentido de que se está creando un “macroconcepto con el afán de ubicar en él todos los problemas de la tipicidad”<sup>113</sup>. La autora concluye que la tesis de MIR PUIG le recuerda, también, la idea de ámbitos de responsabilidad por la esfera de competencia del sujeto<sup>114</sup>; tesis estrechamente relacionada con el fundamento normativista de la autoría mediata, que expongo a continuación.

### **C) Fundamento (fuertemente) normativizador de la autoría mediata**

Lo primero que cabe afirmar con respecto a las posturas fuertemente normativizadoras de la autoría, es que no hallan un fundamento específico para la autoría mediata, sino que esta se concibe como una forma especial de manifestación de la autoría, con un mismo fundamento: la competencia sobre la fuente de peligro<sup>115</sup>. En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO sostiene que, al defender un concepto normativo de autoría, disminuye la urgencia en afirmar la autoría mediata, porque

---

<sup>112</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 620. A la anterior crítica añade que el criterio de la pertenencia del hecho no explica bien por qué en los supuestos de instrumento que actúa de manera típica y antijurídica pero inculpable o con culpabilidad disminuida hay autoría mediata, siendo que en estos supuestos “sí que hay un sujeto más próximo al hombre de atrás que le puede disputar la pertenencia del hecho a éste: el instrumento” (621). De nuevo, si se fuera consecuente con el criterio de la pertenencia del hecho, habría que considerar que el instrumento es autor y que el sujeto de atrás es inductor o cooperador; en cambio, MIR PUIG también inscribe a estos supuestos en la autoría mediata (622). En sentido similar se pronuncia DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 101.

<sup>113</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 337.

<sup>114</sup> ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 338.

<sup>115</sup> Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 254.

aunque no se disponga fácticamente de la fuente de peligro, esto resulta irrelevante para afirmar la autoría, si lo determinante sigue siendo la idea de competencia<sup>116</sup>.

En un sentido similar, JAKOBS<sup>117</sup> se refiere a la autoría mediata como una “autoría directa disfrazada”<sup>118</sup>, en la medida en que el ejecutor “interviene en un círculo de organización ajeno”. En esta misma línea, considera que el instrumento es “naturaleza con apariencia humana”, y así, usar un instrumento es emplear las fuerzas instrumentales de otra persona no responsable. Para JAKOBS, entonces, también en los casos de autoría mediata, lo decisivo no es el dominio sino la competencia<sup>119</sup>. Expresado en sus términos, la característica de la autoría mediata será “la *competencia predominante* del autor mediato en virtud del superior dominio de la decisión”<sup>120</sup>.

Según JAKOBS, este superior dominio quiere decir que “al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato”<sup>121</sup>. A ello añade que la superioridad del dominio de la decisión se debe determinar normativamente, según el efecto sobre la imputación al ejecutor, pero no según la intensidad motivadora en el supuesto concreto<sup>122</sup>. Una vez señalado lo anterior, JAKOBS pasa a referirse a tres casos en los que, según él, existe esa competencia predominante del sujeto de atrás<sup>123</sup>: 1) el sujeto de atrás crea un riesgo especial de que surja el defecto (ej.: autoría mediata

---

<sup>116</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 242. No obstante, considera que la autoría mediata “permite explicar mejor las relaciones entre los distintos intervinientes en el proceso lesivo y la fuente de peligro, además de facilitar enormemente la solución de ciertos tipos de problemas”, y por eso la considera necesaria.

<sup>117</sup> JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 109.

<sup>118</sup> También POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, PG, 2ª, t. II, 2016, 270, coincide con Jakobs en que la autoría mediata es una “autoría directa disfrazada”. Para este autor, la clave está en que el sujeto de atrás instrumentaliza al ejecutor, que no actúa como sujeto responsable.

<sup>119</sup> JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 112.

<sup>120</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 631 (= *DP*, *PG*, 1997, 763).

<sup>121</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 632 (= *DP*, *PG*, 1997, 763).

<sup>122</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 632 (= *DP*, *PG*, 1997, 764).

<sup>123</sup> En otro lugar, JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 108 ss., se ha referido a estos tres casos como las tres posibles razones de competencia: la competencia primaria por el comportamiento (108 ss.), esto es, prestar una contribución “que vaya más allá de lo socialmente adecuado, de lo neutral, llevando a cabo una aportación específica a que el instrumento ejecute una determinada conducta lesiva” (109); la competencia por la condición de instrumento (111 ss.), es decir, “organizar la condición de instrumento de éste, y, a través de ello, de modo mediato también la conducta” (111); y la competencia independiente de la conducta, esto es, la competencia por la protección de las personas desvalidas (niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o deficiencias psíquicas) (114).

serviéndose de mentiras, amenazas, violencia)<sup>124</sup>; 2) el defecto es asunto del ejecutor, pero el sujeto de atrás organiza la conexión entre defecto y ejecución del hecho (ej.: prometer salvar a quien se encuentra en peligro de muerte, siempre y cuando mate antes a una persona)<sup>125</sup>; y 3) supuestos en los que siempre hay que tener presente el defecto, porque la víctima tiene el derecho a que el sujeto de atrás incluya en sus cálculos tal defecto (ej.: utilización de niños, enfermos psíquicos y oligofrénicos)<sup>126</sup>.

Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO<sup>127</sup> concibe a la instrumentalización, en la autoría mediata, como la ausencia de competencia sobre la fuente de peligro de la que se dispone fácticamente. En consecuencia, para este autor, y siguiendo también aquí a JAKOBS, el déficit del sujeto de delante con respecto al sujeto de detrás no es un déficit personal ni de libertad, sino un déficit “normativo o en términos de responsabilidad”<sup>128</sup>. Así, explica, en la autoría mediata, el sujeto de atrás ostenta la competencia sobre la fuente de peligro, pero no tiene la disponibilidad fáctica, mientras que el sujeto de delante tiene la disponibilidad o incide fácticamente sobre la fuente de peligro, pero carece de la competencia sobre ella<sup>129</sup>. A ello añade que el desequilibrio cognoscitivo entre el sujeto de atrás y el de delante o “cualquier otra circunstancia de carácter subjetivo” no son elementos determinantes en el juicio de autoría, toda vez que –insiste– la competencia sobre la fuente de peligro no se basa en momentos naturalísticos (subjetivos o fácticos) sino en momentos estrictamente normativos<sup>130</sup>.

Para explicar un poco lo anterior, SÁNCHEZ LÁZARO reitera que es equivocado fundamentar la autoría mediata en el desequilibrio cognoscitivo (autoría mediata a través de error), esto es, que el error, por sí solo, no resulta suficiente como fundamento de la autoría mediata. Aclara que el mayor conocimiento del sujeto de atrás “sólo puede justificar su consideración como autor mediato cuando el menor conocimiento del

---

<sup>124</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 634 (= *DP, PG*, 1997, 766).

<sup>125</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 634 (= *DP, PG*, 1997, 766).

<sup>126</sup> JAKOBS, *AT*, 1991, 634 (= *DP, PG*, 1997, 766). De lo anterior se desprende que, para JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 114, no puede haber autoría mediata cuando la conducta posterior es plenamente responsable. Según este autor, no es necesario que esa autoría mediata exista porque “la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, (co-)autoría”

<sup>127</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 246.

<sup>128</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 246.

<sup>129</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 255.

<sup>130</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 248.

hombre de delante está justificado en tal circunstancia”, pues solo así transfiere la competencia al sujeto de atrás<sup>131</sup>. No obstante, advierte de que, en ese caso, ya la autoría mediata no estaría fundamentada en el error sino en “la posición normativa que ocupan ambos intervinientes frente a la fuente de peligro, pues sólo a partir de las mismas se puede deducir si el conocimiento del hombre de delante está justificado o no”<sup>132</sup>. Y para determinar a quién se le atribuye normativamente la posición de control sobre una fuente de peligro no tiene relevancia, según SÁNCHEZ LÁZARO, lo que saben el sujeto de atrás y el de delante, sino *lo que deberían conocer*<sup>133</sup>. Insiste en que la instrumentalización del sujeto de delante no es el fundamento de la autoría mediata, y reitera que, tanto en la autoría directa como en la mediata, el fundamento reside en la propia competencia sobre la fuente de peligro y no en la incompetencia ajena<sup>134</sup>.

En consonancia con todo lo anterior, las formas de manifestación de la autoría mediata, para SÁNCHEZ LÁZARO, serían dos: la transferencia de competencias y la transferencia de la disponibilidad fáctica sobre la fuente de peligro<sup>135</sup>:

1. La primera forma de manifestación es aquella en que la competencia sobre la fuente de peligro se transfiere del sujeto de delante al de atrás, pero aquel conserva la disponibilidad fáctica sobre dicha fuente<sup>136</sup>. La cesión de la posición de garantía libera a quien la transfiere y lo convierte en instrumento, y esa transferencia podrá hacerse de dos formas: por idoneidad<sup>137</sup> o por coacción<sup>138</sup>.

Con respecto a la primera forma de transferencia, por idoneidad, SÁNCHEZ LÁZARO explica que se trata de la forma ordinaria de transferencia y se produce dentro del riesgo permitido, en tanto “hay una situación que la justifica, y se realiza de forma y en persona idónea”. Esta transferencia exige cuatro requisitos: el primero de ellos, la

---

<sup>131</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 250 s.

<sup>132</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 251.

<sup>133</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 251. En este punto añade que “el comportamiento irregular o despreocupado del sujeto competente, que permite al incompetente advertir en mayor medida los riesgos que genera e, incluso, disponer fácticamente de la fuente de peligro, no puede afectar ni –mucho menos– disminuir su responsabilidad. No puede transformarlo en partícipe”.

<sup>134</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 254.

<sup>135</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 255 ss.

<sup>136</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 255.

<sup>137</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 256 ss.

<sup>138</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 278 ss.

existencia de una situación que “determine, justifique o, cuando menos, permita *en términos de riesgo* (...) la transferencia de la competencia sobre la fuente de peligro”<sup>139</sup>; el segundo requisito consiste en que la transferencia de la competencia se realice de forma idónea, esto es, de tal manera que ambos intervinientes puedan mantener la fuente de peligro dentro de los límites de riesgo tolerados<sup>140</sup>; el tercer requisito implica que la transferencia se haga a una persona idónea para garantizar los niveles de riesgo de la fuente de peligro<sup>141</sup>; y, como cuarto y último requisito, está el de la asunción efectiva de la competencia por parte del sujeto de atrás, para así liberar al sujeto delegante<sup>142</sup>. Añade que la aceptación de la delegación no tiene que ser explícita o revestir una forma determinada, sino que basta con la realización de cualquier actividad que permita deducir inequívocamente que se ha asumido la posición de control sobre la fuente de peligro<sup>143</sup>.

La segunda forma de transferencia a la que se refiere SÁNCHEZ LÁZARO es la transferencia mediante coacción<sup>144</sup>. En estos supuestos, según el autor, más que transferencia, se da una *usurpación de competencia*, donde “el hombre de detrás, mediante violencia, intimidación o la creación de una situación de necesidad, anula la competencia que ostenta el hombre de delante, transformándolo en un mero poseedor

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 256. En este sentido explica que no es preciso que la transferencia de la competencia esté permitida por normas administrativas o reglas técnicas del ámbito donde se relacionan los intervinientes, sino que simplemente deben concurrir determinadas circunstancias que les permitan mantener la fuente de peligro dentro de los límites del riesgo permitido (256 s.).

<sup>140</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 260.

<sup>141</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 262. Advierte de que el elemento para la determinación de la idoneidad del delegado no será la “tenencia o presunción de un título o licencia, sino de determinada formación, conocimientos o capacidades que habilitan al hombre de detrás a maniobrar con la fuente de peligro dentro de los límites de riesgo tolerado” (265). Señala, además, que es en el ámbito de este tercer requisito donde debe analizarse la problemática de menores de edad e inimputables, pues su condición puede desaconsejar o incluso impedir el acceso a la competencia sobre una fuente de peligro (265), y explica que, dependiendo de la actividad a realizar, se podrá determinar si la transferencia de la competencia se ha realizado dentro del riesgo permitido (266), es decir, “la idoneidad o inidoneidad de estas personas para acceder a la competencia sobre una fuente de peligro dependerá de la fuente de peligro de que se trate” (266).

<sup>142</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 268. Aclara que este requisito no es autónomo en los supuestos en que la transferencia está institucionalizada, reglamentada por normas o por el plan de trabajo, porque en estos supuestos “el desempeño del cargo supone la asunción de las responsabilidades y tareas que el mismo conlleva”. Por eso, si el delegado no asume la posición normativa que le transfiere el sujeto de delante, ello no grava a este último, pues está amparado por el principio de confianza (268).

<sup>143</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 269.

<sup>144</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 278 ss.

fáctico (...), y se obliga personalmente frente a la fuente de peligro”<sup>145</sup>. Esta segunda forma de transferencia exige dos requisitos: en primer lugar, agresión sobre el sujeto de delante, entendiendo la agresión en sentido amplio, como “incidencia violenta”; el segundo requisito consiste en que esa agresión del sujeto de atrás exonere de responsabilidad al de delante por la realización de los riesgos generados por la fuente de peligro<sup>146</sup>. Para SÁNCHEZ LÁZARO, cuando la exención de responsabilidad es solo parcial, se tratará de un supuesto de coautoría, porque la intervención del sujeto de atrás, aunque fundamenta su competencia, no excluye la del sujeto de delante<sup>147</sup>.

2. La segunda forma de manifestación de la autoría mediata, para SÁNCHEZ LÁZARO, es la transferencia de la disponibilidad fáctica sobre la fuente de peligro<sup>148</sup>. En estos supuestos, explica, la competencia permanece en el sujeto de atrás, y lo que se transfiere es la disponibilidad fáctica sobre la fuente de peligro, desde el sujeto de atrás hacia el sujeto de delante<sup>149</sup>. Como requisitos de esta segunda forma de manifestación de la autoría mediata, SÁNCHEZ LÁZARO menciona los siguientes: en primer lugar, la competencia del sujeto de atrás. Señala que, para encontrar quién es la persona competente, puede identificarse inicialmente la fuente de peligro y “seguir su curso” hasta encontrar a quién le corresponde garantizar los niveles de riesgo de dicha fuente<sup>150</sup>, si bien reconoce que esta tarea no siempre es fácil. El segundo requisito, que en realidad se desdobra en dos requisitos típicos, es el de la transferencia de la disponibilidad fáctica sobre la fuente de peligro al sujeto de delante, y que dicha disponibilidad sea insuficiente para fundamentar la competencia del sujeto de delante<sup>151</sup>. Explica que, si la transferencia de la disponibilidad fáctica determina competencia tanto para el sujeto de delante como para el de atrás, se tratará de un supuesto de coautoría<sup>152</sup>.

---

<sup>145</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 278 s.

<sup>146</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 278 s.

<sup>147</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 278 s.

<sup>148</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 286 ss.

<sup>149</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 287.

<sup>150</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 288.

<sup>151</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 291 ss.

<sup>152</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 292.



Ahora bien, una vez expuestas, a grandes rasgos, algunas de las propuestas fuertemente normativizadoras en el ámbito de la autoría mediata, cabe hacer dos comentarios críticos: en primer lugar, si también en la autoría mediata el fundamento es el de la competencia, en detrimento del dominio, se pueden trasladar aquí las críticas que ya en su momento expuse en cuanto al concepto de autor que se deriva de estas propuestas<sup>153</sup>. Hago hincapié en que, a partir del fundamento fuertemente normativizador, y del rechazo de criterios “naturalísticos”, estas propuestas, también en el ámbito de la autoría mediata, terminan alejándose del concepto de realización típica, que debería orientar todas las reflexiones sobre la autoría, si se quiere ser respetuoso con el principio de legalidad.

En segundo lugar, y ya en atención a las propuestas específicas para la autoría mediata, albergó muchísimas dudas sobre la posibilidad (no me quedan dudas, en cambio, sobre la inconveniencia) de desprender de todo elemento “naturalístico” los criterios que estos autores proponen para establecer la competencia sobre la fuente del riesgo. Así, en la tesis de JAKOBS, y solo a título de ejemplo, ¿cómo analizar la creación de un riesgo especial de que surja el defecto, a partir de amenazas, violencia o mentiras, sin atender a elementos “estrictamente naturalísticos” como los que estos autores rechazan? O, en la tesis de SÁNCHEZ LÁZARO, ¿cómo desprender de estos elementos el análisis de una situación de violencia, intimidación, la creación de una situación de necesidad, o –en la aceptación de la delegación–, la existencia de una actividad que permita deducir inequívocamente que se ha asumido la posición de control? Todo esto, en mi criterio, confirma la idea de que, en el análisis de cualquier forma de autoría, deberán concurrir elementos fácticos o naturalísticos, sin perder nunca de vista, por supuesto, el concepto de realización típica, que implica, necesariamente, la referencia a la norma.

---

<sup>153</sup> Cfr. Capítulo II, 3. E) b.

## D) Fundamento de la autoría mediata desde la determinación objetiva y positiva del hecho

### a. Generalidades

A grandes rasgos puede afirmarse que, para la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, la autoría mediata se configura cuando un sujeto determina la conducta del instrumento y, a través de ese instrumento, determina el hecho. Para que esto suceda será necesario que la conducta del instrumento, determinada por otra persona, a su vez determine objetivamente el hecho<sup>154</sup>. Si no se da esto último, el sujeto de atrás estaría determinando un favorecimiento del hecho por parte del instrumento, y su conducta sería, entonces, de participación mediata a través de un instrumento-partícipe<sup>155</sup>.

En este sentido, para comprobar la existencia de un supuesto de autoría mediata, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>156</sup> propone una serie de pasos o fases<sup>157</sup> que deberán verificarse. La primera de las fases a las que se refiere consiste en comprobar “si se da precisamente el fundamento material que permita afirmar que un sujeto realiza una acción (la que sea) a través de otra persona (...)”<sup>158</sup>; con ello, explica, ya se contaría con la estructura de una *intervención* mediata<sup>159</sup>. Hecha esta comprobación, habrá que establecer si la acción que realizan los dos sujetos, uno de forma inmediata y el otro mediata, coincide con la descrita en el tipo, o con la descrita en los preceptos que regulan la participación, “es decir, se comprueba si esa acción, como proceso puramente objetivo, fáctico, es capaz de lesionar o poner en peligro directamente el bien jurídico protegido en el tipo, o, si se prefiere, si esa acción, en su configuración objetiva, es la que el tipo quiere prohibir”<sup>160</sup>. Si sucede esto último, ya se cuenta con un elemento de la autoría, presente en quien actúa de manera inmediata y en el que lo hace a través de

---

<sup>154</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 220 s.

<sup>155</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 221.

<sup>156</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 521 ss.; *DoPC I (2001)*, 30 s.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 161 s.

<sup>157</sup> También se refiere a estas fases, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: *EPCr 38 (2018)*, 148 s. n.21.

<sup>158</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 521.

<sup>159</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 522.

<sup>160</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 522 s.

este. Como tercer paso, será necesario comprobar que concurren los elementos personales o subjetivos de la autoría<sup>161</sup>. Y, por último, deberá verificarse que en cada sujeto concurren los demás elementos del injusto, incluidos los elementos subjetivos<sup>162</sup>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO expone también que, normalmente, cuando se estudia la autoría mediata, se ofrecen una serie de criterios materiales (coacción, creación o aprovechamiento de error, inimputabilidad del instrumento, etc.) que en realidad por sí solos no explican la autoría mediata, no explican la determinación objetiva y positiva del hecho, sino cuándo estructuralmente un sujeto realiza una acción a través de otro del que se sirve como instrumento. Lo anterior sería parte del fundamento de la autoría mediata, pero también de la participación mediata<sup>163</sup>. Por eso insiste en que, si se dan esos criterios a los que ha hecho referencia, lo importante para determinar si hay autoría o participación mediata es “si la acción del instrumento es a su vez objetivamente de autoría (aunque por la falta de otros elementos del tipo no pudiera, en ocasiones, considerársele autor en sentido penal), o sea determina objetiva y positivamente el hecho. O de participación (independientemente también de si, por faltar algún elemento genérico del tipo, por ejemplo el dolo, no se le puede considerar partícipe penalmente relevante)”<sup>164</sup>. De ahí deriva la importancia de atender a la actuación del instrumento, lo que normalmente no suele ponerse de relieve por la doctrina<sup>165</sup>.

### b. Críticas

El fundamento de la autoría mediata a partir de la determinación objetiva y positiva del hecho ha sido objeto de varias críticas, de las cuales destaco las siguientes:

---

<sup>161</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 523.

<sup>162</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 523.

<sup>163</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 646. En sentido similar, BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 158 n. 45 expone que “a través de otro también se pueden realizar tipos de participación, con lo que el que nos encontremos ante una autoría mediata o una participación mediata dependerá del tipo de conducta que lleve a cabo el instrumento”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 138 n. 6.

<sup>164</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 646.

<sup>165</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 646 s. Comparte esta última apreciación, también, BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 167 n. 65.

En primer lugar, HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>166</sup> considera que se trata de una concepción muy restringida de la autoría mediata, que resulta incompatible “con la de autoría como realización del tipo, pues si previamente se afirma que la autoría pertenece al tipo y si autor es el que realiza el tipo, bastando con realizar la acción típica nuclear, y si la falta de dolo o de imprudencia excluye el tipo, ¿cómo puede existir un autor inmediato de una acción no típica?”. Considero que este autor parte de un entendimiento errado de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, y confunde, en este punto, los conceptos de acción típica y de tipo penal. La autoría pertenece al tipo, pero *no lo agota*, es uno de sus elementos, y por eso la tipicidad de la conducta no es lo mismo que la realización de la acción típica nuclear, sino que es eso *más la realización de los demás elementos del tipo* (objetivo y subjetivo). En ningún momento afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que exista un autor inmediato de una acción no típica; la acción es típica en cuanto es la descrita en el tipo penal. Lo que sí puede existir es un autor inmediato de una acción típica nuclear cuya conducta, sin embargo, no cumple con los restantes elementos del tipo penal y, por ende, no es típica. Se trataría, entonces, de un autor en sentido material, pero no en sentido penal<sup>167</sup>.

También para HERNÁNDEZ PLASENCIA, el punto de vista de la determinación objetiva y positiva del hecho hace difícil distinguir si se da un supuesto de autoría mediata o de inducción, pues el inducido realiza también una acción de autoría, una acción que determina objetiva y positivamente el hecho. Sostiene que, para saber si un sujeto es instrumento de otro, no bastará con atender solo a la actividad de este, sino que es necesario “contrastar las posiciones de todos los intervinientes en el delito” y conocer los requisitos de la instrumentalización<sup>168</sup>. Una vez más, considero que este autor realiza una interpretación incorrecta de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Esta no desconoce la necesidad de atender a la relación de instrumentalización, y precisamente es uno de los pasos en el análisis que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

---

<sup>166</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 39.

<sup>167</sup> Por ejemplo, A mata a B (realiza la acción típica nuclear del tipo de homicidio) pero actúa bajo un error de tipo invencible (aunque realiza la acción típica nuclear, su conducta no es típica por ausencia de dolo. A no realiza el tipo de homicidio, pues este no se restringe a la acción de matar a otro, el tipo subjetivo exige, además, el dolo). Esta parece ser la diferencia que plantea RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 462, entre autor y sujeto activo: el sujeto activo es “el sujeto de la acción, con independencia de que sea o no responsable del delito”; los autores, en cambio, son una de las categorías de los que responden penalmente por los delitos y faltas. Creo que, también ese sujeto activo, podría identificarse con el “autor en el sentido lógico-gramatical”, a que se refiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 144 ss., 149.

<sup>168</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 128 s.

Ahora bien, lo cierto es que no basta con esa instrumentalización para que se dé la autoría mediata, porque también el instrumento puede realizar una conducta de participación y no de autoría; la participación mediata también exige el requisito de la instrumentalización, y de ahí la necesidad de atender a la conducta del instrumento para establecer si la misma determina objetiva y positivamente el hecho, puede ser considerada como autoría<sup>169</sup> y, por ende, se trata de un supuesto de autoría mediata y no de participación mediata.

Por su parte, SÁNCHEZ LÁZARO sostiene que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no logra fundamentar la condición de autor en la persona de atrás, porque “el momento objetivo al que estos penalistas vinculan las razones de merecimiento y necesidad de pena se vuelve valorativamente neutral en esta forma de manifestación de la autoría, dado que quien ocupa tal posición objetiva es el instrumento”<sup>170</sup>. Para este autor, lo problemático es que el instrumento, aunque es el último que determina objetiva y positivamente la producción del resultado, en la mayoría de supuestos ni siquiera infringe una norma penal: “por tanto, si no concurre dolo o imprudencia, difícilmente se puede hablar de merecimiento y necesidad de pena por su parte”<sup>171</sup>. Concluye su crítica afirmando que el significado normativo de los momentos naturalísticos sobre los que se basan estos criterios, además de carecer de constancia, en algunos casos ni siquiera existe. Así, agrega, “si en determinados supuestos de hecho el control de la fuente de peligro no fundamenta ningún tipo de responsabilidad delictiva, entonces es falso que quien ocupe tal lugar en el proceso lesivo realice la conducta que la norma tiene mayor urgencia en evitar”<sup>172</sup>.

En mi criterio, lo que SÁNCHEZ LÁZARO olvida con su crítica es el propio fundamento de la autoría mediata, esto es, el realizar el hecho a través de otro, pues ello supone que ese otro realice la conducta típica de manera inmediata. Si no existe esa acción del instrumento, que determina objetiva y positivamente el hecho, resulta imposible que el sujeto de atrás realice dicha acción *a través de otro*. Además, parece que también este autor *confunde autoría con responsabilidad penal*, y de ahí el rechazo

---

<sup>169</sup> En sentido similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 31.

<sup>170</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 99.

<sup>171</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 100.

<sup>172</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 101.

a muchas de las conclusiones a las que llega la determinación objetiva y positiva del hecho.

Por último, DÍEZ RIPOLLÉS<sup>173</sup> considera que la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho lleva a que el criterio material del control pierda, en la autoría mediata, su “*virtualidad cofundamentadora* del concepto de autor”<sup>174</sup>. Lo anterior lo sustenta en que en la autoría mediata, el dominio objetivo positivo se predica ante todo del instrumento y no del sujeto de atrás, pues este aunque se afirma que posee dicho dominio de manera derivada, “adquiere su peculiar caracterización de injusto a partir de una referencia material que poco tiene que ver con el aspecto de control común a las restantes clases de autoría, a saber, su *actuación a través de otro*”<sup>175</sup>. Añade que, en realidad, esta teoría sustituye en la autoría mediata el aspecto del control por el aspecto del acceso, pasando por alto, según él, que cuando el autor mediato instrumentaliza al intermediario, pasa a controlar el suceso. En este sentido afirma que “si la persona de atrás no priva del control al instrumento, este no es tal”<sup>176</sup>. También encuentra en esta teoría un “grave problema de *legitimidad del castigo* como autor” del sujeto de atrás. Lo anterior lo explica porque, según él, si el dominio de este sujeto es derivado del dominio del instrumento, “sin que aquel aporte nada nuevo a tal dominio”, no habría argumento para calificarlo como autor, pues dicha calificación solo se justificaría si el sujeto de atrás añadiera al dominio de la autoría algo que el instrumento no pudiera aportar<sup>177</sup>.

Concluye este punto con la idea de que no es posible hablar de instrumento cuando esa persona cumple con los requisitos de tipicidad y antijuridicidad del delito de que se trate, aun cuando su conducta no pueda ser calificada como culpable o punible, y señala, en esta misma línea, que si el pretendido instrumento realiza el injusto típico, entonces mantiene el control y el acceso al tipo, y es autor a todos los efectos<sup>178</sup>. Con ello, DÍEZ RIPOLLÉS rechaza, entonces, los supuestos de “autor tras el autor”, y

---

<sup>173</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 46 ss.

<sup>174</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 46.

<sup>175</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 46.

<sup>176</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 46.

<sup>177</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 47.

<sup>178</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 49.

considera que estos serán supuestos de inducción, cooperación necesaria, o eventualmente coautoría<sup>179</sup>.

Con respecto a esta crítica de DÍEZ RIPOLLÉS, considero que, como en los otros dos casos, también este autor confunde dos planos: que alguien determine objetiva y positivamente el hecho no lo convierte, *per se*, en autor penalmente responsable, o en autor en sentido penal. A ello puede añadirse que, cuando DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que el sujeto de atrás no aporta nada nuevo al dominio, olvida la primera de las fases que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en su análisis, esto es, el fundamento material de la *instrumentalización*, que es el que permite hablar de que un sujeto realiza una acción a través de otro. Por último, a diferencia de DÍEZ RIPOLLÉS, considero que sí es posible seguir hablando de un instrumento, aunque este también responda penalmente, pues se tratará, en todo caso, de una responsabilidad menor o atenuada con respecto a la del autor mediato. A esto haré referencia con mayor profundidad en el apartado siguiente, donde exploro los distintos supuestos de autoría mediata, y el fundamento del que parten.

### **3. GRUPOS DE SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA A PARTIR DEL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN**

Como advertí anteriormente, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho plantea una serie de pasos o etapas que deben concurrir para que pueda darse la autoría mediata. La primera de estas etapas exige hallar el fundamento material que permita afirmar que un sujeto realiza una acción a través de otro, es decir, el fundamento de la *instrumentalización*, como requisito necesario (no suficiente) para que se configure dicha forma de autoría.

Aquí me detendré, en primer lugar, en dos de estos fundamentos, para derivar de ellos los distintos supuestos de autoría mediata que pueden presentarse. Estos fundamentos son la falta de voluntad libre del instrumento, y el único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás<sup>180</sup>. Y menciono, simplemente, el fundamento

---

<sup>179</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 50.

<sup>180</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 162 ss. Se refieren de manera similar a estos fundamentos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 5<sup>a</sup>, 1999, 749, quienes

de la “incapacidad o anormal capacidad de comprender la ilicitud del hecho o motivarse según esa comprensión”<sup>181</sup>, del que se derivan los supuestos de autoría mediata por utilización de inimputables; supuestos que no resultan tan relevantes para el tema de investigación que me he propuesto, y por eso no profundizo en ellos. Luego me detendré en la discusión sobre la posibilidad de que se configure o no la autoría mediata imprudente, frente a lo cual –anticipo– daré una respuesta positiva; y, finalmente, haré referencia a la figura del autor tras el autor –que podrá configurarse en varios de los supuestos analizados–, y a las condiciones que considero deben concurrir para su admisibilidad, sin perder de vista el referente necesario de la instrumentalización.

### **A) Supuestos de autoría mediata derivados de la falta de voluntad libre del instrumento**

Dentro de este grupo de supuestos que se derivan del fundamento de la falta de voluntad libre del instrumento se encuentran los casos de “*utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento*”<sup>182</sup>. En estos supuestos, el sujeto de atrás “fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una

---

consideran que la diferencia entre el autor mediato y el partícipe es la *instrumentalización* del ejecutor, que se genera en virtud del error o del empleo de la violencia física o moral; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 207, quien señala que “el dominio del autor mediato sobre el instrumento puede ser un dominio basado bien en el superior conocimiento del primero bien en el déficit de voluntad del segundo pese al conocimiento”; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 138, 160, señalan que el fundamento de la autoría mediata es el mismo de la directa (138), y que la autoría mediata puede basarse o en el superior conocimiento del autor mediato, o en un déficit de la voluntad del instrumento, aunque conozca; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 391, se refiere a dos clases de supuestos: 1. cuando el realizador material actúa sin libertad o sin conocimiento, y esto lo ha provocado o es aprovechado por el sujeto de atrás; 2. Cuando el realizador material no puede con su actuación realizar el tipo pero sí permitir que el sujeto de atrás lesione el bien jurídico. Para este autor, cualquiera de estos dos supuestos determina un “especial protagonismo fáctico o normativo de la intervención de la persona de atrás”. En general, sobre los distintos grupos de supuestos de autoría mediata, puede verse, también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 488 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 48 ss., 270 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 138 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 48 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 134 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 369 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 250 ss.; STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 319 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 463 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 203 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 392 ss.; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 269 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 203 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 157 ss.

<sup>181</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 41; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 166.

<sup>182</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 31 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 162. La cursiva es mía.



determinada conducta”<sup>183</sup>. Como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para que se configure la autoría mediata, deberá existir en estos casos una verdadera coacción<sup>184</sup> o intimidación, que generalmente dará lugar a que el instrumento actúe en estado de necesidad o en virtud de miedo insuperable<sup>185</sup>.

En este sentido, y para establecer si la coacción o amenaza sobre el ejecutor inmediato configura un supuesto de autoría mediata (o de inducción), GÓMEZ RIVERO<sup>186</sup> advierte de que es necesario realizar una valoración individualizada de la incidencia que la amenaza tuvo en el destinatario y de la limitación de su libertad de decisión. No obstante, formula una regla genérica para casos extremos: “la calificación como instrumento del autor cuando el mal constitutivo de la amenaza le haya situado en una

---

<sup>183</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 32; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 162.

<sup>184</sup> Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 142 ss. Como ya advertí al analizar los supuestos de autoría mediata que desarrolla Roxin, para este autor solo habrá dominio de la voluntad en virtud de coacción cuando el ordenamiento exonere de responsabilidad penal al ejecutor (estado de necesidad exculpante). En contra de esta posición, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, 123 ss., quien incluye a los supuestos de dominio de la voluntad en virtud de coacción dentro de los casos límite de las causas de exculpación. Para este autor, la autoría mediata también se extiende a los supuestos de ejecutor inmediato no disculpado cuando, materialmente, su posición se asimila a la de la utilización de un ejecutor inmediato exculpado. También, en España, es crítica con la tesis de Roxin FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 80 ss., quien se pregunta: “Si se ha procedido a un análisis fáctico-fenomenológico en los supuestos de error, especialmente en los de error de prohibición vencible, y en los de aparatos de poder, ¿por qué no hacer lo mismo con los casos de coacción?” (80). Añade que, desde su punto de vista, “el tradicional mantenimiento del ‘principio de responsabilidad’ en las hipótesis de instrumentalización por la vía de la coacción ha llevado a este sector a cerrar los ojos ante la evidente vinculación que en estos casos de error sobre una causa de inculpabilidad (sea el estado de necesidad o el miedo insuperable) existe con la coacción” (81). No le parece coherente, en consecuencia, que Roxin “por un lado, no dude en calificar también de instrumento a quien le falta el conocimiento sobre la reprochabilidad de su acción (...), y de autor mediato a quien se sirve del mismo para la realización de sus planes criminales, ‘en virtud de su conocimiento más amplio’ y, por otro lado, siga exigiendo la satisfacción del ‘principio de responsabilidad’ para los casos de coacción” (82). Para esta autora, no puede excluirse desde un principio la posibilidad de autoría mediata en los supuestos de provocación coactiva de una causa de inculpabilidad incompleta (83).

<sup>185</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 162. En este sentido, por ejemplo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 194, sostiene que “si el legislador está reconociendo que la persona de delante obra con falta de libertad, ello nos proporcionará el presupuesto necesario para que dicha persona llegue a convertirse en instrumento al servicio de la persona de atrás”. Rechazan expresamente la posibilidad de una autoría mediata en virtud de coacción, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 397 s., quien, en cuanto a la admisibilidad de la autoría mediata a través de instrumento que obra bajo coacción, señala que encuentra un importante obstáculo, toda vez que el instrumento actúa con dolo (397), aunque admite que la doctrina dominante sí acepta esa posibilidad (397 s.). Considera, además, que en este supuesto carece de relevancia práctica admitir o no la autoría mediata, debido a la equiparación punitiva entre autor mediato e inductor (398); *PG*, 2010, 1032; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 353, no acepta, en general, la autoría mediata cuando el instrumento es del todo consciente pero inimputable o exculpable. Señala que, en esos supuestos, el delito tiene un sujeto activo que no alcanza a ser autor penalmente responsable, y el instigador del inimputable o del exculpable será punible como inductor.

<sup>186</sup> GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 246 s.

situación de estado de necesidad excluyente de su responsabilidad”<sup>187</sup>, y la calificación de inducción “cuando el mal amenazado sólo represente la frustración de una expectativa, el cese de una ventaja o interés personal cuyo deseo de mantenimiento o recuperación actúa sólo como un incentivo para decidirse a delinquir”<sup>188</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no bastará, entonces, con una mera influencia en la voluntad del sujeto que actúa delante, para que se configure la autoría mediata. Por eso DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>189</sup> sostiene que algunos supuestos resultan dudosos. Tal es el caso, por ejemplo, del jefe de la banda de delincuentes, que no utiliza coacción o amenazas para hacer cumplir sus órdenes, sino que se limita a organizar la comisión del delito a partir de instrucciones que los demás cumplen. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>190</sup> se inclina a considerar que en estos supuestos no existe autoría mediata, salvo que se trate de casos en los que hay relaciones de dependencia patológica, lo que ya nos situaría en el ámbito de la autoría mediata por utilización de inimputables. Sostiene que, en general, estos supuestos dudosos configuran casos de inducción.

## **B) Supuestos de autoría mediata derivados del único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás**

En este segundo grupo de supuestos, el fundamento de la autoría mediata radica en que “el sujeto de atrás domina (o determina, o domina en mayor grado que el que

---

<sup>187</sup> GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 246. Por su parte, OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 611, establece una regla similar, referida a la apreciación o no de la eximente de miedo insuperable. Así, explica, “donde, a consecuencia del ejercicio inmediato de una vis compulsiva o de los efectos intimidatorios de una vis física, pueda apreciarse en el ejecutor la eximente completa del artículo 20.6.º, estaremos en presencia de una autoría mediata con independencia de que el sujeto sea imputable y actúe dolosamente. (...) Pero sí, de acuerdo con las circunstancias del caso, tan solo resultara de aplicación la eximente incompleta de miedo, el hombre de atrás sólo podría ser responsable por una inducción, puesto que la atribución de responsabilidad al autor inmediato indica precisamente la ‘exigibilidad’ que el ordenamiento hace de un comportamiento distinto al desarrollado”. En sentido similar se pronuncia BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 291, quien señala que “la provocación de situaciones de estado de necesidad coactivo en sentido estricto, *de las que dan lugar a la exculpación del autor inmediato* (vía estado de necesidad agresivo o exculpante o vía miedo insuperable), otorga al hombre de detrás el dominio del riesgo, aunque no lo vaya a ejercer de forma exclusiva” (cursivas mías).

<sup>188</sup> GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 246 s.

<sup>189</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 33; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 163.

<sup>190</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 33; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 163.

actúa inmediatamente) la situación<sup>191</sup> por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento, con la consiguiente desaparición o disminución de factores de inhibición de su conducta”<sup>192</sup>. De este fundamento se derivan, por consiguiente, los *supuestos de creación o aprovechamiento de un error del instrumento*.

En primer lugar, cabe referirse a los supuestos en que el instrumento incurre en un error de tipo, tanto invencible como vencible. Aunque podría resultar más evidente la autoría mediata en el supuesto de error de tipo invencible, también esta se configura cuando se trata de un error vencible<sup>193</sup>. Así, si la imprudencia es inconsciente, la situación será muy similar a la del error de tipo invencible, porque solo el sujeto de atrás “ve” la situación; y cuando la imprudencia es consciente, si bien podrían plantearse más dudas, el instrumento, al confiar en la no realización del peligro, tiene menos motivos para inhibirse de la realización del hecho que el sujeto de atrás<sup>194</sup>.

En segundo lugar se encuentran los supuestos de error de prohibición en el instrumento. Frente al error de prohibición invencible, la autoría mediata suele admitirse

---

<sup>191</sup> Parece no estar de acuerdo con esta idea MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 393, quien sostiene que el control efectivo “no se da tampoco en casos tan indiscutidos como el de utilización de un instrumento que sólo actúa sin conocimiento. Así, en el ejemplo del que echa veneno en la bebida que ha de servir alguien que desconoce tal circunstancia, la persona de atrás no ejerce ninguna influencia sobre el instrumento, que en realidad no actúa *dominado* por el primero. Nada le impediría, por ejemplo, dejar de servir la bebida (por la razón que fuera). Si no es autor no es porque esté dominado por la persona de atrás, sino porque, por su falta de conocimiento suficiente del hecho, no se le puede imputar el delito. Sólo esta razón explica, también aquí, que la persona de atrás sea autor y no cooperador, como lo sería si, *haciendo lo mismo* (echar el veneno), el servidor conociera su intervención”. Discrepo con Mir Puig cuando sostiene que el sujeto de atrás no ejerce ninguna influencia sobre el de delante en estos supuestos, pues considero que el hecho de tener el monopolio del conocimiento genera ese dominio o determinación de la situación. Así, si el ejecutor material conoce la situación, la relación entre los dos varía, porque en ese caso el sujeto de atrás no se estaría valiendo del desconocimiento del otro. Pero el hecho de que el sujeto de delante no conozca la situación hace que las razones que tiene para inhibirse sean nulas o insuficientes, pues si tiene el conocimiento ya puede decidir si quiere o no envenenar a alguien. Considero que ese control efectivo al que se refiere Mir Puig lo sigue teniendo quien posee el conocimiento, y por eso cuando el ejecutor material lo posee, ya no puede hablarse de que el sujeto de atrás siga teniéndolo. A ello se añade que, contrario a lo que sostiene Mir Puig, no me parece que sea *hacer lo mismo* echar el veneno sabiendo que quien sirve la bebida conoce la situación, a echar el veneno sabiendo que el otro desconoce la situación y queriendo, por ello, valerse de su desconocimiento.

<sup>192</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 164. Similar en *DoPC I (2001)*, 34.

<sup>193</sup> Que deriva en responsabilidad penal también para el instrumento, siempre y cuando la respectiva conducta se encuentre tipificada en la modalidad imprudente. De ser así, estaríamos frente a un supuesto de autor tras el autor.

<sup>194</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 35; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 164. Como señala este autor, la misma solución deberá seguirse para los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pues se trata de un error de tipo.

ampliamente<sup>195</sup>; sin embargo, hay más resistencia a admitirla en los supuestos de error de prohibición vencible, pues en ellos el ejecutor inmediato siempre responde y, por tanto, se trataría de un supuesto de autor tras el autor, que, como mostraré más adelante, un sector doctrinal es reacio a aceptar<sup>196</sup>. No obstante considero, con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>197</sup>, que si bien la mayoría de estos casos podrían reconducirse a la inducción o cooperación en el hecho del ejecutor inmediato, con algunos matices (supuestos de ceguera ante el Derecho o de “escasa intensidad de la actuación sobre el que obra en error”), estos supuestos configuran autoría mediata, en tanto la posibilidad del ejecutor inmediato de conocer la ilicitud *no niega la realidad de que, efectivamente, no la conoce*<sup>198</sup> y por eso sus razones de inhibición para actuar son menores que las del sujeto de atrás que “con su exclusivo conocimiento, posee un grado superior de dominio del hecho y, sobre todo, domina o dirige al instrumento”<sup>199</sup>. Como sostiene GÓMEZ RIVERO<sup>200</sup>, debido a que el error del autor en estos supuestos “afecta a un factor decisivo de la contemplación penal de su hacer”, el tratamiento de dicho error, tanto vencible como invencible, deberá ser el mismo que el del error de tipo<sup>201</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 36; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 164.

<sup>196</sup> Cfr. *infra*, 3. D).

<sup>197</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 37; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 165. En el mismo sentido, ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25, 37 (= *DP*, *PG*, II, § 25,100 s.)

<sup>198</sup> De ahí la aclaración que hacen MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7<sup>a</sup>, 1989, § 48, 277, quienes advierten de que el enjuiciamiento será diferente en los supuestos de error de prohibición vencible, si es que se atiende de manera exclusiva a su aspecto normativo (*el ejecutor directo debería haber reconocido el ilícito*) y no a su aspecto psicológico (*el ejecutor directo no reconoció el ilícito*).

<sup>199</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 37; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 165. También se refiere al supuesto en que el sujeto de atrás provoca un error sobre el significado concreto de la acción del ejecutor inmediato, y acepta la posibilidad de autoría mediata en estos supuestos, siempre y cuando se trate de un error relevante, que haga disminuir en el ejecutor inmediato sus razones de inhibición.

<sup>200</sup> GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 233.

<sup>201</sup> En sentido similar, MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2<sup>a</sup>, 2015, 369 ss., sostiene que en los supuestos de autoría mediata en virtud de error de tipo o de prohibición, el error podrá ser vencible o invencible, pues el dominio del hecho no se afecta por este carácter vencible o invencible del error. En contra de esta idea se pronuncia OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 605, quien no acepta la autoría mediata en los supuestos de provocación de un error de prohibición vencible, porque el art. 14.3 CP atribuye responsabilidad penal (aunque sea atenuada) al sujeto que yerra y, por ende, “el ordenamiento cuenta con los presupuestos esenciales de una motivación básicamente correcta en el autor”, lo que hace que no sea posible estimar la autoría mediata del sujeto de atrás, al no existir, en esos supuestos, un grado suficiente de instrumentalización. Sostiene que cabría la inducción si se da “una invitación clara y abierta a la realización de la conducta antijurídica y el autor es consciente de la lesividad material de su comportamiento”. Para los supuestos en que no concurre incitación, considera aplicable la cooperación necesaria a un delito doloso.

Me parece importante insistir en que, los dos fundamentos de la autoría mediata a los que he hecho referencia aquí, esto es, la falta de voluntad libre del instrumento y el único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás, generan la *instrumentalización*, que permite hablar de una actuación a través de otro, de una intervención mediata. Ese fundamento de la instrumentalización, unido a las demás fases antes mencionadas, da lugar a la autoría mediata. Si no existe dicha instrumentalización, y estamos frente a un sujeto de delante plenamente libre, consciente y responsable, saldremos, necesariamente, del ámbito de esta forma de autoría.

### C) La discusión sobre la autoría mediata imprudente

En la doctrina se discute sobre la posibilidad de configuración de la autoría mediata en el ámbito de los delitos imprudentes. El principal argumento de rechazo proviene de los defensores de la teoría del dominio del hecho, quienes, como ya se explicó antes<sup>202</sup>, exigen el elemento subjetivo del dolo para que este dominio se configure<sup>203</sup>.

En este sentido, resulta ilustrativa la opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF<sup>204</sup>, quienes consideran que en la autoría imprudente desaparecen todas las formas de autoría que se desprenden de una determinada forma del dominio final del hecho. Así, sostienen, no puede haber coautoría ni autoría mediata, solo existe la autoría individual.

---

<sup>202</sup> V., *supra*, Capítulo II, 3. B) a.

<sup>203</sup> Cfr., al respecto, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 541, quien niega la posibilidad de la autoría mediata imprudente y reitera, en este punto, el concepto unitario de autor en materia de delitos imprudentes; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 150, quien rechaza la posibilidad de autoría mediata imprudente porque “el dominio del hecho mediante el dominio de la voluntad exige el dolo del sujeto”; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, § 48, 251 ss. (= *PG*, II, 1995, § 47, § 48, 321 ss.); CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 218, quien afirma que el dominio del hecho solo puede tenerlo quien actúa dolosamente, y, en este sentido, considera que el sujeto de atrás que actúa imprudentemente carece de los elementos objetivos y subjetivos de tal dominio; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 158 (66) (= *DP*, *PG*, T. II, § 25 nm. 158, 134); CHOCLÁN MONTALVO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 348, afirma que según la doctrina mayoritaria, no cabe autoría mediata imprudente “porque no hay una voluntad final dirigida al resultado y no es posible por ello el dominio del hecho”; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 426, sostiene, también, que el sujeto de atrás debe actuar dolosamente porque, en su opinión, no hay dominio sin dolo; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2ª, 2015, 365, sostiene que a la autoría mediata le es consustancial el dominio del hecho, que para él no puede darse en los delitos imprudentes.

<sup>204</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 47, 251 (= *PG*, II, 1995, § 47, 321).

Aclaran que en el supuesto de pluralidad de colaboradores en un daño culposo de un bien jurídico, solo puede configurarse autoría accesoria imprudente. De todo lo anterior derivan su concepción de autor mediato como el sujeto que “para la ejecución de un hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirva de otro ser humano como instrumento”<sup>205</sup>. En consecuencia, rechazan la autoría mediata imprudente, tanto a un delito doloso como a uno imprudente, pues advierten de que el elemento esencial de la autoría mediata es el dominio del hecho por parte del sujeto de atrás, y este dominio falta en la determinación imprudente de otro a la realización de cualquier hecho punible<sup>206</sup>.

A este argumento derivado de la teoría del dominio del hecho se suma, en España, la idea sostenida por varios autores<sup>207</sup> en el sentido de que la regulación actual de la autoría mediata en el CP español, que utiliza la fórmula “por medio de otro del que se sirven como instrumento”, es incompatible con la autoría mediata imprudente, pues la expresión “servirse” tendría una carga subjetiva que exigiría dolo en el sujeto de atrás.

Con respecto al primero de los argumentos, el derivado de la teoría del dominio del hecho, ya antes<sup>208</sup> me he pronunciado acerca de la inconveniencia de incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, y las muchas dificultades que esto plantea para distinguir entre autores y partícipes en los delitos imprudentes, lo que hace que para estos delitos se desemboque, casi siempre, en un concepto unitario de autor.

Ahora bien, en lo relativo a la fórmula utilizada por el legislador español para regular la autoría mediata, es cierto que la expresión “servirse de” no resulta la más

---

<sup>205</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 48, 258 (= *PG*, II, 1995, § 48, 329).

<sup>206</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, § 48, 258 (= *PG*, II, 1995, § 48, 329). A ello añaden que no es evidente la necesidad de la figura de autoría mediata imprudente, porque si el peligro que crea el sujeto de atrás se realiza a través de la acción de otra persona, de acuerdo con la concepción que sostienen, habría autoría culposa.

<sup>207</sup> Destacan, entre otros, CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 218, quien sostiene que la autoría mediata imprudente sería impune en el CP español porque la fórmula utilizada se refiere a realizar el hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”; y MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2ª, 2015, 365, quien afirma que el “servirse de” que utiliza la fórmula legal solo es compatible con el dolo porque exige la conciencia y voluntad de utilizar a otro.

<sup>208</sup> Cfr., *supra*, Capítulo II, 3. B) b.

afortunada y que, en cambio, pudo haberse usado una expresión más neutral<sup>209</sup>; sin embargo, ello no quiere decir que sea obligada una interpretación subjetiva de aquella expresión<sup>210</sup>. En este sentido, y como propone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>211</sup>, parece no existir obstáculo para la admisión de la autoría mediata imprudente según el tenor literal del art. 28 CP español, pues la expresión utilizada “no encierra una connotación necesariamente dolosa, desde el momento en que en la acepción aquí aplicable del Diccionario de la RAE (acepción 20) ‘servirse de’ (como verbo intransitivo pronominal) significa ‘valerse de una cosa para el uso propio de ella’ (...) y “valerse” (acepción 16) ‘usar algo con tiempo y ocasión, o servirse últimamente de ello (...)’”. A ello añade que las palabras “no tienen connotación subjetiva alguna, de tal manera que la subjetividad tendrá que extraerse necesariamente de su uso en un contexto semántico determinado”.

Más allá de la discusión semántica, me interesa poner de relieve que hace ya medio siglo RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>212</sup> defendía la posibilidad de la autoría mediata imprudente, y han sido muchos los autores que han seguido defendiendo esta idea<sup>213</sup>. Aquel autor planteaba que lo fundamental en la autoría mediata “es la relación *dueño-instrumento*, y esta relación puede subsistir con plena firmeza en los casos en los que el sujeto mediato fracasa respecto a los objetivos finalistamente perseguidos y provoca la

---

<sup>209</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 54. En este sentido, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 61, sostiene que hubiera sido mejor definir al autor mediato como “aquel que realiza el hecho a través de otra persona que obra como instrumento”.

<sup>210</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 61, 334; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 406, aunque considera que ese verbo “implica una cierta intencionalidad en la instrumentalización del hombre de delante”, cree que no es un obstáculo serio para afirmar la autoría mediata en los delitos imprudentes; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, 1999, 72 s., considera que la expresión “servirse de” no tiene un significado subjetivista. Añade que la teoría del dominio del hecho no es la única que puede explicar las formas de autoría, y que la formulación legal de estas es vaga y permite otras interpretaciones; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 54; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 150; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 141 s. n. 12.

<sup>211</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 141 s. n. 12.

<sup>212</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 484.

<sup>213</sup> Defienden expresamente la autoría mediata imprudente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2<sup>a</sup>, 1986, 628; SÁINZ-CANTERO, *Lecciones, PG*, 3<sup>a</sup>, 1990, 807; LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 208 s., 215 ss.; GONZÁLEZ RUS, *CDJ 1994-39*, 114 s.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 334 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 406 n. 86; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 406; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 5<sup>a</sup>, 1999, 751; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, 1999, 71 ss., 108 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 54; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 150; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 530 ss.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 160 s.; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR VIVES, *PG*, 2004, 235; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 237 ss.; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 175 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios, PG*, 2011, 345; Díez RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4<sup>a</sup>, 2016, 372; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 141 s. n. 12.

verificación de un tipo de delito imprudente a través de una persona que se comporta como un simple y fiel instrumento”<sup>214</sup>.

En este sentido, estimo adecuada la caracterización que de la autoría mediata imprudente hace LUZÓN PEÑA<sup>215</sup>, quien sostiene que esta forma de autoría se dará cuando “la conducta del primer agente imprudente puede determinar objetivamente la acción de otro que a su vez determine la producción del resultado, porque la segunda acción suponga una consecuencia necesaria o que deba esperarse con seguridad de la primera o porque no se base en una decisión libre, responsable y consciente; es decir, porque en caso de dolo la primera acción habría determinado y además dominado finalmente la segunda y, con ello, el suceso”.

También LUZÓN PEÑA pone de relieve un aspecto que considero de la mayor importancia. Afirma que en algunos supuestos, las figuras de coautoría imprudente y, sobre todo, autoría mediata imprudente, pueden desplazar lo que en un primer momento parecerían actos de participación imprudente en la autoría ajena de un hecho imprudente. Se trata de supuestos en los que, “el primer actuante se limita a provocar o incitar por error o negligentemente a un segundo a que lleve a cabo una acción defectuosa (y cuyo carácter debiera haber reconocido y evitado este segundo), que directamente o a su vez mediatamente determina el curso causal productor del resultado”<sup>216</sup>. Y aclara que no solo puede haber autoría mediata imprudente del primer actuante cuando fuerza o provoca la falta de responsabilidad del segundo actuante, sino también en los supuestos en que el primer actuante, que tiene una especial obligación o competencia, o posición de superioridad, con su conducta negligente provoca el error o supone presión u orden para el ejecutor que, al mismo tiempo, omite la diligencia debida<sup>217</sup>.

En este punto, LUZÓN PEÑA pone el siguiente ejemplo, que destaco por su relación con el tema de esta investigación: un ingeniero industrial diseña una máquina con fallos en el sistema de funcionamiento, que hacen peligrosa su puesta en marcha posterior. Aunque estos defectos tendrían que haber sido reconocidos por los mecánicos

---

<sup>214</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 484.

<sup>215</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 208 s.

<sup>216</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 216.

<sup>217</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 215 s.



cualificados que realizaron el montaje, estos no lo notan porque confían en la competencia del ingeniero, o no se atreven a manifestar sus dudas porque se sienten presionados y confían, finalmente, en que no va a pasar nada. Los mecánicos efectúan el montaje de la máquina, y cuando esta entra en funcionamiento, provoca un accidente. Para LUZÓN PEÑA, en estos supuestos sería incorrecto calificar la conducta del primer actuante como de cooperación o incitación imprudente, y entra en juego su responsabilidad por autoría mediata imprudente<sup>218</sup>.

#### **D) La discusión sobre la figura del autor tras el autor**

Quiero referirme en este punto a la figura del autor tras el autor porque, como ya se evidenció en los supuestos planteados hasta aquí, habrá casos (por ejemplo, cuando el instrumento actúa en error de tipo o de prohibición vencibles) en los que, tanto el autor mediato como el inmediato responderán penalmente como autores, si bien, a mi juicio, esto solo puede darse en los eventos en que la responsabilidad penal de este último sea atenuada con respecto a la del autor mediato, que será plena.

No desconozco, sin embargo, que en la doctrina se ha discutido el verdadero alcance de la figura del autor tras el autor. En este sentido, y como pone de relieve FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>219</sup>, para un sector de la doctrina, por ejemplo, el término incluye todos los supuestos en que el ejecutor es responsable, sea con responsabilidad atenuada o plena, mientras que otro sector de la doctrina reserva el concepto únicamente para los casos en que el ejecutor actúa con plena responsabilidad. La autora explica que, si se es riguroso, y se parte de que la ubicación correcta del concepto de autor es el tipo, el término de “autor tras el autor” tendría que emplearse en todos los supuestos en que el ejecutor realiza una conducta típica, aunque no sea antijurídica. Esta última situación la

---

<sup>218</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 217. También se refiere a la tesis de LUZÓN PEÑA, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 546 s. Como requisitos de la autoría mediata imprudente, esta autora señala los siguientes: “a) Una relación de instrumentalización que implique una subordinación del sujeto de delante frente al sujeto de atrás, originado (sic) normalmente por una carencia o un déficit existente en la conformación del hecho propio (...); b) ... una situación de preponderancia o superioridad en el sujeto de atrás, causada por la existencia de miedo, coacción, error o la situación de inimputabilidad en la que se encuentra el sujeto de delante; c) que el sujeto de delante determine el hecho, ya que de lo contrario en ningún caso el sujeto de atrás puede llegar a ser autor” (550 s.).

<sup>219</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 86 s.

advertía ya HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>220</sup>, al explicar que la expresión “autor detrás del autor” resulta inexacta, pues también hay un supuesto de autor detrás del autor cuando el instrumento actúa sólo típicamente<sup>221</sup>. Ello lo llevó a considerar que debería cambiarse la terminología y, en su lugar, referirse al “autor detrás de autor responsable” para aludir a los supuestos en que tanto el autor mediato como el instrumento responden penalmente. Para que la discusión dogmática tenga alguna relevancia, aquí parto de la idea de entender que la expresión “autor tras el autor” solo abarca los supuestos en que tanto el autor mediato como el ejecutor son responsables penalmente.

Esto último conduce a establecer una diferencia que considero útil para asumir una posición con respecto al uso de la expresión de “autor tras el autor”. Esta diferencia la plantea, también, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, para quien resulta esencial matizar la distinción entre autor “*plenamente responsable*” y autor “*penalmente responsable*”. De este modo señala que, “quien niegue la calificación de autor mediato cuando el ejecutor sea ‘plenamente responsable’, no debería cerrar las puertas a castigar al hombre de atrás de tal modo cuando el de delante actúa con responsabilidad atenuada”<sup>222</sup>. En cambio, agrega, si lo que impide que haya autoría mediata es simplemente que el ejecutor sea penalmente responsable, se tendría que negar la autoría mediata, por ejemplo, en los supuestos de error de prohibición vencible<sup>223</sup>.

Una vez esbozada esa distinción, mi posición se ajustaría a la primera posibilidad planteada por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, esto es, considerar factibles dogmáticamente los supuestos de autor tras el autor cuando el ejecutor inmediato es *penalmente responsable*, pero no cuando el ejecutor es *plenamente responsable*<sup>224</sup> y tiene el mismo nivel de libertad y conocimiento que el sujeto de atrás, pues justamente esa plena libertad, conocimiento y responsabilidad impide hablar de *instrumentalización*. Cuando ya no puede hablarse de *instrumentalización*, debe

---

<sup>220</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 132 n. 242.

<sup>221</sup> Esta parece ser la concepción que asumen COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 5ª, 1999, 749 n. 43, quienes sostienen que la expresión “autor tras el autor” no debería reservarse para los supuestos en que el instrumento es penado, pues consideran que el instrumento es autor cuando realiza el injusto, con independencia de que su conducta sea punible o no.

<sup>222</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 33.

<sup>223</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 33.

<sup>224</sup> Por su parte, para FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 86 s., la expresión de autor tras el autor deberá reservarse para los supuestos en que el ejecutor sea *plenamente responsable*.

descartarse la posibilidad de intervención mediata, de una actuación a través de otro, y, en consecuencia, ya no podrá configurarse la autoría mediata.

No obstante, insisto, la discusión continúa vigente en la doctrina, y las posiciones se dividen, principalmente, entre aquellos que rechazan de plano la posibilidad de autor tras el autor<sup>225</sup>; quienes la aceptan en todos los supuestos de ejecutor responsable (sea plenamente responsable o no)<sup>226</sup>; quienes la aceptan, pero solo en los supuestos de un ejecutor plenamente responsable<sup>227</sup>; y, por último, los que la aceptan solo cuando la responsabilidad penal del ejecutor inmediato es atenuada con respecto a la del autor mediato<sup>228</sup>, que es la posición que aquí comparto.

---

<sup>225</sup> Cfr., entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 47 ss.; *DP, PG*, 4ª, 2016, 369; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 258, afirma que “si el Derecho impone una sanción al ejecutor inmediato, es porque reconoce que pudo actuar de otra manera, y si esto es así, es porque implícitamente se le atribuye una determinación lo suficientemente libre y autónoma, como para excluir la calificación de un tercero como autor mediato”; RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2ª, 2010, 201, rechaza la autoría mediata con ejecutor directo responsable, y afirma que en esta forma de autoría el instrumento es “‘ciego y sordo’ para cometer un delito”; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 470, quien considera que la autoría mediata se restringe a los supuestos de utilización de un sujeto “que actúa inconsciente de la trascendencia penal de lo que hace”; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 269; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 144, 149 n. 28, 157 ss., 171, 176, 186, 195, 226, quien incluso plantea que “el instrumento no es más que un mero eslabón de la cadena causal porque no solo se trata de un sujeto que será penalmente irresponsable, sino que es utilizado por la persona de atrás de modo equivalente al empleo de un animal o de una fuerza de la naturaleza”, y por eso hace referencia a un “instrumento ciego” (144).

<sup>226</sup> Cfr., entre otros, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, *passim*; *CPC 101-2010*, 37 ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015 (1ª, 1963), 143, 245, 248; *AT*, II, 2003, § 25 nm. 61 s., 94 ss., 110 ss. (29, 41 ss., 48 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 61 s., 94 ss., 110 ss.); *ZStrR I (2007)*, 6 s.; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 456 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 468 s., quien afirma que “estimamos que la circunstancia de que la actuación del ejecutor sea en sí misma plenamente delictiva no excluye necesariamente, en todo caso, la existencia de una autoría mediata” (468 s.). No obstante, este autor advierte de que en estos supuestos solo se admitirá la autoría mediata si se dan los requisitos de la misma, entre esos que “el ejecutor, que se comporta ya ‘por su cuenta’ de manera criminal, esté siendo utilizado al mismo tiempo como involuntario instrumento delictivo por la persona que actúa desde detrás” (469); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, II, 7ª, 1989, 265, 277 s. (= *PG*, II, 7ª, 1994, 338, 354); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 56; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 137 s.; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 396, 400; *PG*, 2010, 1031, 1036; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 267; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 140 n. 4, 161 ss., 171 s.; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 147; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 195 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 404 s.; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, 179 ss.; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP, PG*, 2ª, 2015, 368, quien señala que hay supuestos en que el sujeto de atrás tiene el dominio del hecho pese a que el instrumento también domina la realización del hecho, y no establece ninguna distinción o excepción;

<sup>227</sup> Cfr., como ya advertí, FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 27 s., 84.

<sup>228</sup> Cfr., entre otros, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 532, 540, porque al rechazar la posibilidad de “autor tras el autor”, considera que en estos supuestos en los que se induce a un ejecutor que actúa de manera típica, antijurídica y *plenamente* responsable, el sujeto de atrás sería inductor. Con la referencia a *plenamente* responsable, puede deducirse que en supuestos de responsabilidad del ejecutor, pero no plena, sí lo admite; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 141 s., quien considera que el instrumento no es un autor

#### 4. SUPUESTOS DE AUTORIA MEDIATA EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL

Ya en la primera parte de este capítulo me referí a las posibilidades de configuración de supuestos de autoría mediata en la estructura empresarial, y a los elementos de esa estructura que facilitan dicha forma de autoría (fenómeno de escisión entre acción y decisión, principio de jerarquía, delegación, principio de confianza, utilización de mecanismos de fidelización de empleados). No en vano señalaba que la autoría mediata se ha convertido, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>229</sup>, en la posición reina en la doctrina para el análisis de la responsabilidad penal en el seno de estructuras complejas como la empresa, sobre todo –como también pone de relieve este autor<sup>230</sup>–, a partir de la construcción roxiniana de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder<sup>231</sup>, que también se ha pretendido (no por ROXIN) trasladar al ámbito de la empresa.

Me inclino a pensar que esto último le ha restado protagonismo y relevancia al análisis y a la aplicación, en el ámbito de la responsabilidad penal en la estructura empresarial, de los supuestos “ordinarios” de autoría mediata, derivados de la falta de libertad del instrumento, o del único o mejor conocimiento del sujeto de atrás. Protagonismo que tampoco han tenido en las decisiones jurisprudenciales, que en contadas ocasiones (y, en general, con análisis muy escuetos y débiles –o confusos– en su fundamentación) admiten la configuración de estos supuestos de autoría mediata en la estructura empresarial<sup>232</sup>.

---

plenamente responsable, pero admite la excepción del supuesto de quien actúa como instrumento ejecutor en aparatos organizados de poder; JAKOBS, *AT*, 1991, 632, 644 (= *DP*, *PG*, 1997, 763, 778), aunque con dudas, pues afirma que no puede darse un autor un “autor detrás del autor no plenamente inferior en el dominio de la decisión (dudoso)” (644); en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 116; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 36; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 147, 165; *NFP 71 (2007)*, 135; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 213, considera que “en términos generales cabe afirmar que la autoría mediata no es posible cuando el instrumento actúa de forma *plenamente responsable*” (la cursiva es mía).

<sup>229</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 132.

<sup>230</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *NFP 71 (2007)*, 139.

<sup>231</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 4, se refiere también a la actualidad del debate doctrinal con respecto a esta construcción, y señala que ese debate ha adquirido mayor relevancia con la discusión sobre la posibilidad de extender la figura al ámbito empresarial.

<sup>232</sup> En general son muy escasas las sentencias, ya no solo referidas al ámbito empresarial, en las que se acepta o simplemente se analiza la configuración de un supuesto de autoría mediata. En el rastreo jurisprudencial realizado, de STS y de SAN más recientes, se encontraron las siguientes: STS 46/2014, de

A continuación voy a referirme, en primer lugar, a la aplicación en la estructura empresarial de los supuestos de autoría mediata por provocación o aprovechamiento de un error (supuestos en los que la instrumentalización se fundamenta en el único o mejor conocimiento del sujeto de atrás); en segundo lugar, a los supuestos de autoría mediata en virtud de coacción o procedimientos similares (en los que la instrumentalización se fundamenta en la falta de libertad del instrumento); y, en tercer y último lugar, plantearé una visión crítica frente a los intentos de trasladar al ámbito empresarial la construcción de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

### **A) Supuestos de autoría mediata por creación o aprovechamiento de un error**

Lo primero que cabe resaltar en cuanto a este supuesto de autoría mediata es que será el que con mayor frecuencia se presente en la empresa. Así, como explica MEINI MÉNDEZ<sup>233</sup>, “conforme se desciende por la escalera jerárquica, menos información se poseerá, pero, a cambio, se intervendrá causalmente con mayor relevancia en la realización del hecho y, por lo tanto, serán frecuentes las actuaciones imprudentes, e incluso las actuaciones que por el grado de desconocimiento y falta de exigibilidad de conocimiento del subordinado, no lleguen a ser ni siquiera imprudentes”<sup>234</sup>.

---

11 de febrero, que se refiere a un supuesto de detención ilegal, en que el acusado imputa falsamente hechos delictivos graves y provoca, con ello, un error en los funcionarios que materializan la detención; STS 876/2014, de 17 de diciembre, que aplica la autoría mediata a un supuesto de falsificación de documento público; STS 553/2015, de 6 de octubre, que analiza los requisitos de la autoría mediata y su diferencia con la inducción; STS 415/2016, de 17 de mayo, que realiza exactamente el mismo análisis de la sentencia anterior; STS 580/2016, de 30 de junio, aplica la figura en un supuesto de falsedad documental; STS 86/2017, de 16 de febrero, que se refiere a la autoría mediata en virtud del dominio de la organización; STS 234/2017, de 4 de abril, que reproduce de forma exacta los requisitos de la STS 553/2015, de 6 de octubre; STS 645/2017, de 2 de octubre, que aplica la autoría mediata indicando que absorbe la conducta de inducción anterior; STS 798/2017, de 11 de diciembre, en la que profundizaré más adelante y que condena al director de una clínica como autor mediato de los abortos realizados por los médicos, quienes actuaron bajo error, provocado por aquel; STS 68/2018, de 7 de febrero, que aplica la autoría mediata en un supuesto de estafa, y en el contexto empresarial; SAN 13/2016, de 1 de junio, aplica la figura en un delito de robo, pero sin ninguna explicación o consideración.

<sup>233</sup> MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 189 s.

<sup>234</sup> En este sentido sostiene también MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 250, que “cabe pensar que el ejecutor-subordinado podrá actuar imprudentemente en estado de error debido a la falta de conocimiento y de información propias del colectivo de subordinados; o debido a que en mérito a las consecuencias que asume con la división del trabajo en la empresa podrá desconocer que la ejecución del acuerdo es, en sí misma, una actividad de riesgo para la indemnidad de bienes jurídicos penalmente protegidos; o se le dificultará percibir el contenido antijurídico del acuerdo que le ordenan llevar a cabo”.

En un sentido muy similar se pronuncia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>235</sup>, pero describiendo, también, la situación de los miembros de la empresa que ocupan las posiciones más elevadas (al menos en lo que se refiere a la dirección técnica), quienes tendrán, con mayor frecuencia, una percepción más completa de la situación fáctica, en contraposición a otros miembros de la estructura, como los operarios. Aquí pone el ejemplo del operario que se limita “a abrir una compuerta, sin saber que lo que sale por ella es un vertido tóxico, o a fabricar una pieza unos o a ensamblarla otros, pieza cuya peligrosidad solo se advierte teniendo una visión sobre el conjunto del proceso productivo. Cabe desde que esos trabajadores actúen sin dolo ni imprudencia, hasta que lo hagan imprudentemente (inconsciente o conscientemente) o incluso que lo hagan con dolo, pero que este por ejemplo no abarque la magnitud real de la catástrofe ecológica que puede producirse o del peligro para la salud humana que implica el producto defectuoso (error sobre el significado concreto de la acción)”<sup>236</sup>. Para este autor, todas estas situaciones podrían implicar la instrumentalización de los operarios por parte de los sujetos de atrás, superiores jerárquicos, que serían autores mediatos de los respectivos delitos. Y ello al margen de que también los operarios puedan responder en algunos casos por delitos dolosos o imprudentes, lo que configuraría supuestos de autor tras el autor<sup>237</sup>.

A todo ello se añade, y ya más específicamente en el ámbito del error de prohibición, la situación que pone de relieve FELIP I SABORIT<sup>238</sup>, en el sentido de considerar al Derecho penal económico y de la empresa como un campo especialmente fértil en materia de error, debido a su complejidad y a la multitud de remisiones extrapenales contenidas en los tipos<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 58.

<sup>236</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 58.

<sup>237</sup> Cfr., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 58.

<sup>238</sup> FELIP I SABORIT, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 741 (98).

<sup>239</sup> En sentido similar, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 517, señala que “es evidente que la actuación en el marco de una relación jerárquica en principio legal puede influir en la concurrencia de alguna de estas otras eximentes (error invencible, estado de necesidad, miedo insuperable). En particular, debe admitirse que el cumplimiento de órdenes dentro de una empresa, cuyo funcionamiento depende de la división de funciones y una determinada jerarquía, pueda ampararse en una apariencia de legalidad que rebaje el nivel de deber de cuidado y, por tanto, haga más probable el error invencible. Ello es particularmente importante en el ámbito, cada vez más relevante, de la delincuencia económica, que con frecuencia supone la intervención de subordinados cuya función no les obliga a detectar o comprobar determinadas ilegalidades no manifiestas”.

No obstante, como ya lo había advertido, la jurisprudencia no ha sido muy dada a admitir, en este ámbito, la autoría mediata en virtud del error. Sin embargo, destaca en este sentido la STS 798/2017, de 11 de diciembre, en la que se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP Barcelona, de 16 de junio de 2016, que condenó al médico director de varias clínicas, como autor mediato de algunos abortos que se practicaron en ellas. Lo relevante de estos hechos y de las consideraciones, tanto de la SAP como de la STS, merecen que les dedique aquí un espacio.

Las sentencias relatan que el acusado Jacinto, médico cirujano, era el propietario de varias clínicas ginecológicas, en las cuales se practicaban, entre otros procedimientos, interrupciones voluntarias de embarazos (IVE), para lo cual contaban con la correspondiente autorización administrativa. Según lo expresado en los hechos probados de la SAP, Jacinto “ejercía un control exhaustivo (sic) de sus actividades, tomando todas las decisiones relativas a la organización del trabajo, la función y remuneración de cada uno de los empleados y profesionales que allí desempeñaban sus funciones y las acciones que integraban los métodos y protocolos que se aplicaban para la prestación de servicios sanitarios, entre los que se encontraba la práctica de interrupciones voluntarias de embarazo. Ninguna decisión mínimamente trascendente se tomaba sin su aprobación y, al mismo tiempo, desarrollaba personalmente una tarea de supervisión permanente sobre la actividad de cada uno de aquellos empleados y profesionales”.

Además de los médicos que practicaban las IVE, y de otros profesionales, la clínica contaba también con los servicios de dos psiquiatras (Secundino e Isidoro, también acusados), para evaluar la situación psicológica de las pacientes (su capacidad volitiva frente a la decisión de abortar y la existencia de síntomas que indicaran una situación de grave peligro para su salud psíquica), y emitir el dictamen al que hacía referencia la legislación vigente en ese momento sobre la IVE<sup>240</sup>. Para documentar esto último, ambos psiquiatras utilizaban un modelo estandarizado, denominado “Dictamen Médico Psiquiátrico” en el que se hacía constar, a grandes rasgos, que la paciente refería una sintomatología psicopatológica, agravada por situaciones familiares, sociales, laborales, y culturales, y que, por tanto, se encontraba en una situación de "grave peligro para su salud psíquica". También “a modo protocolario” la clínica entregaba a cada

---

<sup>240</sup> Para ese momento estaba vigente en el ordenamiento español un sistema solamente de indicaciones para la justificación de las IVE.

paciente un cuestionario denominado "Cuestionario de Salud Mental de Goldberg", con 28 preguntas, cada una con cuatro posibles respuestas; documento que era empleado por los dos psiquiatras, para que fuera cumplimentado y firmado por cada paciente.

En tres casos de los investigados, el TS confirmó la condena por el delito de aborto para Jacinto, como autor mediato, y Secundino, como cooperador necesario. En los tres casos, ocurridos en 2007, Secundino “firmó el documento impreso denominado ‘Dictamen Médico-Psiquiátrico’, acompañado de un informe, y se incorporó a la Historia Clínica. La paciente no fue visitada por un psiquiatra”; en dos de los casos, la paciente no cumplimentó el “test de Goldberg”, aunque lo firmó; y en otro caso ni lo cumplimentó ni lo firmó. Así, en los tres supuestos, el procedimiento de elaboración del dictamen psiquiátrico no fue correcto ni suficiente, pues las pacientes no se entrevistaron con un psiquiatra antes de entrar al quirófano, ni cumplimentaron el “Test de Goldberg”. En este sentido, añade el TS que “la elaboración del informe en cuestión o fue simulada o fue defectuosa y, en consecuencia, no reflejaba la realidad del estado psíquico de la mujer a la que se refería”. De todo lo anterior, en la SAP se concluye, con respecto a la conducta del psiquiatra, que este no solo elaboraba y firmaba un dictamen sabiendo que no existía grave riesgo para la salud psíquica de la paciente, sino que además se trataba de un dictamen impreso, que contenía un texto inmodificable sobre la existencia de tal riesgo, sin saber si esto era real. A ello se añadía que el psiquiatra sabía que la firma del dictamen y su inclusión en la historia clínica llevarían a la práctica del IVE, fuera de los casos que permitía la ley.

Así, también en los tres supuestos bajo examen, “en el momento de comienzo de la intervención quirúrgica para practicar la IVE, el médico ginecólogo recibía la historia clínica, en la cual obraba un dictamen psiquiátrico, acompañado de un informe con diagnóstico del estado psíquico de la paciente, firmados por un Médico psiquiatra (especialista), y siendo el diagnóstico objetivamente susceptible de significar un grave riesgo para la salud psíquica de la mujer” si se continuaba con el embarazo. De conformidad con lo anterior, la AP de Barcelona consideró que en estos supuestos operó el principio de confianza “que suele imperar entre profesionales sanitarios”<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> En este sentido advirtió, con razón, de que “al médico ginecólogo no se le puede exigir que verifique en cada caso la forma o el procedimiento en que se ha confeccionado el dictamen, sino que es mucho más razonable que su conducta sea analizada desde el referido principio de confianza entre profesionales de la salud. En relación al médico anestesista que asiste al médico ginecólogo en la



Lo relatado hasta aquí llevó a la AP de Barcelona, y posteriormente al TS, a considerar que los médicos ginecólogos y anestesistas que participaron en las intervenciones quirúrgicas de los tres supuestos mencionados actuaron en virtud de error. Tanto la AP de Barcelona como el TS afirmaron que se trató de un error de prohibición (yo, en cambio, considero que es más correcta su caracterización como error de tipo<sup>242</sup>) invencible, pues “los médicos actuaron en la creencia total de que su actuación partía del presupuesto legal y estaba justificada y, además, no concurre ningún dato objetivo del que pudiera surgir en ellos la desconfianza de que así fuera”.

Ahora bien, con respecto a la conducta de Jacinto, que es la que aquí más me interesa destacar, en la SAP se afirma que es autor mediato de los delitos de aborto “por cuanto sabía que con la actividad diseñada y organizada por él (exclusivamente) en las clínicas se van (sic) a cometer abortos sin cumplir con los requisitos del primer supuesto del art. 417 bis, sabía que los actos ejecutivos de la acción penal iban a ser realizados por quienes actuarían bajo error de prohibición (los médicos ginecólogos y los médicos anestesistas) y, finalmente y sobre todo, tenía plena capacidad para decidir y ejecutar, en cualquier momento, el cese de la actividad que daba lugar a la comisión de los ilícitos penales”. En un sentido similar, el TS sostuvo que “el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata”. Por su parte, y como ya señalé, al psiquiatra se le consideró cooperador necesario en los tres delitos de aborto, “por cuanto la emisión del dictamen, simulado o falso, es un hecho "sin el cual no se habría efectuado" la IVE.

Considero que este caso resulta ilustrativo de la idea que he querido transmitir al señalar que la estructura empresarial constituye un terreno abonado para la configuración de supuestos de autoría mediata en virtud de error. De los hechos relatados es posible desprender que en la estructura y el funcionamiento de las clínicas dirigidas por Jacinto concurren varias de las características que, al comienzo de este capítulo, mencioné como favorecedoras de la autoría mediata: el fenómeno de escisión

---

intervención quirúrgica, ha de servir el mismo razonamiento, y aún con más fuerza argumentativa, porque su ámbito de competencia (y de decisión) objetivo en la intervención es más estrecho que el del médico ginecólogo”.

<sup>242</sup> Más específicamente un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, pues el tipo penal contenía la expresión "fuera de los casos permitidos por la ley", y los médicos creían que se daba uno de estos casos, esto es, el grave riesgo para la salud psíquica de la madre.

entre quien decide –en este caso, Jacinto– y quien actúa –los médicos que practican las IVE; el principio de jerarquía, que en la estructura bajo examen se refleja, entre otros aspectos, en el poder de mando de Jacinto sobre los subalternos (incluidos médicos ginecólogos, anestesistas y psiquiatras); la delegación, que hace Jacinto, como médico director, en los demás profesionales de la salud que contrata para trabajar en sus clínicas; y el principio de confianza, en virtud del cual los médicos que practican las IVE no tienen por qué desconfiar del dictamen del especialista, incluido en la historia médica de la paciente, y que contiene el diagnóstico que los habilita para realizar la intervención.

## **B) Supuestos de autoría mediata en virtud de coacción o procedimientos similares**

En cuanto a los supuestos de autoría mediata en virtud de coacción o procedimientos similares que, como ya dije, darán generalmente lugar a que el instrumento actúe en estado de necesidad o en virtud de miedo insuperable<sup>243</sup>, la doctrina<sup>244</sup>, y, por supuesto, la jurisprudencia<sup>245</sup>, suelen ser más reacias a admitir que se presente con frecuencia en la empresa.

---

<sup>243</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 32; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 162.

<sup>244</sup> Cfr., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 57 [= en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140], quien sostiene que “en raras ocasiones podremos aplicar la autoría mediata en que se instrumentaliza a otro mediante coacción o procedimientos similares, salvo excepciones particulares en que algún empresario, directivo, etc., fuera del desarrollo normal de las relaciones dentro de la empresa, coaccione a algún miembro de la misma a cometer delitos”. Como se verá, en principio me distancio un poco de lo planteado por mi maestro, en cuanto considero que, dadas ciertas características de la estructura empresarial, estos supuestos de autoría mediata pueden ser más frecuentes de lo que en un primer momento pareciera. No obstante, también él matiza su posición un poco más adelante cuando afirma que “el cumplimiento de estas órdenes o encargos puede estar originado por el temor de un sujeto a perder su trabajo o a sufrir represalias en el mismo (empeoramiento del puesto, de las condiciones de trabajo, del salario, etc.), lo cual, en determinadas circunstancias, podría fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás, si se cumple el resto de los requisitos típicos (objetivos y subjetivos). Todo ello sin entrar a analizar otros posibles mecanismos psicológicos en los integrantes de estas organizaciones complejas que, en su caso, pudieran influir en la capacidad de motivación o inhibición de los mismos (estos mecanismos resultan muy interesantes, sobre todo en algunas organizaciones que basan su eficacia en la creación de un sentimiento profundo de fidelidad a la empresa por parte de los empleados, y utilizan técnicas psicológicas, a veces cuestionables, para conseguirlo. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 26, ha manifestado, en línea con lo que aquí sostengo, que la “propia organización de las empresas puede influir en materia de autoría y participación: cierta coacción o algo similar por el miedo del ejecutor a perder el puesto de trabajo, visión mayor o más completa de la situación por el superior, un pequeño grado de fungibilidad, mecanismos de fidelización a la empresa, etc., elementos ninguno de los cuales fundamenta por sí solo autoría mediata del sujeto de atrás, quizá lo puedan hacer en conjunto”. En contra de esto último -aunque admite que merece un estudio detenido- estaría MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,

No obstante, coincido con lo sostenido por LUZÓN PEÑA<sup>246</sup> en el sentido de que, si bien la obediencia no debida exculpante no está prevista expresamente en las eximentes del art. 20 CP español, que solo se refiere a la eximente de la obediencia debida, la “*situación de dependencia jerárquica*” (que, como él menciona, puede darse en el ámbito militar, de función pública, familiar, grupal, y, en lo que aquí más me interesa, laboral) implica, en principio, no solo una obligación de acatar las órdenes del superior, sino también una “*situación de inferioridad y presión que el subordinado tiene siempre frente al superior*”<sup>247</sup>. Para LUZÓN PEÑA, esto puede configurar, “al menos en casos extremos”, una causa de exculpación fundamentada en la “*inexigibilidad penal subjetiva o individual*”. Agrega que ello sucederá no solamente cuando el mandato produzca en el subordinado una situación de miedo insuperable (art. 20, 6º CP español), “sino también cuando, sin llegar a ese punto, le produzca una situación tal de presión, ansiedad y conflicto motivacional que le resulte subjetivamente insoportable (...)”. A lo anterior añade que “cuando el conflicto no llegue a ese grado de insoportabilidad, pero sí de presión, disgusto y gran incomodidad para el inferior que recibe la orden ilegal, puede disminuir correlativamente la culpabilidad y apreciarse ello como una atenuante analógica a eximentes incompletas como el miedo o las de semiimputabilidad o a otras atenuantes que supongan culpabilidad atenuada”<sup>248</sup>.

---

*EPCr* 38 (2018), 180, quien se inclina a pensar, desde la caracterización que sostiene del instrumento, “que si ninguno de esos factores individualmente considerados posee entidad suficiente para eximir de responsabilidad penal al sujeto de delante, no ha lugar a calificarlo de instrumento y, por ende, a admitir una autoría mediata”.

<sup>245</sup> No obstante, destaca aquí la STS 180/2006, de 16 de febrero, en la que sí se reconoce la eximente de miedo insuperable para el empleado de una empresa, “al que le obligan con amenazas hacia su familia, exhibiéndole una fotografía de la misma, para que proceda a copiar las tarjetas de crédito que le den los clientes para pagar”. Se trataba de un inmigrante que, después de los hechos, “solicitó ayuda a un miembro de la fuerza policial, viajó a su país para comprobar la situación de la familia y colaboró en la investigación abierta con ocasión de su denuncia”. MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *DPE, PG y PE*, 2016, 100 (= GÓMEZ MARTÍN, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 851 (113), ponen de relieve lo reducida que es la aplicación, por parte de la jurisprudencia, de las causas de justificación y de las de inexigibilidad, en el ámbito del Derecho penal de empresa.

<sup>246</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 28/58.

<sup>247</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 28/58.

<sup>248</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 28/58. Incluso este mismo autor, al analizar la casuística de miedo insuperable, menciona, entre muchos otros, “el miedo al despido, aunque sea lícito” (28/47). En sentido similar se pronuncian MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 250, quien sostiene que “en diversas ocasiones podrá valorarse como circunstancia que exonere o atenúe la responsabilidad penal del ejecutor, el que haya actuado en estado de necesidad o con miedo insuperable frente a la posibilidad de verse privado de su puesto de trabajo en tanto la directiva proviene de un estamento jerárquicamente superior al que éste ocupa en la empresa”; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 491, quienes plantean que el miedo insuperable puede cumplir una función

En consonancia con lo anterior, considero que varios de los supuestos de actuaciones de subordinados que cumplen órdenes de su(s) superior(es) jerárquico(s), en el seno de una estructura empresarial, podrán reconducirse a casos de autoría mediata en los que falta la voluntad libre del instrumento<sup>249</sup>, en virtud, normalmente, del miedo insuperable. Pienso aquí, sobre todo, en trabajadores de los más bajos niveles jerárquicos, y cuya subsistencia (y, normalmente, la de su familia) depende del empleo actual, sin el cual sus condiciones de vida serían muy precarias. En estos supuestos, la posibilidad de un despido puede ejercer en él una presión de tal magnitud que no permita afirmar, en consecuencia, que actúa con una voluntad libre cuando acata la orden que recibe desde arriba.

La viabilidad de lo que acabo de plantear se verá facilitada si se acepta, como es mi caso, que el carácter exculpante del miedo insuperable implica “una interpretación subjetiva del mal: de su entidad, su valoración y su ponderación”<sup>250</sup>. Ello conlleva, entre otros aspectos, a que se acepte que ese mal temido puede ser real o imaginario<sup>251</sup>, y a

---

supletoria en los casos de obediencia a órdenes antijurídicas en el seno de las relaciones laborales o familiares. Señalan que, al haber desaparecido la obediencia debida y toda vez que una orden ilegal no puede considerarse obligatoria y por eso no puede fundamentar el cumplimiento de un deber, el miedo insuperable sí podría fundamentar la exención de pena; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 111, advierten de que “tratándose de órdenes antijurídicas, la obediencia laboral no puede eximir directamente en base al (sic) art. 20.7º, sino, en su caso, por error invencible, por estado de necesidad o por miedo insuperable (p. ej., cuando la consecuencia de la desobediencia fuera un eventual despido)”.

<sup>249</sup> Esta sería una postura muy cercana a la sostenida por MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984, especialmente 101 ss., quien admite la existencia de supuestos de autoría mediata en la empresa, fundamentados en la falta de libertad del ejecutor como consecuencia de la estructura particular de estas organizaciones -que propicia situaciones muy similares a las de la coacción-, junto a la fuerza de la orden que imparte el superior jerárquico.

<sup>250</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 28/41.

<sup>251</sup> En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *DP*, t. VI, 2ª, 1962, 913; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 380; SÁINZ-CANTERO, *Lecciones, PG*, 3ª, 1990, 733; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 5ª, 1999, 700 n. 48; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 142 s.; ROSO CAÑADILLAS, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 953; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP, PG*, 2ª, 2010, 353; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *PG*, 4ª, 2010, 598; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, 9ª, 2015, 428; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP, PG*, 2ª, 2015, 655 s.; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 115; en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE, PG y PE*, 2016, 116; LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 28/42; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 6ª, 2016, 421; RUEDA MARTÍN/URRUELA MORA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 299. Consideran, en cambio, que el mal temido debe ser real y no imaginario, CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª, 2002, 1137; MÉNDEZ ÁLVAREZ, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 124; DEMETRIO CRESPO, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 346; LUZÓN CUESTA, *PG*, 23ª, 2016, 126. Una postura intermedia podría ser la de Díez Ripollés, *DP, PG*, 4ª, 2016, 474, quien sostiene que ese mal que amenaza “debe estar fundado en una creencia razonable”, lo que no implica que el mal sea real pero tampoco basta con un mal imaginario, sino que “dadas las circunstancias concurrentes, debe haber razones suficientes para que una persona media de nuestra sociedad concluya que amenaza un mal”.

que el requisito de insuperabilidad del miedo sea analizado desde una perspectiva subjetiva<sup>252</sup>, esto es, atendiendo al sujeto específico en sus circunstancias concretas. Así, en palabras de ROSO CAÑADILLAS<sup>253</sup>, insuperable será “aquel miedo que causa en el sujeto una presión motivadora creándole un conflicto que no tiene más remedio que solucionar con la ejecución de un hecho típico y antijurídico”. A ello añade que el criterio subjetivo para determinar la insuperabilidad del miedo será más adecuado, en primer lugar, porque se trata de un elemento que se evalúa en sede de culpabilidad; en segundo lugar, debido al fundamento de la eximente, esto es, la inexigibilidad penal individual; y, en tercer lugar, porque considera que así se da una mejor solución a casos dudosos. De ahí concluye, entonces, que “deben ser las características concretas del sujeto individual: carácter, sexo, inteligencia, entorno socio-cultural, vivencias pasadas, etc., las que se tengan en cuenta para realizar el juicio de inexigibilidad”<sup>254</sup>.

Todo ello se compadece, a mi juicio, con la concepción que sostiene VARONA GÓMEZ<sup>255</sup> en cuanto a las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta; concepción que comparto y que, por supuesto, resulta trasladable al análisis de la responsabilidad penal en la estructura empresarial. En efecto, este autor plantea que el ordenamiento jurídico reconoce facultades de autoprotección, de las cuales la menos controvertida sería la legítima defensa, y las más controvertidas serían, precisamente, el estado de necesidad y el miedo insuperable. Señala que el reconocimiento de estas

---

<sup>252</sup> Se muestran de acuerdo con la interpretación subjetiva de la insuperabilidad del miedo, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *DP*, t. VI, 2ª, 1962, 897, 910, 913; ROSO CAÑADILLAS, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 952 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 482, 485; VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, 75 ss.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *PG*, T. I, 6ª, 2011, 192; IGLESIAS RÍO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 278; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 28/49; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, 199. Otros autores, en cambio, consideran que el juicio sobre la insuperabilidad del miedo debe hacerse desde la perspectiva de un hombre medio, en la situación concreta del autor. Entre ellos destacan, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP*, *PG*, 2ª, 1986, 379; SÁINZ-CANTERO, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 1990, 734; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP*, *PG*, 18ª, 1995, 647; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 142; MÉNDEZ ÁLVAREZ, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 123; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP*, *PG*, 2ª., 2010, 353; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *PG*, 4ª, 2010, 600; DEMETRIO CRESPO, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 346; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2ª, 2015, 651; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 115; en: CORCOY BISADOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *DPE*, *PG* y *PE*, 2016, 115; Díez RIPOLLÉS, *DP*, *PG*, 4ª, 2016, 475; LUZÓN CUESTA, *PG*, 23ª, 2016, 126; RUEDA MARTÍN/URRUELA MORA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *PG*, 2ª, 2016, 299.

<sup>253</sup> ROSO CAÑADILLAS, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 953.

<sup>254</sup> ROSO CAÑADILLAS, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 953.

<sup>255</sup> VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, *passim*.

últimas no puede dejarse “en manos del cálculo sobre la utilidad colectiva”<sup>256</sup>, pues lo que plantean es una cuestión de justicia, de protección de los derechos del individuo frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, considera que la eximente de miedo insuperable “pretende explicar la ausencia de pena aun cuando el hecho no pueda considerarse socialmente beneficioso o acorde con las valoraciones objetivas (imparciales) del ordenamiento”<sup>257</sup>, lo que lleva a este autor a sostener que dicha eximente se basa, por eso mismo, en un juicio de parcialidad. De ahí concluye que no debe imponerse lo que denomina la “ética del hormiguero”, esto es, exigirle al individuo que se sacrifique por el bien común, “negándole toda individualidad”<sup>258</sup>. Por ello – sostiene–, la base del principio de inexigibilidad y del miedo insuperable será “la preferencia legítima por los propios intereses”<sup>259</sup>.

Considero que una visión así de la inexigibilidad y de la eximente del miedo insuperable contribuye a comprender, de una manera más justa, algunos fenómenos delictivos en la estructura empresarial, y a percibir ciertas dinámicas de verdadera *instrumentalización*<sup>260</sup> que podrían pasar inadvertidas si no se atiende a las particularidades de las interacciones verticales dentro de dicha estructura (sobre todo a la relación de jerarquía y la existencia de mecanismos de fidelización de los empleados hacia la empresa<sup>261</sup>) y a las situaciones de especial vulnerabilidad en las que pueden encontrarse algunos de los empleados, que facilitarán la configuración de supuestos de autoría mediata, fundamentados en la falta de voluntad libre del instrumento.

---

<sup>256</sup> VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, 71.

<sup>257</sup> VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, 76.

<sup>258</sup> VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, 77.

<sup>259</sup> VARONA GÓMEZ, *REJ 12-2010*, 82. Y es legítima, según este autor, porque se corresponde con unos valores que, al ser inherentes a la autonomía personal, son dignos de protección.

<sup>260</sup> Como sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: BOIX REIG/BERNARDI (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, 2005, 128, en muchos de estos casos resulta discutible “hablar de autorresponsabilidad y afirmar que los eslabones intermedios son ‘plenamente responsables’ y libres, cuando se hallan integrados en una estructura empresarial que los somete a todo tipo de presiones, donde rige el principio de jerarquía y existe un alto grado de fungibilidad, mayor cuanto más bajo es el rango del sujeto, y donde la plena visión de la situación sólo la posee quien toma la decisión”.

<sup>261</sup> Alude también a estos mecanismos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 58.

### **C) La discusión sobre la posibilidad de configuración de supuestos de autoría mediata en virtud de dominio de organización en la estructura empresarial**

Como ya expuse antes<sup>262</sup>, la teoría de ROXIN de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder (dominio de organización), se basa en la idea de que, en una organización delictiva, el sujeto de atrás que con su propio poder de mando ordena la realización de delitos, también puede responder como autor mediato cuando el ejecutor inmediato es, así mismo, plenamente responsable como autor. Para que esto suceda, ROXIN plantea que deben concurrir cuatro requisitos (que también fueron explicados ya, y que aquí solo menciono): 1) poder de mando; 2) aparato al margen de la ley; 3) fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) esencial y elevada disposición del ejecutor para la realización del hecho.

También, como ya advertí, ha sido tanta la repercusión de la teoría de ROXIN, que su construcción de dominio de organización se ha pretendido trasladar al ámbito de la delincuencia en la empresa; posibilidad que el propio ROXIN descarta, pero que sigue siendo objeto de discusión en la doctrina. Para analizar la corrección y conveniencia (o no) de trasladar esta figura al ámbito empresarial, me detendré en algunas de las críticas que se le han hecho a la construcción, no solo en cuanto a su aplicación en general, sino además en cuanto a la posibilidad de aplicarla a organizaciones no delictivas como las empresas económicas.

#### *a. Críticas generales a la autoría mediata en virtud del dominio de organización*

Una primera crítica que suele hacerse a la construcción del dominio de organización tiene que ver con el requisito de fungibilidad<sup>263</sup>. En términos generales la crítica se basa en la idea de que la fungibilidad no puede ser un criterio decisivo para

---

<sup>262</sup> Cfr., *supra*, 2. A), c.

<sup>263</sup> Cfr., en este sentido, JAKOBS, *AT*, 1991, 649 n. 190 (= *DP*, *PG*, 1997, 783 n. 190), quien sostiene, en cuanto a la intercambiabilidad práctica del ejecutor que, por ejemplo, en los delitos violentos de los Nazis, los ejecutores no eran intercambiables todos a la vez. Considera que, en el caso Stachinskij, probablemente el ejecutor no era intercambiable, y a ello añade que una decisión al hecho independiente, por lo general habrá faltado en los ejecutores de los delitos de la época nacional-socialista, pues las decisiones independientes iban en contravía del “principio del Führer”; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 274 s.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegrif*, 1997, 89; ROTSCH, *ZStW 112 (2000)*, 536; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 217; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 382 s.

configurar el dominio del hecho en el dirigente. Así, como pone de relieve ROTSCH<sup>264</sup>, el dominio del hecho debe predicarse con respecto al hecho concreto, lo que impide su fundamentación a través del requisito de la fungibilidad, pues en los supuestos en que un ejecutor inmediato se niega a ejecutar el hecho, la entrada de un nuevo sujeto de adelante conduce casi siempre a un nuevo hecho material. A esto añade que en los supuestos en que el primer ejecutor inmediato realmente ejecuta el hecho previsto por el sujeto de atrás, no existe un dominio fáctico de los acontecimientos en razón de un incremento de la probabilidad del resultado que se basa en la intercambiabilidad del ejecutor inmediato. En este sentido, ROTSCH insiste en que la deficiencia fundamental de la construcción de ROXIN –en contradicción con su teoría de la autoría y con el principio de simultaneidad– radica en que determina el dominio del hecho de manera desligada del hecho concreto. Por esta misma vía transita el argumento de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>265</sup>, cuando afirma que “por muy intercambiable que sea el ejecutor lo cierto es que hay un sujeto concreto que realiza la acción típica y que es plenamente responsable al actuar de forma autónoma, disponiendo de libertad en el momento de decidir acerca de la realización delictiva, lo que difícilmente encaja con la idea de la instrumentalización”.

También destaca aquí la crítica de HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>266</sup>, quien advierte de que la fungibilidad resulta siendo un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata en estos supuestos, porque al aceptar que el ejecutor puede negarse a cumplir con la orden, se parte de una resolución libre de su voluntad y, por tanto, la influencia que recibe a través de la orden será constitutiva solo de inducción.

En relación con lo anterior, y como ya expliqué más arriba<sup>267</sup>, ROXIN<sup>268</sup> ha señalado que el instrumento en manos del sujeto de atrás no es el ejecutor inmediato sino todo el aparato organizado de poder. Esta caracterización del instrumento ha sido

---

<sup>264</sup> ROTSCH, *ZStW* 112 (2000), 536.

<sup>265</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 382 s.

<sup>266</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 275.

<sup>267</sup> Cfr., *supra*, 2. A), c.

<sup>268</sup> ROXIN, *ZStrR* 1 (2007), 6; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 457.



rechazada por un sector de la doctrina española<sup>269</sup>, en cuanto se considera que no se ajusta a la definición legal de la autoría mediata. En este sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>270</sup> sostiene que, “tanto la definición de la autoría mediata en el CP español como en el StGB exigen la realización del hecho ‘por medio de otro’”, y añade que ese otro “indudablemente debe ser una persona y no una institución supraindividual, por mucho que esta se halle conformada por un número elevado de individuos”. Considera, por ello, que la fórmula legal no deja vía libre para entender algo diferente a que el instrumento sea una persona física, y advierte de que si se acepta autoría mediata en virtud del dominio de organización, hay que ajustarse a la ley y “reconocer que el dominio se ejerce sobre quien efectivamente lleva a cabo el hecho, por mucho que este sea sólo uno más entre la multiplicidad de individuos sustituibles que conforman la organización”<sup>271</sup>.

También se ha criticado el requisito de que la actuación del aparato esté al margen del Derecho. Antes de la puntualización que realizó ROXIN<sup>272</sup>, en el sentido de que la exigencia no se dirige a que el aparato tenga que estar en cada uno de los aspectos al margen de la ley, sino solo en el marco de los delitos realizados<sup>273</sup>, ya se afirmaba que este requisito resultaba superfluo para resolver la pregunta por el dominio del hecho<sup>274</sup>, y se cuestionaba, por ejemplo, qué función adicional en el hecho concreto tenía la restricción de actuar al margen del Derecho<sup>275</sup>. A ello se añadía que la fungibilidad no podía depender, de ninguna manera, de que el sistema estuviera o no apartado del Derecho, pues incluso bajo el supuesto de que gran parte de los miembros del aparato se sintieran impedidos para realizar el hecho, debido a la existencia de

---

<sup>269</sup> Destacan GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001,383; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 114; y FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 95.

<sup>270</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 95.

<sup>271</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 95. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 25 (= *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 158), considera que, probablemente, esta crítica puede salvarse “con la mera referencia a que, si bien el sujeto no se sirve de ‘otro’ concreto, al servirse del aparato y este estar compuesto por ‘otros’, en definitiva realizaría el hecho a través de otro. Y, en todo caso, el argumento no alcanzaría al fondo material de la construcción roxiniana”.

<sup>272</sup> Cfr. ROXIN, *ZStrR 1 (2007)*, 8; en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (ed.), *Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey*, 2010, 459.

<sup>273</sup> FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 184, pone de relieve que ROXIN ha relativizado este requisito, pues en un primer momento exigía que el aparato, *en su conjunto*, estuviera al margen del ordenamiento jurídico.

<sup>274</sup> ROTSCHE, *ZStW 112 (2000)*, 561.

<sup>275</sup> ROTSCHE, *ZStW 112 (2000)*, 534.

normas jurídicas contrarias a ello, la realización del resultado finalmente no se frenaría, porque el aparato contaría aún con otros ejecutores que no tienen reparos y que actuarían en lugar de aquellos que se negaron<sup>276</sup>.

No obstante, después de la puntualización realizada por ROXIN, el requisito de actuación al margen del Derecho se sigue criticando, como expone FARALDO CABANA<sup>277</sup>, porque dicha puntualización relativiza de manera muy notable tal requisito, que, sin embargo, sí continúa teniendo un papel muy relevante en la fundamentación de la autoría mediata por dominio de organización.

Por último, una de las críticas –creo yo, determinante– que se le hace a la tesis del dominio de organización, se enfoca en la imposibilidad de afirmar la existencia de autoría mediata, y, en consecuencia, de instrumentalización del ejecutor inmediato, cuando este es *plenamente* responsable<sup>278</sup>. En este sentido, coincido con el planteamiento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>279</sup>, quien, si bien reconoce –con razón– lo muy sugerente<sup>280</sup> y brillante<sup>281</sup> que resulta la construcción de ROXIN, estima también que, en estos supuestos, “pese a todo, la comisión del delito pasa siempre por la decisión voluntaria libre de un (uno u otro) autor inmediato doloso (consciente) y

---

<sup>276</sup> ROTSCH, *ZStW* 112 (2000), 535.

<sup>277</sup> FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 100.

<sup>278</sup> Cfr. en este sentido, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 546, quien afirma que la solución de considerar como autor mediato al sujeto que “actúa tras una mesa de despacho” pero que tiene en sus manos la organización, solo es válida si el ejecutor no puede considerarse como autor plenamente responsable. De lo contrario, para JESCHECK el sujeto de atrás será coautor, precisamente porque domina la organización; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 274; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegrif*, 1997, 89; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 173; JAKOBS, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, 2000, 114, sostiene que no puede haber autoría mediata cuando la conducta posterior es plenamente responsable, y añade que no es necesario que esa autoría mediata exista porque “la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, (co-)autoría”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 137; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 399; *PG*, 2010, 1035; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 1 (2001)*, 44; *RL 4-5 (2007)*, 133.; *NFP 71-2007*, 141; *CPC 123 (2017)*, 27; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 160; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 214; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 370; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones, PG*, 2ª, t. II, 2016, 272;

<sup>279</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 1 (2001)*, 44; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 167; *RL 4-5 (2007)*, 133; *NFP 71-2007*, 141; *CPC 123 (2017)*, 27; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 160.

<sup>280</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC 1 (2001)*, 43; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 167; *RL 4-5 (2007)*, 133; *NFP 71-2007*, 137.

<sup>281</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 22; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 157.

responsable, que ‘ve’ la situación (en sentido amplio, incluyendo también su valoración jurídica) igual que el que da la orden”<sup>282</sup>.

b. *Críticas al traslado de la tesis del dominio de organización al ámbito empresarial*<sup>283</sup>

Antes de referirme a las críticas que se plantean frente a la posibilidad de trasladar a la estructura empresarial la construcción de ROXIN que vengo analizando, considero importante anticipar que quienes admiten dicha posibilidad terminan anulando o modificando alguno de los requisitos exigidos por ROXIN, y se distancian, con ello, de la concepción original planteada por este autor<sup>284</sup>.

Ahora bien, el traslado de esta teoría al ámbito de la empresa parece tener más detractores<sup>285</sup> que adeptos<sup>286</sup>. Dentro de los primeros, destaca la postura de FEIJOO

---

<sup>282</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 44 [= en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 167; *RL 4-5 (2007)*, 133; *NFP 71-2007*, 137].

<sup>283</sup> Sigo aquí, en parte, algunos de los planteamientos que en su momento realicé en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 118 ss.

<sup>284</sup> Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *ADPCP 2002*, 364, considera que para aplicar esta estructura en las organizaciones empresariales “se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como Roxin, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (...)”.

<sup>285</sup> Se muestran detractores de la aplicación de la teoría de Roxin al ámbito empresarial, entre otros, FRISCH, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 182 ss.; AMBOS, *Dominio de voluntad en virtud de aparatos*, 1998, 44-46; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 398 ss.; ROTSCH, *ZStW 112 (2000)*, 532 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 58 s.; *RL 4-5 (2007)*, 123, 142; *NFP 71-2007*, 141; *CPC 123 (2017)*, 25 s; *LH-Roxin-UIGV*, 2018, 158; a GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 385 ss.; MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 529, con algunos matices a los que me refiero enseguida; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa*, 2002, 57 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 523 ss.; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 305 ss., si bien esta autora considera que la única objeción relevante para considerar a la empresa como aparato organizado de poder es la de su falta de actuación al margen del orden jurídico. Califica como suficiente esta objeción para negar esta forma de autoría en la empresa que no se dedica, de manera exclusiva o principal, a la comisión de delitos. En la que sí se dedica exclusiva o principalmente a la comisión de delitos no ve obstáculo para que exista (324); FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 166 s., 174; PEÑARANDA RAMOS, en: SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico*, 2008, 172 s.; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Fraude a consumidores*, 2016, 245-257, 273; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 35-38; ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 118 ss.; SILVA SÁNCHEZ en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 54 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 485; GALLEGO SOLER, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 35 (13); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr 38 (2018)*, 177 ss., especialmente 179.

<sup>286</sup> Cfr., GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información*, 1998, 267; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 202, si bien rechaza la exigencia de que el aparato esté desvinculado del Derecho; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal del empresario*, 2003, 184 ss., aunque advierte de que los supuestos serán escasos. Lo anterior lo sustenta en las siguientes consideraciones: en primer lugar, sostiene que las

SÁNCHEZ<sup>287</sup>, quien considera insatisfactoria esta solución que se fundamenta “en la instrumentalización de los ejecutores por la organización, que es dominada por el ‘hombre de atrás’, si al final resulta que, aunque los ejecutores son definidos como meros engranajes o parte de la organización, responden penalmente como autores del hecho”. A ello añade que, “más allá de que se trate de una teoría rechazable en su formulación general (...), es evidente que Roxin no construyó a partir de 1963 esta teoría para resolver los problemas político-criminales que presentan las estructuras empresariales sino otro tipo de cuestiones”<sup>288</sup>.

También MUÑOZ CONDE, si bien en principio no descarta que la teoría del dominio de organización pueda aplicarse en el ámbito empresarial, pues considera que el propio ROXIN parece no concederle mucha importancia al requisito de que el aparato de poder actúe al margen del Derecho<sup>289</sup>, advierte de que el requisito de la fungibilidad del ejecutor sí plantea mayores dificultades en el ámbito empresarial<sup>290</sup>, a lo que se suma la que califica como mayor dificultad para la aplicación de esta tesis: la frecuente irresponsabilidad del ejecutor en este ámbito<sup>291</sup>. Así, MUÑOZ CONDE termina

---

empresas no se constituyen, por regla general, con fines delictivos, razón por la cual “difícilmente manifiestan una actitud criminal colectiva” (184), de lo que deriva un impedimento para apreciar la “predisposición por parte del subordinado para ejecutar la orden que reciba y realizar un hecho antijurídico” (185). Para este autor, el dominio de la organización se fundamenta, justamente, en “la disponibilidad del subordinado-ejecutor para cumplir con la orden que reciba” (185); en segundo lugar, sostiene que “la mayoría de los casos en los que el directivo de la empresa logra dominar la voluntad de los subordinados pueden ser reconducidos a supuestos de error o de coacción, siendo poco frecuente, en consecuencia, la aplicación de la teoría de ‘el autor detrás del autor’ en el ámbito empresarial” (186); en tercer lugar se refiere a los delitos especiales y la problemática de cuando el ejecutor es un *extraneus* y no realiza actividades de administración que permitieran aplicar la cláusula del actuar en lugar de otro. Añade que esa situación será muy habitual en la empresa (190 s.); otro factor a tener en cuenta, según este autor, es el de la mayor tolerancia frente a las actividades de las empresas y el comportamiento de sus miembros, con respecto a la valoración de la creación de un riesgo no permitido (193); en quinto lugar, hace referencia a las reducidas posibilidades de sustituir al ejecutor (193 s.), aunque reitera que no considera a la sustituibilidad como requisito del dominio de organización, y afirma que incluso puede ser más difícil apreciarla en los aparatos organizados de poder que en las empresas (194). En este sentido argumenta que no cualquiera es “un experto manipulando explosivos, ni falsificando documentos, ni transportando droga...”, y añade que en la criminalidad organizada suele ser menos frecuente la inclusión de un nuevo miembro, que lo que es la contratación de un nuevo empleado en una empresa; y por último, sostiene que el universo de personas con las que puede contar una empresa es mayor que aquel con el que pueden contar los aparatos organizados de poder, pues los miembros de este “viven permanentemente al margen del Derecho” (194); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 399 s.; *PG*, 2010, 1038 s.

<sup>287</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 174.

<sup>288</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 166 s.

<sup>289</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 524.

<sup>290</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 525.

<sup>291</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 526.

rechazando el traslado de esta teoría si se trata de “un aparato de poder no estatal y no al margen del Derecho, como son sobre todo las empresas”<sup>292</sup>.

En una línea muy similar, AMBOS rechaza el traslado de la tesis de ROXIN a las empresas, por considerar que estas no son “aparatos de poder”, en el sentido de “organizaciones criminales (...) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta”<sup>293</sup>. A ello añade que, si la comisión de delitos es mayoritaria en una empresa, ya entraríamos en el campo de un verdadero “aparato organizado de poder” y no en el “‘tipo normal’ de la empresa legal”<sup>294</sup>. Sostiene, también, que en este tipo de empresas no puede hablarse “de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad”<sup>295</sup>.

Y es que, como ya he puesto de relieve, el propio ROXIN<sup>296</sup> rechaza la posibilidad de que el criterio del dominio de organización sea trasladable a las empresas. Aunque advierte de que el BGH defiende esa posibilidad<sup>297</sup>, considera que con ello se extiende en exceso la figura del dominio de la organización, e insiste en la importancia de que en los supuestos analizados concurren los cuatro requisitos que ha postulado para el dominio de organización. En este sentido constata que, en los casos resueltos por el BGH, de los cuatro requisitos de esta concepción fallan al menos tres: las empresas trabajan, por regla general, dentro del Derecho y no al margen; también falta la fungibilidad de aquellos que están dispuestos a cometer actos delictivos; y, por último, no se puede hablar aquí de una elevada disposición a la comisión del hecho por parte del miembro de la empresa, porque la comisión de delitos económicos o contra el medio ambiente trae consigo un riesgo elevado de sanción penal y de la pérdida del empleo<sup>298</sup>. De ahí concluye que –en contra de lo sostenido por el BGH–, la construcción

---

<sup>292</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 529. Similar en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 485.

<sup>293</sup> AMBOS, *Dominio de voluntad en virtud de aparatos*, 1998, 44 s.

<sup>294</sup> AMBOS, *Dominio de voluntad en virtud de aparatos*, 1998, 45.

<sup>295</sup> AMBOS, *Dominio de voluntad en virtud de aparatos*, 1998, 46.

<sup>296</sup> Cfr., entre otros, ROXIN, *AT*, II, 2003, § 25 nm. 129-138 (55 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 25 nm. 129-138, 121 ss.) *ZStrR I (2007)*, 11 ss.

<sup>297</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 11 s., aunque advierte de que en la doctrina alemana, ese intento del BGH de trasladar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder al ámbito de la empresa ha sido rechazado (13).

<sup>298</sup> ROXIN, *ZStrR I (2007)*, 13.

de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no puede trasladarse a la criminalidad empresarial.

*c. Toma de postura*

En mi opinión, el criterio de la “fungibilidad” de los ejecutores inmediatos no resulta problemático de sostener en muchos supuestos dentro de la estructura empresarial<sup>299</sup>. En este sentido, y como afirma ARAMBURO CALLE, “de ser la sustituibilidad un requisito *sine qua non* de la autoría mediata así entendida, sería más fácil de lograr y de demostrar en la empresa que en las estructuras de poder imaginadas por ROXIN. Para el empresario es más fácil disponer de obreros que para el mando militar de soldados. El carácter –por regla general– lícito de la empresa y de las formas de vinculación a ellas, hacen que de hecho sea mucho más fácil reemplazar al ejecutor renuente en las empresas que en los aparatos de poder para los que ROXIN pensó su teoría”<sup>300</sup>. Sin embargo, lo mismo no sucede con el criterio de “aparato de poder” en cuanto a la exigencia de que este actúe al margen del Derecho, y aquí comparto la explicación de AMBOS en tal sentido, pues la empresa “normal” no tiene como objeto la comisión de delitos, sino la percepción de ganancias a partir de una actividad productiva.

Pero más allá de eso, creo que la discusión acerca de la posibilidad de trasladar la tesis de ROXIN al ámbito de las empresas pierde importancia si –como ya puse de relieve–, para admitir dicho traslado, la concepción original de este autor tiene que sufrir tantas variaciones. Ya no estaríamos hablando, realmente, de trasladar un planteamiento de un ámbito a otro. Creo, entonces, que con una consideración de la autoría mediata como la que he sostenido hasta aquí, basada en la instrumentalización efectiva del sujeto de delante, a partir del único o mejor conocimiento de la situación

---

<sup>299</sup> Y ello, sobre todo, en los supuestos de actividades más operativas, que no requieren un determinado nivel de formación o experiencia. PEÑARANDA RAMOS, en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Fraude a consumidores*, 2016, 255, considera, en cambio, que es difícilmente predicable la fungibilidad en el personal de las empresas, aunque advierte de que la razón es que ellas precisan cada vez más de trabajadores especializados y altamente cualificados, que no pueden sustituirse a voluntad.

<sup>300</sup> ARAMBURO CALLE, *Cuadernos de investigación 47 (2006)*, 23 s.

por parte del sujeto de atrás, o de la falta de voluntad libre del instrumento, resulta posible encontrar soluciones incluso en los supuestos más dudosos<sup>301</sup>.

Lo dicho se acerca al planteamiento de BOTTKE cuando advierte de que “en los casos de autoría mediata tienen que existir siempre *suficientes divergencias de conocimiento o de status que sean relevantes cualitativamente para la fundamentación de la pena y permitan hablar de que el superior en la empresa configura el hecho ‘a través’ de su subordinado (...)*; la mera causación del hecho ‘por medio’ del subordinado, aunque sea una que resulte de la no utilización del poder de mando impeditivo del delito, no satisface las exigencias de la autoría mediata”<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> Como indica, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *CPC 123 (2017)*, 27s., “todas las formas de aparición de la autoría mediata poseen un fundamento: los déficits de libertad y conocimiento del sujeto de delante respecto de los del de detrás. Y, para distinguir plenamente la autoría mediata de la inducción y otras formas de participación, creo que es conveniente no introducir una forma nueva de autoría mediata que rompa con ese fundamento común. Mantener ese fundamento y no introducir una forma tan distinta de autoría mediata puede contribuir incluso, según creo, a una mayor claridad en la aplicación de la autoría mediata en la práctica”.

<sup>302</sup> BOTTKE, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 159 (la cursiva es mía).

## ***Recapitulación***

1. La estructura empresarial posee determinadas características que favorecen la configuración de supuestos de autoría mediata (o coautoría mediata) en mayor medida que los supuestos de coautoría. Dentro de estas características destacan el fenómeno de escisión entre acción y decisión; el principio de jerarquía y el fenómeno de la delegación; el principio de confianza; y, por último, la utilización de mecanismos de fidelización de los empleados.
2. Son varias las teorías que han indagado por el fundamento –en general– de la autoría mediata, siendo la más relevante, también en este ámbito, la defendida por ROXIN, desde el criterio del dominio del hecho como dominio de la voluntad, con tres casos prototípicos: el dominio de la voluntad en virtud de coacción, en virtud de error, y, por último, en virtud de aparatos organizados de poder. El desarrollo de este último caso –y de sus requisitos de poder de mando, aparato al margen de la ley, fungibilidad del ejecutor inmediato y elevada disposición del ejecutor para la realización del hecho– ha marcado un antes y un después en el análisis de la autoría mediata, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, y lo ha hecho, además, con un alcance internacional.
3. También se ha intentado fundamentar la autoría mediata desde otras teorías como la de la pertenencia del hecho, y las teorías fuertemente normativizadoras, que resultan insatisfactorias para explicar esta forma de autoría. A la primera parece importarle menos la forma de actuación del sujeto al que califica como autor, que las características del otro interviniente; y las últimas, al pretender desprenderse de todo elemento “naturalístico” para la configuración de la autoría mediata, terminan alejándose del concepto de realización típica, que debería orientar siempre las reflexiones sobre la autoría, si se quiere ser respetuoso con el principio de legalidad. En este sentido, todas estas teorías terminan siendo insostenibles desde un concepto restrictivo de autor.
4. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho resulta el adecuado para la fundamentación de la autoría mediata. Según este criterio, para que se configure dicha forma de autoría tendrá que comprobarse la concurrencia de los



siguientes requisitos: que exista un fundamento material que permita afirmar que un sujeto realiza una acción a través de otro (instrumentalización); que la acción que realizan los dos sujetos, uno de forma inmediata y el otro mediata, coincida con la descrita en el tipo; que concurren los elementos personales o subjetivos de la autoría; y, por último, que en cada sujeto concurren los demás elementos del injusto, incluidos los elementos subjetivos.

5. Los fundamentos materiales más relevantes, que permiten satisfacer el primero de los requisitos de la autoría mediata, esto es, la posibilidad de afirmar que un sujeto realiza una acción a través de otro (instrumentalización), son la falta de voluntad libre del instrumento, y el único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás. De ellos se derivan, respectivamente, los casos de autoría mediata en virtud de la utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento, y los de autoría mediata en virtud de la creación o aprovechamiento de un error en el instrumento.
6. El fundamento de la instrumentalización es compatible con la autoría mediata imprudente, y con supuestos de autor tras el autor, siempre y cuando, en estos últimos, el ejecutor inmediato, penalmente responsable, no tenga el mismo nivel de libertad, conocimiento y responsabilidad que el sujeto de atrás.
7. En la estructura empresarial podrán ser frecuentes los supuestos de autoría mediata por creación o aprovechamiento de un error, pero también lo serán los supuestos de autoría mediata en virtud de coacción u otros procedimientos similares. Esto último, si se parte de una interpretación subjetiva de los requisitos de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta, lo que contribuirá a percibir ciertas dinámicas de verdadera instrumentalización que podrían pasar inadvertidas si no se atiende a las particularidades de las interacciones verticales dentro de la estructura empresarial, y a las situaciones de especial vulnerabilidad en las que pueden encontrarse algunos de los subordinados.
8. La imposibilidad de afirmar una verdadera instrumentalización en los supuestos en que el ejecutor inmediato actúa de manera plenamente libre y consciente lleva a descartar, en general, la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de

poder, o el llamado dominio de organización. También se descarta, en consecuencia, su traslado al ámbito empresarial, y se insiste en la idea de que todas las formas de autoría mediata implican instrumentalización, y la instrumentalización implica, o bien un déficit de conocimiento, o un déficit de libertad.

**TERCERA PARTE**

**FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA ESTRUCTURA  
EMPRESARIAL**

## CAPÍTULO V

### INDUCCIÓN, COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD

#### 1. INTRODUCCIÓN

La segunda parte de este trabajo (capítulos III y IV) me permitió hacer un balance general de las formas de autoría en la estructura empresarial; balance del que se desprenden algunos planteamientos fundamentales para esta investigación:

En primer lugar, cabe sostener que las soluciones de autoría para quienes realizan funciones de dirección en la empresa son, por supuesto, plausibles, y se configurarán en diversos casos, pudiendo ser, sin embargo, más frecuentes los supuestos de autoría mediata (o coautoría mediata), dada la distancia entre los “centros de decisión” y los “centros de ejecución”<sup>1</sup> en la empresa.

La autoría mediata se enfrenta, no obstante, al límite que impone la idea de instrumentalización, que implica al menos, como defendí en el capítulo anterior, un déficit de conocimiento o de libertad, si bien sostuve también allí que ciertas características de la estructura empresarial, unidas a las condiciones de especial vulnerabilidad de algunos subordinados, facilitarán la configuración de esta forma de autoría.

Ahora bien, si no se dan estas condiciones, nada impide que los directivos puedan responder como partícipes<sup>2</sup>. No obstante, esta solución de participación para los directivos, *en principio*, parece ser rechazada por un sector de la doctrina. Así, por ejemplo, cabe mencionar la posición de SILVA SÁNCHEZ, quien plantea que, en un primer momento, podría pensarse en calificar la conducta de los directivos como de participación (inducción o cooperación), y que la figura de la cooperación necesaria se mostraría “especialmente apta” en ese sentido, pero luego afirma que “no deja de producir perplejidad la calificación de partícipe para quien *domina de modo esencial el*

---

<sup>1</sup> Utilizo aquí estas expresiones de MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 523.

<sup>2</sup> Aquí sigo lo que sostuve antes en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 126 ss.

*acontecer típico*, en la medida en que posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar y los cauces y medios de la misma”<sup>3</sup>.

En sentido similar, MUÑOZ CONDE<sup>4</sup> es enfático al considerar que lo característico en la actuación de las grandes empresas es que en ellas los “centros de decisión” son más importantes que los “centros de ejecución”, y por eso considera “absurdo” calificar de inductores o cooperadores necesarios a quienes “toman las decisiones y organizan la ejecución de un hecho delictivo, pero no toman parte directa en ella” y tratar como verdaderos autores a quienes ejecutan dichas decisiones de forma subordinada. Y en la misma línea, DEMETRIO CRESPO sostiene que “las soluciones de participación, basadas en una responsabilidad accesoria respecto a la del ejecutor o autor director (sic), que *domina positivamente el hecho*, no parecen convencer, pues no parece lógica en aquellos casos en los que se produce un *dominio esencial del acontecer típico* por el propio directivo”<sup>5</sup>.

No obstante, insisto en que *en principio* las posiciones de estos autores rechazarían la solución de participación para los directivos, pues debe repararse en que los supuestos a los que hacen referencia en sus críticas son aquellos en que se considera que los directivos tienen, efectivamente, el “dominio esencial del acontecer típico”, lo que haría viable la posibilidad de calificarlos como autores, si entendemos, como aquí lo hago, que ese dominio esencial se refiere a la determinación objetiva y positiva del hecho. Pero ello no excluye la posibilidad de supuestos en que los directivos no ostenten tal dominio y, por ello, no puedan ser calificados de autores.

En este sentido, y en la línea de lo que advertí al inicio de la segunda parte de este trabajo, la determinación de la autoría y la participación en la estructura empresarial no debe responder a un modelo uniforme y automático de atribución, que olvida, como de manera acertada advierten GRECO/LEITE<sup>6</sup>, que los tipos penales describen acciones (u omisiones) y no meras *posiciones*. Es decir, al directivo no se le castiga por el hecho de

---

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ (ed.)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), *LH-Roxin*, 1995, 369 (la cursiva es mía).

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal*, 2001, 523.

<sup>5</sup> DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión*, 2009, 42 s. (la cursiva es mía).

<sup>6</sup> GRECO/LEITE, *ZIS 6 (2014)*, 290.

serlo, sino por su efectiva intervención en los hechos. Y esta intervención, si es relevante penalmente, puede ser de autoría o de participación, según el caso.

Suscribo, entonces, la advertencia de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el sentido de que “debe huirse tanto del automatismo de considerar que autor sólo puede ser el último eslabón de la cadena, el operario que actúa inmediatamente (lo cual contradice la propia configuración y principios que rigen esas organizaciones, y frecuentemente aparece como injusto), como del automatismo de creer que no lo será nunca y que la responsabilidad (además a título de autoría siempre) sólo haya de recaer en los directores de la organización. Precisamente la complejidad de estas estructuras (que, por cierto, no se configuran exclusivamente por ‘los de arriba y los de debajo, sino que en ellas se encuentran multitud de situaciones intermedias) obliga a un análisis pormenorizado de los repartos de responsabilidad (...), aplicando las categorías dogmáticas elaboradas y teniendo siempre en cuenta las peculiaridades de estas organizaciones”<sup>7</sup>.

## **2. CUESTIONES COMUNES A TODAS LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN**

Todo lo anterior sustenta la importancia de este capítulo, dedicado al análisis de las formas de participación, que no pueden excluirse –ni mucho menos–, en el ámbito empresarial, tanto para la atribución de responsabilidad a los directivos, como a los mandos medios y subordinados. En este apartado me detendré en algunos aspectos comunes a estas formas de participación, y ello servirá como preámbulo para el análisis posterior de ciertas cuestiones particulares de cada forma de participación, y de su posible configuración en el seno de la estructura empresarial.

---

<sup>7</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DoPC I (2001)*, 60; *RL 4-5 (2007)*, 143 s.

## A) Fundamento del castigo de la participación

En cuanto al fundamento del castigo de la participación, no profundizaré mucho en cada una de las teorías que se han esgrimido, pues esto excedería los alcances de la investigación que me he propuesto<sup>8</sup>, y simplemente mostraré un panorama general de las principales posiciones sostenidas, que pueden clasificarse, como indica LÓPEZ PEREGRÍN<sup>9</sup>, en dos grandes grupos (con todos los matices y variables que implica siempre una clasificación): las que se basan en la idea de la corrupción, y las que parten de la idea de contribución a la lesión del bien jurídico.

Con respecto a las primeras, las teorías de la corrupción o de la culpabilidad, basan el castigo del partícipe en que este ha corrompido al autor, lo ha llevado a obrar de manera culpable. Así, la culpabilidad del partícipe depende de la del autor, tanto en existencia como en medida<sup>10</sup>. Como señala LÓPEZ PEREGRÍN, estas teorías fueron perdiendo adeptos al mismo tiempo que se abandonaba la idea de la accesoriedad máxima, en favor de la accesoriedad limitada<sup>11</sup>, pues “no tendría sentido fundamentar la pena del partícipe en haber hecho incurrir al autor en una culpabilidad que puede no existir”<sup>12</sup>, siendo además la culpabilidad un elemento de carácter personal, propio del autor, cuya existencia o no, no tiene por qué determinar el castigo del partícipe<sup>13</sup>. A ello se añade que las teorías de la corrupción parecen partir de la existencia de un bien jurídico autónomo, “la disposición natural –del autor– para acatar las prescripciones, que se ve dañada por la *corrupción* realizada por el partícipe”<sup>14</sup>; corrupción moral que,

---

<sup>8</sup> Para una exposición detallada de estas teorías, remito a PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329 s.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 42 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 113 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 238 ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 10 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 978; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 117 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 350 ss.

<sup>9</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 115. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 978, propone la clasificación de estas teorías en dos grupos: en primer lugar, las teorías de la corrupción o de la culpabilidad; en segundo lugar, las teorías de la causación o del favorecimiento.

<sup>10</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 115.

<sup>11</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 115.

<sup>12</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 116, 122.

<sup>13</sup> Cfr., en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 978; ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 16 (133) (= *DP*, *PG*, T. II, § 26 nm. 16, 210).

<sup>14</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 117.

como defiende DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>15</sup>, no debe interesarle al Derecho penal. Cabe también destacar la crítica que pone de relieve el hecho de que estas teorías se dirigen básicamente a explicar la punición del inductor, y no pueden fundamentar el castigo del cómplice, pues no puede sostenerse que quien presta una contribución cualquiera a quien ya estaba decidido a cometer el delito, está corrompiendo al autor<sup>16</sup>.

En la actualidad, estas teorías que tienen como fundamento del castigo del partícipe la idea de la corrupción, prácticamente han sido abandonadas<sup>17</sup>, dando paso al segundo grupo de teorías, que tienen como punto en común la idea de contribución a la lesión del bien jurídico.

Son múltiples las variables que se derivan de este segundo fundamento, y que han dado lugar a concepciones divergentes, sobre todo en lo que tiene que ver con el valor –mayor, menor o nulo– que le conceden a la idea de la accesoriidad<sup>18</sup>. Así, en un extremo estaría la denominada teoría pura de la causación, para la cual “la participación tiene exclusivamente en sí misma el fundamento de su punibilidad y a la accesoriidad no corresponde más función que la de delimitar el ámbito de lo punible (...)”<sup>19</sup>. En el otro extremo estaría la teoría de la causación orientada a la accesoriidad, según la cual “el fundamento de la pena de la participación radica en la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor”<sup>20</sup>, y, por ello, la accesoriidad se entiende como fundamento de la punición del partícipe y no como mero presupuesto que limita esa punición<sup>21</sup>. Y una tercera concepción se sitúa entre ambos extremos e intenta combinar aspectos de las dos anteriores y evitar sus inconvenientes. De la primera teoría toma la

---

<sup>15</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 978.

<sup>16</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 116, 124 s. Esta autora afirma, además, que “fundamentar de manera diferente la punibilidad según la forma de participación de que se trate (inducción o complicidad), implicaría admitir soluciones distintas para cada una de ellas”, lo que la autora rechaza, pues considera que las formas de participación, aunque guardan diferencias, deben tratarse, en lo fundamental, como un fenómeno unitario (124).

<sup>17</sup> Así lo ponen de relieve, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 117 s.

<sup>18</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329 s.

<sup>19</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329. Por eso, como explica LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 127, para la teoría pura de la causación es incomprensible que se discuta el fundamento de la punición del partícipe, pues tanto para el caso del autor como para el del partícipe, la punibilidad tiene el mismo sustento, esto es, “la realización de un hecho típico y antijurídico autónomo”.

<sup>20</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329.

<sup>21</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 147.



idea de que el injusto de la participación no se puede explicar completamente como derivación del injusto del autor. No obstante, los defensores de esta teoría plantean que el contenido de injusto de la participación tampoco se puede explicar únicamente desde la idea de la causación de la lesión del bien jurídico, y por ello consideran a la accesoriadad como decisiva para configurar el castigo de los partícipes<sup>22</sup>.

Dentro de esta opción intermedia<sup>23</sup> se sitúa la teoría de ROXIN, de la “participación como ataque accesorio al bien jurídico”<sup>24</sup>, ampliamente acogida por la doctrina española<sup>25</sup>, y según la cual “el injusto de la participación se deriva en parte del injusto del autor, pero en parte es también independiente y autónomo”<sup>26</sup>. En este sentido, será derivado en cuanto a la accesoriadad, pues, según ROXIN, el injusto doloso que realiza el autor se le imputa también al partícipe (con atenuación para los supuestos de complicidad); pero será autónomo en cuanto dicha imputación solo procede si la

---

<sup>22</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 329.

<sup>23</sup> También la teoría de JAKOBS, *AT*, 1991, 661 (= *DP, PG*, 1997, 798), de la de la participación en el injusto referida al resultado, puede calificarse de “intermedia”, en tanto postula que el injusto de la participación consiste en el ataque propio (pero no como autor) de un bien a través de la “causación imputable de un hecho en concepto de autor, o más exactamente: la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación”.

<sup>24</sup> V., ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 11 (130 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 11, 207 s.).

<sup>25</sup> Acogen expresamente la teoría de ROXIN, de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, entre otros, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 53 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 161; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 331 ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 15; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 60 n. 51; LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 142 s. n. 286; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 382 ss. Considero que no se encuentran muy alejados de la teoría de Roxin, OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 309 ss., cuando plantea que la idea que consigue fundamentar de manera más coherente el castigo de la participación es la de un ataque propio y a la vez accesorio del partícipe (309). Así, considera que “la punibilidad del partícipe se basa en la conducta que él mismo ha desarrollado, induciendo al autor o colaborando con él a un hecho delictivo efectivamente comenzado” (310); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 375 ss., al considerar que al partícipe se le castiga “porque el riesgo no tolerado que genera su conducta se ha materializado en el resultado de lesión” (376), y al distinguir dos componentes en el fundamento de la pena del partícipe: en primer lugar, un componente autónomo, propio del partícipe, que es la creación de un riesgo no permitido; y en segundo lugar, un componente de carácter derivado o accesorio, que consiste en la materialización de ese riesgo no permitido en un hecho principal jurídico-penalmente relevante (378 s.); MARAVER GÓMEZ, en: JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, 655, cuando, para fundamentar la responsabilidad del partícipe, señala que “es necesario que sea competente del riesgo típicamente desaprobado que da lugar no ya al resultado típico o a la lesión del bien jurídico, sino a la conducta del autor que implica a su vez un ataque al bien jurídico. El partícipe ha de ser garante de la evitación de la conducta del autor”. En cambio es crítico con la teoría de Roxin, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 132 ss., porque considera que esta no explica cómo el injusto del partícipe puede ser, al mismo tiempo, derivado y autónomo (132). Rechaza que una teoría sea ecléctica en sus soluciones, y, en este sentido, sostiene que el injusto del partícipe será autónomo o derivado, pero no puede describirse atendiendo a dos características heterogéneas: la accesoriadad y el ataque propio al bien jurídico (133).

<sup>26</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 11 (130) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 11, 207).

colaboración en el hecho del autor representa, al mismo tiempo, “un ataque propio al bien jurídico por parte del partícipe”<sup>27</sup>.

Esto último me lleva a recalcar la importancia de no perder de vista que, sin perjuicio de la accesoriedad de la participación, que aquí he defendido, el partícipe también realiza un injusto propio. En palabras de PEÑARANDA RAMOS<sup>28</sup>, que comparto íntegramente, “nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro. Lo que sucede es que el propio desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos”<sup>29</sup>.

## **B) Accesoriedad de la participación**

Ya en el capítulo II de esta investigación, y al hilo de la discusión sobre el concepto de autor, me referí a la accesoriedad como característica más destacable de un concepto restrictivo de autor, y como una de sus principales ventajas, en tanto permite una mayor precisión de la descripción típica y, en consecuencia, una mayor conformidad con los principios del Estado de Derecho. Por ello remito a las consideraciones que hice en ese lugar, y que me eximen de volver sobre las generalidades de este requisito.

Sí considero importante, en cambio, insistir en la importancia del respeto al principio de accesoriedad limitada (entendida como la exigencia de que el hecho del autor sea típicamente antijurídico, aunque no sea culpable), y que es defendido también por la mayoría de la doctrina española<sup>30</sup>. Este principio, como sostiene ROXIN, “vincula

---

<sup>27</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 11 (131) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 11, 207 s.).

<sup>28</sup> PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 336.

<sup>29</sup> En un sentido similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 978; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 157, si bien este autor defiende que la accesoriedad sea mínima.

<sup>30</sup> Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1969*, 465; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 509 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 1990, 337; SÁINZ-CANTERO, *Lecciones, PG*, 3ª, 1990, 814; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *CDJ 1994-39*, 145; *Autoría y participación*, 1996, 117; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 165; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 405; DEL ROSAL BLASCO, *CDJ 1994-XXXIX*, 190; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones*, 1995, 336, 341; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP, PG*, 18ª, 1995, 806 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 300 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 380; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 330; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 206 ss.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 288 ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 16; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 52 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 311, 980 s.; BUSTOS

por un lado la pena de la participación, de modo conforme al Estado de Derecho, a la existencia de injusto típico del autor y evita así un desbordamiento o extensión excesiva de la punibilidad de la participación que es inevitable si se renuncia a la accesoriedad”<sup>31</sup>.

### C) Participación en cadena

Uno de los aspectos más debatidos en la doctrina penal, con respecto a las formas de participación, es el de la posibilidad de la participación en cadena –esto es, la participación de un sujeto en el hecho de otro que, a su vez, participa en el hecho del autor<sup>32</sup>– y de cómo deben castigarse cada una de las distintas combinaciones (inducción a la inducción, inducción a la complicidad, complicidad en la complicidad, complicidad con la inducción<sup>33</sup>).

---

RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 409; DEL CASO JIMÉNEZ, en: SÁNCHEZ MELGAR (coord.), *Comentarios*, 2ª, 2006, 261; BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente*, 2007, 59 s.; PÉREZ CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 151; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP, PG*, 2ª., 2010, 388; JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *DP, PG*, Tomo I, 6ª, 2011, 334; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 220; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 171; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 419; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 151; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 474; en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 351; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 382; LUZÓN CUESTA, *PG*, 23ª, 2016, 199; LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 11/24, 11/49; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 412; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 205.

<sup>31</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 34 (139) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 34, 216 s.).

<sup>32</sup> Cfr., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 983.

<sup>33</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 297 s., ejemplifica algunas de estas combinaciones. Así, en cuanto a la complicidad en la inducción, pone como ejemplo el caso de quien convence al autor de que escuche al inductor, o al que sirve de intermediario entre autor e inductor; la complicidad en la cooperación necesaria, la ejemplifica a partir del sujeto que consigue las esposas con las que el cooperador necesario inmoviliza a la víctima mientras que el autor la lesiona; luego se refiere a la complicidad en la complicidad, y con ella al caso del sujeto que presta el dinero con el que otro sujeto comprará el veneno para el asesino; en cuanto a la inducción a la complicidad, se refiere al ejemplo de quien da dinero a alguien que posee información sobre las costumbres de la víctima, para que le dé esta información al autor; por último, con respecto a la cooperación necesaria a la complicidad, pone el ejemplo del sujeto que “sostiene en sus hombros al cómplice que vigila mientras el autor roba” (298). Advierte que no serían supuestos de complicidad los de inducción a la inducción (a los que considera de inducción), ni los de inducción a la cooperación necesaria o cooperación necesaria a la inducción (que serán ambos de cooperación necesaria) (298 s.).

En la búsqueda de una solución adecuada para este fenómeno, la doctrina se ha movido en tres direcciones, como expone GIMBERNAT ORDEIG<sup>34</sup>:

1. En primer lugar, la tesis que considera que “los actos de participación en otros de participación son actos de *participación en el hecho principal*”<sup>35</sup>. Así, la inducción a la inducción es inducción al hecho principal; la inducción a la complicidad es complicidad en el hecho principal; la complicidad a la inducción es complicidad en el delito del autor<sup>36</sup>.

2. La segunda corriente considera que, cuando el CP hace referencia a inducir, cooperar o auxiliar al hecho, no solamente se refiere al delito contenido en el tipo de la parte especial, sino también al hecho que es la misma participación delictiva, “pues la inducción o la complicidad son también hechos punibles”<sup>37</sup>. Así, el inductor del inductor al hecho principal sería castigado por su participación como inductor en el hecho punible de la inducción, y el cómplice sería castigado por auxiliar en el hecho punible de la complicidad<sup>38</sup>.

En opinión de GIMBERNAT, las consecuencias prácticas de estas dos primeras teorías solo difieren en los supuestos de complicidad a la complicidad pues “al inductor del inductor se le impone la pena del autor tanto si se le considera inductor del hecho principal como si se le considera inductor del hecho: inducción; el cómplice del inductor será castigado igual si se le califica de cómplice del autor principal que si se le califica de cómplice del inductor; y al inductor del cómplice le es lo mismo, a efectos de punibilidad, que se le considere, con la tesis dominante, de cómplice del hecho principal que, con la tesis minoritaria, inductor de la complicidad”<sup>39</sup>. En cambio, con la

---

<sup>34</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 323 ss. V., también, al respecto, OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 429 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 983 s.

<sup>35</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 323.

<sup>36</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 323.

<sup>37</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 326. Cfr., también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 983.

<sup>38</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 326.

<sup>39</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 329.

complicidad a la complicidad, y si se acepta la segunda tesis, el sujeto tendría una doble rebaja de pena porque sería cómplice del hecho de complicidad<sup>40</sup>.

3. Por último, como expone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, un tercer sector de la doctrina considera que la participación en la participación no sería punible, pues sostienen que las normas de participación extienden la punibilidad solo a quienes intervienen en el hecho del autor<sup>41</sup>.

Considero, con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>42</sup>, que la tesis que mejor logra abarcar el fenómeno de la participación en la participación es la primera, esto es, aquella que entiende que la participación en cadena es participación en el hecho principal. Este autor se pregunta, a manera de ejemplo, si acaso no facilita el hecho constitutivo de homicidio por parte del autor quien convence a otro para que le entregue al autor la pistola que este utiliza para matar. Y nuevamente coincido con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en que la respuesta debe ser positiva.

No obstante, reconozco que esta conclusión no ha sido pacífica en la doctrina española, sobre todo en el supuesto de la inducción en cadena<sup>43</sup>, lo que merece que, a continuación, le dedique un apartado específico a la exposición de la discusión y de las diferentes posiciones que se han asumido.

#### *a. La discusión sobre la inducción en cadena*

Como acabo de señalar, el supuesto más discutido de participación en cadena es el de la inducción a la inducción. Y pienso que esta discusión ha sido más fuerte en España<sup>44</sup> por el hecho de que la fórmula legal de la inducción emplea el adverbio

---

<sup>40</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 329.

<sup>41</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 984.

<sup>42</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 984.

<sup>43</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 984.

<sup>44</sup> En Alemania, por ejemplo, destaca la posición de ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 176 (190) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 176, 272), quien, además de defender expresamente que la inducción en cadena es una inducción al hecho principal, en cuanto “todo eslabón en la cadena mediante su aportación (co)determina al autor al hecho”, utiliza también un argumento legal, cuando señala que el legislador alemán reconoce la inducción en cadena en el § 30 I y II StGB al utilizar las expresiones “cometer un delito grave o a inducir al mismo”. También consideran que la inducción en cadena es inducción al hecho

“directamente”<sup>45</sup>. En efecto, si la expresión “directamente” se interpreta en el sentido de realizar “una incitación abierta y clara”<sup>46</sup>, no habría obstáculo para admitir que la inducción en cadena es también una inducción al hecho principal. En cambio, si la expresión se interpreta como necesidad de “*contacto personal inmediato*” entre el inductor y el inducido<sup>47</sup>, tendrá que descartarse de plano la posibilidad de inducción en cadena.

La doctrina española se debate, principalmente, entre estas tres alternativas de solución: en primer lugar, considerar que la inducción a la inducción es inducción al hecho principal<sup>48</sup>; en segundo lugar, sostener que se trata de cooperación necesaria en el hecho principal<sup>49</sup>; y, por último, afirmar que es impune<sup>50</sup>. Para hacer más evidentes las

---

principal, entre otros, JESCHECK, *AT*, 3ª, 1978, 567; JAKOBS, *AT*, 1991, 670 (= *DP*, *PG*, 1997, 809); ROTSCH, *ZStW* 112 (2000), 561 s.; STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 376 s.

<sup>45</sup> El art. 28 CP español, en su letra a), se refiere a los inductores como “los que inducen *directamente* a otro u otros a ejecutarlo [el hecho]”. Por su parte, por ejemplo, ni el StGB, ni el CP colombiano, incluyen este requisito de que la inducción sea directa.

<sup>46</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 498. Defienden también esta interpretación, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 133 s.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 147 s.; *PG*, 2010, 1089; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 828; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, 273.

<sup>47</sup> Así, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, 2006, 380. También defienden esta interpretación, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP*, *PG*, 2ª, 1986, 533; DEL ROSAL BLASCO, *CDJ 1994-XXXIX*, 203; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 272; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP*, *PG*, 5ª, 1999, 758; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 242; SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios*, T. I, 3ª, 2001, 552; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 183; PÉREZ CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 155; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *DP*, *PG*, 2ª, 2010, 389; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios*, *PG*, 2011, 350; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, *PG*, 2ª, 2015, 397; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP*, *PG*, 9ª, 2015, 473; Díez RIPOLLÉS, *DP*, *PG*, 4ª, 2016, 387.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *DP*, *PG*, 18ª, 1995, 810 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 133 s.; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. III, 2000, 147 s.; *PG*, 2010, 1089; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 298 s.; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 386; JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *DP*, *PG*, Tomo I, 6ª, 2011, 340; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, 273.

<sup>49</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 331 s.; *Introducción*, 1979, 149; MIR PUIG, en: JESCHECK, *DP*, *PG*, 3ª, 1981, 973 (se trata de las adiciones de Derecho penal español al Tratado del autor alemán); *PG*, 10ª, 2016, 419; GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 129, señala que, en algunas ocasiones, el legislador ya eleva la conducta del intermediario a la categoría de autoría. Pero en los supuestos en que no existe tal tipo autónomo, considera que la conducta del primer incitador se puede reconducir a un supuesto de provocación “que, en su caso, entraría en concurso de leyes con la cooperación necesaria cuando el destinatario al que se dirigió el primer inductor con la intención de que ejecutase el hecho se limita a incitar –con independencia del éxito que en concreto tenga– a otra persona para que emprenda su ejecución”, o a un supuesto de cooperación necesaria, cuando el requerimiento de ese primer incitador, desde un principio se dirigía a que el destinatario incitase, a su vez, a un tercero; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP*, *PG*, 5ª, 1999, 758, señalan que estos supuestos deben castigarse como complicidad; SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios*, T. I, 3ª, 2001, 552; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 984; FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, 2004, 183, 185 s.; PÉREZ CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS

consecuencias de asumir cada una de las posiciones, me valgo de los hechos contenidos en la STS 393/2007, de 27 de abril, que ilustran un caso de inducción a la inducción. Luego de exponer estos hechos, mostraré la solución que podría brindarse a partir de la posición que se asuma; la solución que acogió el TS; y, finalmente, señalaré por cuál me decanto.

Según los hechos probados recogidos en la sentencia, “el día 15 de febrero de 2004, Cornelio y Patricia (que habían contraído matrimonio el día 10 de diciembre de 2003), tras visitar en Palencia a Carlos y a Jon (hermanos de la referida Patricia), y siendo aproximadamente las 22:30 horas, iniciaron viaje de regreso a su domicilio en Madrid (...). En el transcurso de dicho viaje, Cornelio y Patricia mantuvieron una discusión motivada por las sospechas que aquel tenía de la posible relación de esta con otra persona. Cornelio llegó a decirle a Patricia que si la veía con dicha persona la iba a matar y que, para no llegar a tal extremo, se iría del domicilio común. Tras detener Patricia el vehículo (...), Cornelio se apeó voluntariamente, siguiendo viaje Patricia. Transcurrido un tiempo no determinado, Cornelio, al no encontrar núcleo urbano ni refugio alguno cerca del lugar en el que se había apeado del vehículo, llamó por teléfono a Patricia para que volviera a recogerle, manifestándole esta que así lo haría y pidiéndole que le indicara el lugar en el que se encontraba. Inmediatamente después, Patricia se puso en contacto con su hermano Jon (que se encontraba en Palencia) y lo convenció para que se trasladara al lugar en el que había quedado con Cornelio y agrediera a este. En hora que no ha quedado precisada, Jon, tras ponerse en contacto con otro individuo [al que aquí llamaré Pedro] no sujeto a esta resolución (al que informó de

---

(dir.), *Comentarios*, 2007, 155; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 158; en: CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.): *DPE, PG y PE*, 2016, 54. Menciono también aquí a OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 308, quien considera que estos supuestos deben tratarse como cooperación necesaria, complicidad, aunque también podrán ser impunes. No obstante, este autor distingue los supuestos en los que los sucesivos eslabones de la estructura simplemente actúan como transmisores entre el primer y último eslabón, y considera que en estos supuestos se podría defender la existencia de una inducción “en toda regla”.

<sup>50</sup> Aquí incluyo también a algunos autores que rechazan la posibilidad de la inducción en cadena, pero no se pronuncian sobre la viabilidad de castigarla como complicidad o cooperación necesaria, lo que me lleva a entender que la consideran impune. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP, PG*, 2ª, 1986, 535; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 242; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 172, consideran que la falta de punición de la inducción a la complicidad y de la inducción en cadena constituye una laguna grave en el derecho penal español; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP, PG*, 2ª, 2015, 397 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 473; Díez RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4ª, 2016, 387; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 356; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 192 n. 107.

la petición de Patricia) se puso de acuerdo con él para llevar a cabo la indicada agresión, trasladándose ambos a bordo del vehículo R (conducido por Jon) al lugar en el que, según las indicaciones recibidas de Patricia, se encontraba Cornelio. Patricia también acudió a dicho lugar en su vehículo. Inmediatamente después, cuando Cornelio se acercaba al vehículo de Patricia, esta, sin haber llegado a apearse, abandonó el lugar en dicho automóvil, y, mientras Jon permanecía junto al turismo en el que había llegado, el individuo que le acompañaba se dirigió a Cornelio llevando un cuchillo de aproximadamente 20 centímetros de hoja que sacó de una funda, ante lo cual Cornelio se alejó del lugar seguido por dicho individuo, quien, tras darle alcance, le asestó varios golpes y le causó ‘herida inciso contusa en región fronto-parietal izquierda y herida inciso contusa en región paravertebral derecha’. Cornelio, al intentar evitar la agresión agarrando el cuchillo, sufrió heridas en la palma de la mano izquierda, sin afectación tendinosa, lesiones cuya curación precisó, además de una primera asistencia, ingreso hospitalario, cura de heridas y corrección del estado hemodinámico, y que tardaron en curar veinte días (ocho de los cuales Cornelio estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales)”<sup>51</sup>.

En resumen, Patricia convenció a su hermano Jon para que lesionara a Conrado; y Jon, a su vez, le transmitió esa solicitud de Patricia a Pedro, quien, finalmente, fue quien le produjo las lesiones a Cornelio. Por eso el TS (no lo hace así la sentencia de la AP<sup>52</sup>) se refiere expresamente a que se trata, en este caso, de una inducción en cadena (aunque la solución que brinda, como mostraré enseguida, no se compadece, en mi criterio, con esa figura).

Una vez relatados los hechos, cabe afirmar que la primera de las corrientes doctrinales (de las mencionadas arriba) podría sostener que la inducción (que hace Patricia) a la inducción (que hace Jon) es inducción al hecho principal (las lesiones que Pedro le produce a Conrado), y así tendría que castigarse. Para la segunda corriente, en cambio, Patricia no habría inducido al hecho principal sino que habría “inducido a otro a que indujese al hecho principal”<sup>53</sup>, y, por tanto, calificarían a Patricia como cooperadora necesaria. Finalmente, la tercera corriente tendría que considerar que la

---

<sup>51</sup> Continúa el relato de los hechos en la sentencia, pero aquí me restrinjo a los pertinentes para el tema que analizo.

<sup>52</sup> Cfr., ESCOBAR VÉLEZ, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal en casos*, 2018, 424 s.

<sup>53</sup> En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 329 s.



conducta de Patricia es impune, porque faltaría el requisito de “directamente”, que interpretan como un contacto personal inmediato entre el inductor y el autor.

Lo sorprendente es que el TS, si bien consideró que “no es impedimento para afirmar la inducción el que hubiera mediado intermediario, ya que puede existir una forma de inducción que se valga de una persona para crear en otro la resolución criminal, sin que a ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, ya que con ello lo que quiere el legislador es que se concrete en un (sic) determinada persona (autor) y en un determinado delito, sin que se impida una posible inducción en cadena”, confirmó la condena de la sentencia de primera instancia, que, si bien castigó a Patricia como inductora del delito de lesiones, castigó a Jon como cómplice de dicho delito.

Al respecto, cabe hacer varias observaciones: me parece que el TS, en su decisión, está confundiendo dos figuras: la inducción en cadena y la inducción mediata. El caso descrito es, en mi opinión, un ejemplo de inducción en cadena, pero *no de inducción mediata*, que, como expuse en el capítulo anterior, requiere que haya una *instrumentalización* del sujeto de delante por parte del inductor mediato. Así, trayendo esas consideraciones al caso bajo estudio, para que se configurara una inducción mediata, Patricia tendría que haber instrumentalizado de alguna manera a su hermano Jon (error, coacción...), para que este hiciera nacer en Pedro la idea delictiva. Como se desprende de los hechos relatados, no fue esta la situación, pues Jon, de manera plenamente libre, y con pleno conocimiento, indujo a Pedro para que este le produjera las lesiones a Cornelio. A ello se añade –y quizás esto es lo más criticable de la decisión del TS– que, al calificar la conducta de Jon como de complicidad, se estaría afirmando que Patricia actuó como *inductora*, valiéndose (para utilizar la expresión del TS) de alguien cuya conducta fue de *complicidad*.

#### *b. Toma de postura*

Aunque reconozco la complejidad de la discusión sobre la inducción en cadena<sup>54</sup>, y las aportaciones valiosas que presentan cada una de las alternativas de

---

<sup>54</sup> Si bien debo advertir de que, en países como Alemania o Colombia, en los que no se exige que la inducción sea directa (con los problemas de interpretación que, como se vio, ello genera), la discusión

solución<sup>55</sup>, me inclino a defender la primera de estas alternativas, esto es, aquella que postula que la inducción a la inducción es inducción al hecho principal, y así debe ser castigada. No obstante, insisto en que se trata de un tema muy complejo, que merece un estudio monográfico más detallado.

De acuerdo con lo anterior, en el caso juzgado por el TS, considero que tanto Patricia como Jon son inductores (en cadena) al hecho principal de las lesiones, ejecutado por Pedro. Y aquí reitero el rechazo a que estos supuestos, en los que no existe ningún mecanismo de instrumentalización, se confundan con los de inducción mediata, o que la conducta de quien hace surgir en otro (sin instrumentalizarlo) la resolución de realizar como autor un delito sea considerada como de complicidad. Otras soluciones como la de considerar cooperadora necesaria a Patricia me parecen más sostenibles pero menos convincentes que la que aquí asumo.

El reconocimiento de la inducción en cadena como inducción al hecho principal puede también representar una vía de solución adecuada a supuestos comunes dentro de una estructura empresarial. En este sentido, y como pone de relieve ROTSCH<sup>56</sup>, sobre la base de una teoría objetiva del dominio del hecho, en los supuestos en que una aportación del instigador al hecho se “propaga” hacia abajo para que se realice el hecho, se puede aceptar sin dificultades una inducción o *inducción en cadena*.

#### **D) La discusión sobre la participación imprudente**

La defensa que en este trabajo he hecho de un concepto restrictivo de autor, también para el delito imprudente, a partir del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, implica, como primera consecuencia, la posibilidad dogmática de distinguir entre conductas de autoría y participación imprudente<sup>57</sup>. Sin embargo, que en

---

sobre la posibilidad de inducción en cadena será menos compleja, y la figura podrá aceptarse más fácilmente.

<sup>55</sup> Cfr., al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 983 s.

<sup>56</sup> ROTSCH, *ZStW 112 (2000)*, 561 s.

<sup>57</sup> En España defienden, en cambio, un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, y, por tanto, niegan la posibilidad de distinguir en ellos a autores y partícipes, GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 124 s., 507; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *CDJ 1994-39*, 147; *Autoría y participación*, 1996, 147, 154; en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, T. I, 1999, 561; en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Comentarios*, 2007, 434; *PG*, 2010, 531; BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 380, 387; CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001,

lo conceptual sea posible hacer esta distinción no implica, necesariamente, que la participación imprudente deba ser castigada. Se trata de dos aspectos independientes, de los cuales el interrogante en torno al castigo de la participación imprudente es, quizás, el que más controversia ha generado en la doctrina española. Aquí me detendré en las posiciones que defienden el castigo de la participación imprudente, y en aquellas que lo rechazan, para luego asumir una posición. No obstante, debo anticipar que el asunto me parece aún dudoso, y que son –principalmente– motivos de política criminal los que hacen que me incline por una de las soluciones.

a. *La defensa del castigo de la participación imprudente*

Entre quienes defienden el castigo de la participación imprudente<sup>58</sup>, destaco el análisis que realiza SÁNCHEZ LÁZARO, pues considero que recoge los principales argumentos en este sentido, y lo hace de una manera detallada y clara. Para este autor, en el CP español, “la incriminación excepcional de determinados tipos de conductas no determina la impunidad en las mismas de las formas de intervención accesoria”<sup>59</sup>. Como ejemplo de lo anterior cita el art. 27 CP, según el cual son responsables penalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices. Y a partir de ahí sostiene que si las faltas se castigan excepcionalmente, y aun así se prevé en ellas la

---

212; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, 2006, 415; HERNÁNDEZ BASUALTO, en: BERRUEZO et al: *DPE*, 2010, 221; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, PG, 4ª, 2010, 426 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª, 2015, 496 s., si bien rechaza la participación imprudente, en la edición de 2010 (565) era más enfático en señalar expresamente que en los delitos imprudentes no es posible distinguir entre autores y partícipes. Rechazan también la posibilidad de participación imprudente, pero sin declarar expresamente la defensa de un concepto unitario de autor, SÁINZ-CANTERO, *Lecciones*, PG, 3ª, 1990, 812; SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios*, T. I, 3ª, 2001, 199; JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *DP*, PG, Tomo I, 6ª, 2011, 296; MELENDO PARDOS, en: GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *DP*, PG, 2ª, 2015, 387, 403; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 6ª, 2016, 315; RAGUÉS I VALLÉS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.): *Memento*, 2016, nm. 606 (79); ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 204.

<sup>58</sup> También se muestran partidarios, de manera expresa, del castigo de la participación imprudente, FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, 9; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 223; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP*, PG, 4ª, 2016, 402 ss. Por su parte, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 388 s., como se verá enseguida, defiende expresamente el castigo de la inducción y la cooperación necesaria imprudentes, pero no de la complicidad. Cabe también mencionar aquí a DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, 2007, *passim*, quien, aunque no se pronuncia expresamente a favor del castigo de la participación imprudente, de las soluciones que propone en los diferentes supuestos que analiza en su monografía, puede desprenderse que está de acuerdo con ella.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 453.

responsabilidad accesoria, no hay razón para excluirla en los delitos imprudentes<sup>60</sup>. A ello añade que incluso, al ser más graves estos últimos, serían mayores las razones para castigar en ellos la participación<sup>61</sup>.

También, para SÁNCHEZ LÁZARO, y desde una perspectiva material, no resulta acertado político-criminalmente dejar impunes “conductas que justifican la imposición de penas de cuatro e, incluso, diez años de privación de libertad”<sup>62</sup>. En cambio, sostiene que “desde el momento en que se observa que el grado de merecimiento y necesidad de pena que muestran las formas de intervención accesoria en esta otra forma de responsabilidad subjetiva se torna evidente que su punibilidad es, ante todo, una necesidad político-criminal”<sup>63</sup>.

A este argumento añade que la defensa de la impunidad de la participación imprudente conlleva una “huida hacia el dolo eventual” o a la ampliación del concepto de autor para incluir en él todas las contribuciones que merezcan ser castigadas, pero en ningún caso a la impunidad<sup>64</sup>. Este pronóstico lo sustenta en la jurisprudencia española y en la doctrina y jurisprudencia alemana: “cuando el grado de desarrollo de la autoría y participación o el legislador han impedido castigar las conductas de participación imprudente como tales, no se ha renunciado a su punibilidad, simplemente se ha acudido a otras categorías”<sup>65</sup>. Por último, SÁNCHEZ LÁZARO considera que admitir la punición de la participación imprudente permite una mejor graduación de la responsabilidad de los sujetos intervinientes, lo que se muestra cada vez más necesario, “dada la creciente complejidad que muestran los procesos delictivos en el ámbito de la imprudencia”<sup>66</sup>.

Como se desprende de lo anterior, SÁNCHEZ LÁZARO defiende el castigo de todas las formas de participación imprudente. No así, por ejemplo, MIR PUIG, cuya posición se caracteriza por defender el castigo de la inducción y la cooperación necesaria

---

<sup>60</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 453 s.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 454.

<sup>62</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 456.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 457.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 458.

<sup>65</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 458.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 459.

imprudentes, pero no de la complicidad<sup>67</sup>. Esta conclusión la extrae de la redacción de los tipos imprudentes en la Parte Especial. Señala que “el art. 28 declara que ‘también serán considerados autores’ los inductores y cooperadores necesarios, por lo que también cabe *considerar* que estos partícipes ‘cometen’ el delito del que se consideran autores (...). Y, como hemos visto, cuando en los tipo (sic) imprudentes se exige ‘cometer’, ‘realizar’, etc., el delito descrito en el tipo doloso, sólo se está requiriendo que se cometa o realice su parte objetiva. Por tanto, también habrá que *considerar* que lo hacen quienes induzcan o cooperen necesariamente a la realización de la parte objetiva del tipo, aunque lo hagan sin dolo, por imprudencia”<sup>68</sup>.

#### *b. El rechazo del castigo de la participación imprudente*

Como anticipé, otro sector de la doctrina, aunque considera conceptualmente posible la participación imprudente, rechaza su castigo<sup>69</sup>. Los argumentos que se presentan son variados, y van desde considerar atípica esta clase de participación, hasta rechazarla en virtud de razones político-criminales. Aquí haré referencia a la tesis de LUZÓN PEÑA<sup>70</sup>, que combina los dos tipos de argumentos y, por lo mismo, amplía el panorama de discusión.

---

<sup>67</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 388 s.

<sup>68</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 389.

<sup>69</sup> Cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 212 s.; *PG I*, 1996, 507-51, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 18/43 ss.; RUIZ ANTÓN, en: *CDJ 1994-XXXIX*, 391, pues considera que tanto la inducción, como la cooperación necesaria y la complicidad requieren un doble dolo. En el caso de la inducción, un dolo dirigido a hacer surgir en el otro la resolución criminal y otro dirigido al resultado del hecho principal; y para la cooperación necesaria y la complicidad, un dolo dirigido a prestar ayuda al autor, y otro dolo dirigido al resultado del hecho principal; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 326; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 81; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 61; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 57 n. 45; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 150 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *EPB*, 2002, 195; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 600; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR VIVES, *PG*, 2004, 240; PÉREZ CEPEDA, en: ARROYO ZAPATERO Y OTROS (dir.), *Comentarios*, 2007, 155, 158; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 425; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DEMETRIO CRESPO (Coord.), *Lecciones*, t. II, 2011, 220; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *DP, PG*, 3ª, 2015, 192; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 469. Y se refieren a la excepcionalidad del castigo del delito imprudente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones*, 1995, 341; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, 1999, 62, quien sostiene que “si la participación dolosa se sanciona menos que la autoría dolosa, con mayor motivo debe sancionarse menos, incluso llegando a su impunidad, la participación imprudente”.

<sup>70</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 212 s.; *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 18/43 ss.

LUZÓN PEÑA sostiene que en los delitos imprudentes solo están prohibidas penalmente las conductas que constituyen una auténtica realización del tipo penal, esto es, las conductas de autoría, pues la ley no prevé la punición de las formas de participación imprudente<sup>71</sup>. En este sentido explica que, aunque es posible distinguir conceptualmente entre autoría y participación en los delitos imprudentes, la inducción y la cooperación, según se desprende de los arts. 28 y 29 CP, deben ser dolosas<sup>72</sup>. Además, según el art. 12 CP, las acciones u omisiones imprudentes solo se castigan si están expresamente tipificadas en la ley; y en los preceptos de la Parte Especial que tipifican figuras imprudentes, solo se prevé la realización imprudente del tipo, esto es, la conducta de autoría<sup>73</sup>.

No obstante señala que, aunque la participación imprudente es penalmente atípica, es *extrapenalmente ilícita*<sup>74</sup>. Así, las conductas imprudentes de mera participación son hechos antijurídicos extrapenales, es decir, ilícitos administrativos o civiles<sup>75</sup>. Para LUZÓN PEÑA, esta es una respuesta adecuada desde lo político-criminal, debido al carácter fragmentario y de *ultima ratio* de la responsabilidad penal, a la menor gravedad de los hechos imprudentes<sup>76</sup> y a las formas de participación como causas de ampliación de la tipicidad (y que, como tales, hacen aconsejable su interpretación restrictiva)<sup>77</sup>. Señala, sin embargo, que si en algún supuesto no se considerara adecuada tal solución porque la conducta tiene ciertas peculiaridades que la hacen más peligrosa, podría entonces tipificarse esa figura de favorecimiento o participación imprudente de determinada conducta como un delito autónomo<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 18/43.

<sup>72</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 18/44. Similar en LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 212.

<sup>73</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 18/44.

<sup>74</sup> En un sentido similar se pronuncia GIL GIL, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios*, 2015, 157 s., quien distingue entre autoría y participación en el delito imprudente, pero considera atípica la participación imprudente (y solo sancionable como ilícito administrativo).

<sup>75</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 18/48.

<sup>76</sup> En sentido similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 57 n. 45.

<sup>77</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG, 3ª, 2016, 18/48.

<sup>78</sup> LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, 1991, 212 s. Una postura muy similar sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 150 ss., quien considera impune la participación imprudente y da una serie de razones para ello: la interpretación restrictiva de los preceptos que regulan las formas de participación en sentido estricto; “la exigencia de dolo que parece derivarse de la descripción de la inducción punible en el art. 28, segundo inciso a CP, que ha de hacerse extensiva

c. *Toma de postura*

Debo insistir en que la discusión sobre el castigo de la participación imprudente me parece una de las más complejas, sobre todo porque los argumentos dogmáticos para rechazarla, si bien son muy persuasivos, en mi opinión no resultan del todo concluyentes.

Más relevantes me parecen, en cambio, los argumentos político-criminales para rechazarla, y hacia esa solución me inclino<sup>79</sup>. Como ya puse de relieve al hilo de la exposición de las dos corrientes, los preceptos que regulan la participación funcionan como dispositivos amplificadores del tipo penal, que exigen, por esa misma condición, una interpretación restrictiva. El castigo de la participación en la modalidad imprudente sería, en ese sentido, una ampliación de la ampliación, muy lejana ya a la idea de lesión del bien jurídico, que debería orientar siempre estas discusiones.

En esta línea, aunque resulta sugestivo, no me convence el argumento (también de carácter político-criminal) según el cual el rechazo al castigo de la participación imprudente implica una huida hacia el dolo eventual o hacia la autoría imprudente. Y no porque niegue que la realidad de los tribunales pueda ser esa, sino porque, precisamente, no creo conveniente que la interpretación de las normas que amplían el ámbito de punición se haga al vaivén de las prácticas de los tribunales, y que, con ello, la doctrina termine acudiendo al criterio de la interpretación “menos mala”, de acuerdo con esas prácticas, y no al de la “mejor”, de conformidad con los principios que limitan la intervención punitiva estatal (con independencia de si los tribunales están siendo más o menos respetuosos de dichos principios).

---

lógicamente a otras formas de participación”; la menor gravedad del delito imprudente, que aconseja interpretarlo restrictivamente (150). Y añade, también en la misma línea de LUZÓN PEÑA, que “puede suceder que algunos supuestos concretos de participación imprudente en determinados delitos se consideren merecedores y necesitados de pena, en cuyo caso la ley debería tipificarlos expresamente” (153).

<sup>79</sup> En la línea de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 150 ss.

## E) La discusión sobre las denominadas “conductas neutrales” y la relevancia (o no) de los conocimientos especiales

### a. Contextualización

Lo primero que cabe aclarar con respecto al tema de las denominadas “conductas neutrales” es que se discute, incluso, su denominación. Como pone de relieve ROBLES PLANAS<sup>80</sup>, todavía no existe en la doctrina una denominación homogénea para este fenómeno, y se habla, por ejemplo, de “conductas o acciones neutrales”, ‘cotidianas’, ‘estándar’, ‘negocios normales de la vida diaria’, ‘conductas social y/o profesionalmente adecuadas’, ‘acciones conforme al ordenamiento jurídico’, ‘acciones en las que no existe solidarización con el injusto ajeno’, ‘conductas limitadas a la actividad profesional’, etc.”. Aquí utilizaré la expresión “conductas neutrales”, por ser la más extendida, y porque creo que expresa de manera suficiente lo que con ella se ha querido dar a entender, aunque en esto tampoco exista acuerdo en la doctrina.

En efecto, son múltiples las definiciones que del concepto de conductas neutrales se encuentran en la literatura científica<sup>81</sup>; sin embargo, pueden extraerse de ellas ciertos puntos comunes, que ayudan a comprender el fenómeno: en primer lugar, puede afirmarse que se trata de conductas “externamente corrientes por completo”<sup>82</sup>; en segundo lugar, estas conductas suelen ser manifestación del desarrollo de un “rol en

---

<sup>80</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 31 s. Se refiere también a la ambigüedad del término, LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 1 ss.

<sup>81</sup> En España, por ejemplo, destacan las definiciones que ofrecen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 255, quien define los actos cotidianos como “intervención en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente puede incrementar las posibilidades de comisión de un delito”; FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, 12, que explica que en la jurisprudencia y la doctrina alemanas, la expresión “acciones neutrales” se ha utilizado en referencia a “aquellas conductas que reúnen los requisitos tradicionales de la participación pero que objetivamente no pueden ser entendidas como tal”; LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, quien advierte de que se referirá como “neutra” o “neutral” a la contribución que deba quedar sin castigo penal; neutro, para este autor, será opuesto a punible; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 33, quien describe a la conducta neutral a partir de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo: el primero de ellos es el de la ejecución de conformidad con un rol, estándar o estereotipo; el segundo se refiere al conocimiento por parte de quien realiza dicha conducta “de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo”; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 48, quienes definen las conductas neutrales como aquellas que “aun cuando colaboran en el riesgo que se realiza en el resultado, se producen en el desarrollo de un rol en principio lícito”.

<sup>82</sup> STRATENWERTH, *PG I*, 2005, 359. Este autor, aunque no las nombra así, se refiere a las conductas neutrales como “formas de conducta externamente corrientes por completo (...), si ellas, en el caso concreto, posibilitan o facilitan la comisión de un delito”.



*principio lícito*”<sup>83</sup>, de un “estándar o estereotipo”<sup>84</sup>; por último (y es lo que hace que sea relevante la discusión jurídico-penal en torno a ellas), se trata de conductas que, no obstante las dos características anteriores, incrementan el riesgo de realización del resultado que la norma penal busca evitar<sup>85</sup>.

También en la jurisprudencia se ha intentado últimamente una delimitación del concepto. En este sentido, el TS, sobre todo a partir de la STS 34/2007<sup>86</sup>, de 1 de febrero, se ha referido expresamente a los “actos neutrales”, y de sus pronunciamientos<sup>87</sup> se puede extraer una definición según la cual se trata de “comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos”<sup>88</sup>; y no lo son porque “con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado”<sup>89</sup>, no tienen una “*relación de sentido*”

---

<sup>83</sup> MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 48.

<sup>84</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 33.

<sup>85</sup> Similar, en la doctrina española, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 255; FEJOO SÁNCHEZ, *Participación criminal*, 1999, 59; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 33; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios*, 2015, 48.

<sup>86</sup> Hasta ese momento el desarrollo de esta figura, por parte del TS, había sido escaso. Incluso, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 23, afirmaba que la noción de conductas neutrales era nula en la jurisprudencia del TS. También MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 346, le concede relevancia a la sentencia que acabo de citar, como la única (hasta ese momento) que ofrecía una definición jurisprudencial de las conductas neutrales.

<sup>87</sup> En el rastreo jurisprudencial realizado, destacan los siguientes pronunciamientos, que se refieren de manera expresa al problema de los “actos neutrales”: STS 34/2007, de 1 de febrero; STS 189/2007, de 6 de marzo; STS 1300/2009, de 23 de diciembre; STS 823/2012, de 30 de octubre; STS 974/2012, de 5 de diciembre; STS 668/2013, de 4 de julio; STS 841/2013, de 18 de noviembre (anulada por el TC); STS 942/2013, de 11 de diciembre; STS 91/2014, de 7 de febrero; STS 157/2014, de 5 de marzo; STS 487/2014, de 9 de junio; STS 597/2014, de 30 de julio; STS 877/2014, de 22 de diciembre; STS 338/2015, de 2 de junio; STS 436/2016, de 23 de mayo; STS 700/2016, de 9 de septiembre; STS 374/2017, de 24 de mayo; STS 749/2017, de 21 de noviembre; STS 86/2018, de 19 de febrero; STS 290/2018, de 14 de junio; STS 444/2018, de 9 de octubre; STS 30/2019, de 29 de enero; STS 65/2019, de 7 de febrero; STS 163/2019, de 26 de marzo.

<sup>88</sup> STS 34/2007, de 1 de febrero; STS 974/2012, de 5 de diciembre; STS 86/2018, de 19 de febrero. En sentido similar, las STS 823/2012, de 30 de octubre, y la STS 157/2014, de 5 de marzo, señalan que se trata de “actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo”; o la STS 942/2013, de 11 de diciembre, según la cual “se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicos”. Por su parte, según la STS 436/2016, de 23 de mayo, “la doctrina se refiere a aquellos actos que en sí mismos no son delictivos, son actos socialmente adecuados, pero que pueden implicar alguna clase de contribución o aportación relevante al resultado final delictivo”.

<sup>89</sup> STS 1300/2009, de 23 de diciembre; STS 974/2012, de 5 de diciembre; STS 877/2014, de 22 de diciembre; STS 86/2018, de 19 de febrero.

*delictivo*”<sup>90</sup>. En contraposición, el TS le atribuye relevancia penal “a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.”<sup>91</sup>.

En la sentencia más reciente que he encontrado al respecto, el TS plantea, entonces, que la diferencia entre las conductas neutrales y aquellas que sí constituyen participación delictiva tendrá que derivarse “de la comprobación de si la conducta realizada *incorpora un sentido delictivo* que permite vincularlo al delito cometido por el autor; y esa vinculación, como ha subrayado la jurisprudencia, debe ser derivada de la propia configuración objetiva de la conducta: no existe conducta neutral, sino participación criminal, cuando el sujeto (*actuando con dolo*) no se limita a realizar una aportación neutral o profesional, sino que la ajusta para que encaje en el plan delictivo del autor; y existe igualmente participación cuando el sujeto configura su aportación de un modo en que objetivamente ya solamente puede ser interpretada como una contribución a un plan que ya sólo tiene sentido delictivo (...). De hecho, la jurisprudencia ha reconocido el carácter neutral de aportaciones realizadas con conocimiento de que van a ser integradas en una planificación delictiva cuando objetivamente carecen de sentido delictivo, es decir, no constituyen un riesgo no permitido<sup>92</sup>.

#### *b. Relevancia del tema*

He querido abordar en este capítulo el tema de las conductas neutrales (y con él, el de los conocimientos especiales, que, en mi opinión, está estrechamente ligado a aquel<sup>93</sup>), porque, como señala ROBLES PLANAS<sup>94</sup>, en la amplia discusión que existe

---

<sup>90</sup> STS 34/2007, de 1 de febrero (la cursiva es mía).

<sup>91</sup> STS 34/2007, de 1 de febrero; STS 974/2012, de 5 de diciembre.

<sup>92</sup> STS 163/2019, de 26 de marzo (la cursiva es mía).

<sup>93</sup> También ponen de relieve esta relación entre conductas neutrales y conocimientos especiales, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 28; LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 9, 25 s., quien explica que lo característico de los actos neutrales “no puede ser captado

actualmente en cuanto a los límites de la participación<sup>95</sup>, el debate se ha centrado en torno a dichas conductas<sup>96</sup>, y lo ha hecho con un énfasis especial en la delincuencia económica y la actividad empresarial<sup>97</sup>, como ámbito “especialmente fecundo”<sup>98</sup> para que se den estas conductas, lo que resulta de particular interés para la investigación que aquí desarrollo.

En efecto, muchos de los ejemplos a los que se acude para evidenciar cuándo se está ante una conducta neutral y cuándo ante una conducta de participación se sitúan en el ámbito de las empresas. Así, ROXIN se refiere, entre otros, al supuesto de “quien le suministra a un fabricante material, en cuya o tras cuya elaboración éste, como sabe el suministrador, va a infringir normas de protección del medio ambiente”<sup>99</sup>. LANDA GOROSTIZA, por su parte, cita varios ejemplos, entre los que destaco el siguiente: “el director de una sucursal local, con autonomía de decisión al respecto, concede un préstamo en las condiciones normales a un cliente del cual no cabe descartar que vaya a utilizar el dinero para financiar una actividad delictiva”<sup>100</sup>; También LUZÓN PEÑA trae a

---

mediante una contemplación externa sino que será lo ‘interno’ lo que trastoca el significado del comportamiento dependiendo la comprensión y calificación del hecho de los *conocimientos adicionales que tiene el sujeto en cuestión y de los que no necesariamente dispone el espectador objetivo*” (9) (la cursiva es mía). Advierte, además, de que su contribución se centra en la función, la relevancia y el alcance de los conocimientos especiales, con respecto a la determinación de la tipicidad de las acciones “neutrales” (25 s.), y añade que en la argumentación de las distintas posturas juega un papel central la relevancia que le conceden a los conocimientos especiales que el eventual partícipe pueda tener respecto a la resolución delictiva del autor (26); ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 56 s.

<sup>94</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, 79.

<sup>95</sup> BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 8 ss., señala que la discusión doctrinal se ha centrado en si las conductas neutrales pueden subsumirse en la figura de la complicidad, pero advierte de que en España también entra en juego la reconducción de estas conductas a la cooperación necesaria (8). Además, pone de relieve que, si bien lo usual es que el tema se discuta en supuestos de participación, también se ha discutido en supuestos de autoría, sobre todo en ciertos delitos como encubrimiento, blanqueo de capitales, omisión de impedir determinados delitos, delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas (9 s.).

<sup>96</sup> Como advierte ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 219 (207) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 219, 291), el problema de las conductas neutrales se ha convertido “casi en un tema de moda”, lo que ha generado que se produzca una “literatura científica casi inabarcable”. V. las referencias a la doctrina alemana que hace este autor en 219 n. 292 (= 291 n. 292). Destaca también la relevancia de la discusión, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 2.

<sup>97</sup> En este sentido, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, 5; LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 8 n. 14, 28 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 34.

<sup>98</sup> En palabras de MIRÓ LLINARES, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito*, 2013, 345.

<sup>99</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 224 (208) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 224, 293).

<sup>100</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 61.

discusión los supuestos de intervención o asesoramiento de un abogado, cuando dicha intervención “objetivamente favorece o facilita una conducta del cliente”<sup>101</sup>.

En la jurisprudencia del TS también es posible encontrar varios supuestos en los que se analiza si se configura una conducta de participación o una conducta neutral en el ámbito de la empresa. A continuación menciono los más relevantes:

1) Gestor administrativo de una empresa, acusado por el delito de insolvencia punible, debido a su conocimiento de la falta de causa de reconocimientos de deuda, la realización del cobro de algunas deudas a favor del empresario y el acompañamiento a realizar determinados actos<sup>102</sup>.

2) Profesional de la construcción a quien le encargan una obra personas que carecen de fuentes conocidas de ingresos lícitos, y siendo conocido que uno de ellos estaba directamente relacionado con el tráfico de drogas<sup>103</sup>.

3) Director de sucursal bancaria que, conociendo que el dinero procede de delitos relacionados con la corrupción, abre una cuenta a una sociedad no residente y otras a terceros, canalizando las remesas en metálico y por transferencia de otros países y colaborando en el uso del dinero y su transformación para ocultar su origen ilícito<sup>104</sup>.

4) Asesor jurídico que diseña la estrategia en la novación de los contratos de directivos de Cajas de Ahorros para que estos se enriquezcan ilícitamente<sup>105</sup>.

5) Gestor que lleva la contabilidad de una empresa inmobiliaria y la elaboración o preparación de la documentación para las declaraciones del Impuesto de Sociedades. Era conocedor de las operaciones simuladas que habían ejecutado los principales acusados y también de la forma necesariamente fraudulenta en que iban a operar en las

---

<sup>101</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG*, 3ª, 2016, 25/82.

<sup>102</sup> STS 1300/2009, de 23 de diciembre. El TS consideró que los comportamientos del gestor administrativo fueron actos neutrales, y que su conducta no pudo calificarse como ajena “al papel social aceptado para tal profesión”, lo que conllevó a su absolución.

<sup>103</sup> STS 942/2013, de 11 de diciembre. El TS lo condena como autor de un delito de blanqueo de capitales.

<sup>104</sup> STS 487/2014, de 9 de junio. El TS lo condena como autor de un delito de blanqueo de capitales.

<sup>105</sup> STS 700/2016, de 9 de septiembre. El TS lo condena como cooperador necesario en delito de administración desleal y de apropiación indebida. En cuanto a la responsabilidad penal del asesor jurídico, v., por todos, el trabajo de LUZÓN PEÑA, *RD 15 (2011)*, 45-72.

declaraciones fiscales que se encargaba de preparar, sabiendo que con ello facilitaba el fraude fiscal<sup>106</sup>.

*c. Alternativas de solución*

Resulta imposible desconocer la complejidad de la discusión sobre las conductas neutrales, pues a ella subyacen cuestiones dogmáticas de gran calado, que van desde la definición del alcance y los criterios de imputación objetiva, pasando por la configuración del aspecto subjetivo del tipo, o la delimitación de las posiciones de garante, hasta los alcances de la figura de la tentativa<sup>107</sup>, entre otros. Ello explica, tal como sostiene LANDA GOROSTIZA, las posiciones tan disímiles que hay alrededor del tema<sup>108</sup>, las diferentes tendencias político-criminales que subyacen a dichas posiciones<sup>109</sup> y la consecuente dificultad para agruparlas.

Aquí me valgo, justamente, de la clasificación desarrollada por LANDA GOROSTIZA<sup>110</sup>, sin desconocer que es solo una más de las muchas que se pueden realizar, pero que da una idea general de los extremos entre los cuales se ha movido la discusión dogmática en torno a las conductas neutrales. Este autor realiza una clasificación de las posiciones en cuatro grupos, que paso a exponer brevemente:

1) Un primer grupo lo denomina “teorías subjetivas”<sup>111</sup>, y en él sitúa a las posturas que consideran que el tipo subjetivo, el dolo, será el elemento del que dependa esencialmente la relevancia típica de la contribución. Así, si existe voluntad de favorecimiento, esa voluntad situará a la aportación dentro del ámbito de prohibición de la norma<sup>112</sup>. El autor advierte de los riesgos de extrema subjetivización que entrañan

---

<sup>106</sup> STS 290/2018, de 14 de junio. El TS confirma la condena como cómplice de delitos contra la hacienda pública.

<sup>107</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 19.

<sup>108</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 19 s.

<sup>109</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 28 s. Este autor advierte de que esa dimensión político-criminal de la discusión solo se ha puesto de relieve de manera muy excepcional en la doctrina.

<sup>110</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 71 ss.

<sup>111</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 71 ss.

<sup>112</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 71.

estas teorías, en tanto el núcleo de la complicidad se desplaza del acto de favorecimiento a la actitud de solidaridad con el autor. Así, el tipo subjetivo deja sin contenido al objetivo, lo “invade”, “confundiéndose el favorecimiento con la manifestación de solidaridad”<sup>113</sup>.

2) Un segundo grupo lo componen las que denomina “teorías objetivas ‘puras’”<sup>114</sup>, y en él incluye a las posiciones que defienden una separación tajante entre el tipo objetivo y subjetivo. En cuanto a los actos neutrales, estas teorías consideran que el dolo de favorecimiento no es lo relevante, sino que esa relevancia debe decidirse previamente en el plano objetivo. Además, niegan la relevancia de los conocimientos especiales y, en particular, del conocimiento del plan delictivo del hecho principal<sup>115</sup>. No obstante, les atribuye el mérito de haber advertido sobre el riesgo de extender demasiado la intervención penal en este sector<sup>116</sup>.

3) Luego se detiene en el análisis de las que denomina “teorías mixto-objetivas”<sup>117</sup>, a las que caracteriza como teorías que aceptan la relevancia de los conocimientos especiales como base del juicio de adecuación de la conducta del partícipe, pero se diferencian de las teorías subjetivas en el hecho de que no relegan al análisis del dolo todo lo “subjetivo” (y aquí se refiere a los conocimientos especiales)<sup>118</sup>.

4) Finalmente se refiere a las “teorías mixto-subjetivas”<sup>119</sup>. Expone que para estas tesis, los conocimientos especiales también tiene un papel irrenunciable en la fundamentación del juicio de peligrosidad, pero dan un paso más en lo que considera una mayor “subjetivización” del tipo objetivo, pues vinculan directamente la cuestión de la neutralidad a la modalidad de dolo que concurre en el partícipe. Así, el juicio de peligrosidad no va a depender solo de los conocimientos especiales del partícipe sino también de la intención del sujeto: “al dolo directo corresponderá una valoración

---

<sup>113</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 77.

<sup>114</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 82 ss.

<sup>115</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 82 s.

<sup>116</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 133.

<sup>117</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 134 ss.

<sup>118</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 135.

<sup>119</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 171 ss.

intersubjetiva de peligrosidad más ‘sensible’ que en el caso de dolo eventual en que podrá admitirse, por tanto, un menor ámbito de imputación objetiva que en aquel”<sup>120</sup>.

Estas teorías, a las que LANDA GOROSTIZA se muestra afín<sup>121</sup>, me parecen también las más acertadas. Y en este grupo podría incluirse la posición de ROXIN<sup>122</sup>, en la que me detendré por su relevancia para el análisis propuesto y porque, como es habitual, se ha convertido en referente para las críticas y adhesiones posteriores.

Lo primero que debe destacarse es que, para ROXIN, no existen conductas neutrales (o “acciones cotidianas”) *per se*, sino que su calificación como tales vendrá determinada por la finalidad a la que sirven. En este sentido, si se prescindiera de la finalidad –sostiene ROXIN–, la mayoría de los actos de complicidad serían acciones neutras<sup>123</sup>. Para desarrollar su posición, distingue dos grupos de casos:

En un primer grupo, el colaborador conoce la resolución delictiva del autor<sup>124</sup>. Sostiene que ese conocimiento no hace que necesariamente el sujeto responda como cómplice, y solo habrá una cooperación o complicidad si y siempre que “la aportación al hecho presente una ‘referencia de sentido delictivo’”<sup>125</sup>. Esta referencia se dará en los supuestos en que el sujeto externo “conscientemente favorece una acción que como tal es de naturaleza delictiva”<sup>126</sup>, y en aquellos en que “la acción directamente favorecida como tal es legal, pero para el autor el único fin de emprenderla, tal como conoce el sujeto externo, consiste en posibilitar o facilitar un hecho punible”<sup>127</sup>. En cambio, ROXIN descarta que haya una referencia de sentido delictivo cuando la aportación “se refiere a una acción legal, que tomada en sí misma ya es útil y con sentido para el autor, pero éste la convierte además en presupuesto de una conducta delictiva independiente de ella y basada en una resolución autónoma”<sup>128</sup>.

---

<sup>120</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 172 s.

<sup>121</sup> LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 215.

<sup>122</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 218 ss. (206 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 218 ss., 291).

<sup>123</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 231 (210) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 231, 295).

<sup>124</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 221 ss. (207 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 221 ss., 292 ss.).

<sup>125</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 221 (207 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 221, 292).

<sup>126</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 222 (208) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 222, 292).

<sup>127</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 223 (208) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 223, 293).

<sup>128</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 224 (208) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 224, 293).

Por su parte, el segundo grupo sería el de los supuestos en que el colaborador “únicamente cuenta con una conducta delictiva del autor”<sup>129</sup>, es decir, son casos en los que el colaborador no conoce la resolución delictiva del autor pero “pondera la posibilidad de un empleo delictivo de su aportación”<sup>130</sup>. Para ROXIN, por lo general, habría que rechazar la complicidad con dolo eventual en estos casos, con base en el principio de confianza, que podría desvirtuarse de manera excepcional si se da alguna circunstancia que ponga de manifiesto una “reconocible inclinación al hecho” en el autor<sup>131</sup>.

Esta posición frente a las conductas neutrales, encabezada por ROXIN, no ha estado exenta de críticas, y, toda vez que he considerado que dicha posición representa la perspectiva de análisis más adecuada, estimo conveniente exponer –al hilo de los planteamientos de ROBLES PLANAS– algunos de los cuestionamientos más frecuentes que se le han hecho, y las réplicas con las que, en mi criterio, cabe responder a cada uno de esos cuestionamientos.

En primer lugar, ROBLES PLANAS considera que estas teorías parten de un error metodológico al invertir el análisis del problema, ubicándolo en sede de tipicidad subjetiva, sin haber fundamentado antes la peligrosidad objetiva de la conducta. En este sentido, afirma que “situando el problema en el ámbito de lo subjetivo, esto es, en la forma que el primer sujeto contempló el hecho ejecutado por el segundo, pasan por alto que lo subjetivo tiene siempre como único referente el lado objetivo de la conducta”. A ello añade que, en un Derecho penal del hecho, “no puede hacerse depender la calificación *objetiva* (en el sentido de *tipicidad objetiva*) de una conducta de si se ejecuta con dolo o no”<sup>132</sup>.

Considero que, con esta crítica, ROBLES PLANAS parece desconocer que lo objetivo y lo subjetivo del tipo penal no son dos compartimentos estancos, sino que se condicionan mutuamente, y no es posible trazar entre ellos una frontera absolutamente

---

<sup>129</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 241 ss. (214 ss.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 241 ss., 299 ss.).

<sup>130</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 241 (214) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 241, 299).

<sup>131</sup> ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 241 (214 s.) (= *DP, PG*, T. II, § 26 nm. 241, 300).

<sup>132</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 64. Advierte de que con ello no está negando la relevancia que pueda tener lo subjetivo en la desaprobación de la conducta, pues considera que “el significado de un hecho depende de una unidad valorativa objetivo-subjetiva”. En el mismo sentido se pronuncia en ROBLES PLANAS, en: AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento*, 2016, nm. 199 (31).



nítida. En segundo lugar, las tesis que él critica no ignoran el aspecto objetivo del tipo, ni fundamentan antes la tipicidad subjetiva y luego la objetiva, sino que lo hacen de manera simultánea, precisamente porque no es posible escindir completamente ambos análisis.

La segunda crítica que hace ROBLES PLANAS a tesis como la de ROXIN, que tienen siempre en cuenta el elemento subjetivo para la valoración de la neutralidad o no de una conducta, radica en que infringen el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. En este sentido sostiene que conductas como la de “transportar a alguien en taxi hasta un lugar determinado, vender pan o pagar una deuda no son acciones objetivamente peligrosas”, y añade que “la intención o el deseo no pueden castigarse en tanto que no se traduzcan en una configuración externa objetivamente desaprobada por sí misma”<sup>133</sup>.

Me parece que ROBLES PLANAS parte de un equívoco, porque –y aquí utilizo el ejemplo que él mismo plantea–, si bien la conducta de transportar a alguien en taxi hasta cierto lugar no es objetivamente peligrosa, sí lo es la conducta de transportar a alguien en taxi *hasta el lugar en donde va a cometer un delito*, y aquí incluso haciendo abstracción de si el taxista conoce o no esa situación. No puede negarse que esa conducta incrementa el riesgo de que se lleve a cabo el delito, lo favorece. Ahora bien, está claro que no basta ese incremento del riesgo pues habrá que determinar si el sujeto sabía que con su conducta estaba favoreciendo la comisión de un delito: si no es así, no se le podrá castigar como partícipe. En este sentido, no se trata de juzgar al sujeto por su mera intención, pues con esto se olvidaría que, como base, debe existir una conducta que haya incrementado el riesgo de comisión del hecho principal. El dolo, entonces, será uno más de los requisitos que debe satisfacer la conducta para poder ser castigada, y no el único.

Más adelante, ROBLES PLANAS señala que “al igual que una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte la intención de favorecer el delito ajeno, tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo”. Y agrega: “el conocer o querer una acción no la convierte *per se* en peligrosa, so pena de infringir el principio del hecho”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 65.

<sup>134</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 66.

En este punto considero que el autor parte de una premisa falsa, porque precisamente la conducta sí pierde el significado delictivo si el autor no tiene el dolo de favorecer el hecho principal, al menos para quienes defendemos –como aquí se ha hecho– la impunidad de la participación imprudente. Y para quienes consideran que la participación imprudente debe castigarse, el significado delictivo no se perdería pero sí variaría, lo que ya es importante. Además, en general se acepta que una conducta dolosa es más peligrosa que una imprudente. Con respecto a la segunda afirmación, no creo que las teorías que él critica estén convirtiendo en peligrosa una conducta que no lo es. Esa conducta, en el contexto, es peligrosa, *pero eso no basta* para que se castigue como participación en un hecho principal.

La tercera crítica de ROBLES PLANAS tiene que ver con la ausencia de legitimación de estas teorías para recurrir a lo “interno”. En este sentido, considera que el “actuar-sabiendo” no supera, solo por eso, el ámbito de lo privado. Añade que, para acudir al lado subjetivo de la persona de manera legítima, es necesaria una razón cualificada, y esta no es otra que “la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de la conducta en cuestión”<sup>135</sup>.

Me parece que, nuevamente, ROBLES PLANAS cae en el error de asumir que las teorías que viene analizando niegan la relevancia objetiva de la conducta, lo que no es cierto. De hecho, para poder castigar una conducta como de participación, estas teorías exigen que dicha conducta incremente el riesgo, favorezca, promueva de algún modo la realización del hecho principal, y esto no se deja de lado en el análisis de las llamadas “conductas neutras”. Lo que sucede es que a esa relevancia objetiva le suman, además, la subjetiva. Así, por ejemplo, para los autores que se ubican en esa misma línea argumentativa de ROBLES PLANAS, el hecho de transportar en un taxi a una persona hacia el lugar donde va a cometer el delito no es una conducta objetivamente peligrosa, es neutral. Y a partir de ahí, no habrá que analizar nada más. Para los defensores de las teorías “mixto-subjetivas”, según la clasificación de LANDA GOROSTIZA, esa conducta sí es objetivamente peligrosa, y habrá que plantearse, entonces, si el sujeto conocía o no ese peligro. No es que el elemento subjetivo vuelva peligrosa una conducta que objetivamente no lo es, pues si bastara con el elemento subjetivo, habría que defender el castigo de cualquier conducta, por más alejada que esté de contribuir a la realización del

---

<sup>135</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 67.

hecho principal, bastando con que el sujeto quiera colaborar con dicha realización. Y obviamente a esta conclusión no podrá llegarse a partir de estas teorías.

Por último, ROBLES PLANAS cuestiona la afirmación de que lo subjetivo modifique siempre la situación objetiva, que esta pase de estar permitida a estar prohibida, sobre la base de los conocimientos especiales. Señala que los partidarios de estas teorías no pueden mantener tal afirmación hasta sus últimas consecuencias, y por eso deben incorporar criterios restrictivos. Con ello, sostiene ROBLES PLANAS, “no sólo se ha conseguido crear un conjunto heterogéneo y manipulable de reglas y excepciones que son incapaces de dar una solución global y que, como reconocen sus propios partidarios, tiene que adaptarse a las particularidades de cada caso, sino que también se demuestra que en la imputación objetiva no siempre debe tenerse en cuenta todo lo que el sujeto ha llegado a conocer”. También en este punto critica que, a la luz de estas teorías, el sujeto cuidadoso o curioso tiene menos posibilidades de quedar impune, que el que solo se preocupa de sus asuntos<sup>136</sup>.

Frente a ello, no me parece mal que se atienda a las particularidades de cada caso cuando se trata de decidir sobre la responsabilidad penal de un sujeto, como tampoco rechazo que se introduzcan criterios restrictivos en ese análisis. En cuanto al argumento del sujeto cuidadoso, podría afirmarse que, si en realidad lo es, se abstendrá de realizar una conducta al conocer que con ello estaría colaborando con la realización de un hecho delictivo. En esta línea, considero que al sujeto que conoce se le puede exigir en la medida de ese conocimiento, con independencia de cómo lo adquirió, si por estudio, por casualidad o por curiosidad. Ello no obsta para que, también ese sujeto en concreto –de ahí la importancia de atender a las particularidades de cada caso– pueda eximirse de responsabilidad penal, por ejemplo, porque actúe amparado en una causa de exculpación.

---

<sup>136</sup> ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 71.

d. *Los conocimientos especiales y las conductas neutrales en el ámbito empresarial*

Como se ha visto hasta aquí, al hilo de la exposición de las críticas y de las réplicas a estas, he perfilado mi posición frente al problema de las conductas neutrales y la relevancia de los conocimientos especiales, lo que me permite hacer una reflexión adicional sobre esta discusión en el ámbito específico de la estructura empresarial<sup>137</sup>.

En este sentido, y como expone PAREDES CASTAÑÓN, en la estructura empresarial, y particularmente en el ámbito relativo a las funciones de producción y comercialización de productos (aunque creo que puede extenderse a los diferentes procesos que se dan en la empresa), “cada uno de los responsables de fases del proceso responde de su parte, *salvo que posea algún conocimiento extraordinario que dé legitimidad a una ampliación de su ámbito de responsabilidad*”<sup>138</sup>. Esto último lleva al autor a abordar el concepto de “conocimientos especiales”, a los que define como “un conocimiento superior a aquel mínimo que se le presupone en virtud de la posición que ocupa en el proceso productivo, y relevante para el control del riesgo para la salud y para la vida humana inherente a dicho proceso”<sup>139</sup>. Como ya advertí, esta definición me parece trasladable a otros procesos, y, con ello, a otros riesgos que pueden producirse en la estructura de la empresa.

Un ejemplo de la presencia de conocimientos especiales en los procesos de producción sería el caso del operario al que se le encarga añadir una sustancia al conjunto de ingredientes de un producto alimenticio fabricado por la empresa. El operario es estudiante de química y conoce los efectos altamente nocivos que esa sustancia produce al ser combinada con los demás ingredientes, pero aun así cumple la instrucción que se le ha dado y adiciona la sustancia.

Como expuse en el apartado anterior, la doctrina se debate, también en el ámbito de la criminalidad económica, entre reconocerle relevancia o no a los conocimientos especiales para la atribución de responsabilidad penal. Dentro de este ámbito específico

---

<sup>137</sup> Sigo aquí, en líneas generales, lo que ya defendí antes en ESCOBAR VÉLEZ, *Productos defectuosos*, 2012, 143 ss.

<sup>138</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 162 s. (la cursiva es mía).

<sup>139</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 163.

destacan, en la doctrina española, dos posiciones. La primera, de la que resultan representativos los planteamientos de PAREDES CASTAÑÓN, le reconoce relevancia a los conocimientos especiales. Este autor considera que en el análisis de dichos conocimientos debe hacerse una distinción: con respecto a los sujetos frente a los cuales ya se había afirmado al menos una responsabilidad por el delito imprudente, sostiene que los conocimientos especiales pueden afectarles “primero, a la hora de graduar su imprudencia, agravándola (...); y segundo, en el supuesto de que los conocimientos fuesen acompañados de una aceptación del riesgo inherente efectivamente conocido, cambiando la calificación de la conducta, de meramente imprudente a dolosa”<sup>140</sup>. Más adelante señala que, cuando el sujeto no puede ser considerado en principio como autor, tomando en cuenta su conducta, esa conducta podría convertirse en imprudente o dolosa, pero de participación. A lo que añade que los conocimientos extraordinarios también pueden hacer que una conducta que aparentemente era de participación, se convierta en conducta de autoría<sup>141</sup>.

Una posición contraria sostiene ÍÑIGO CORROZA, quien señala que “la norma de conducta penal establece obligaciones de actuar, o de no actuar, de acuerdo con criterios fijados en una norma de carácter general, no dependientes de las capacidades individuales de los sujetos actuantes. (...) Se trata, no de establecer que el sujeto concreto en el momento concreto no ha actuado de la forma en que *podía* haberlo hecho, sino que no ha actuado como *debía* haberlo hecho”<sup>142</sup>. De acuerdo con esto, concluye que lo conocido realmente por el sujeto debe analizarse en la culpabilidad, y si no puede agravarse la pena, esto será consecuencia del sistema jurídico adoptado<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 166.

<sup>141</sup> PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la Colza*, 1995, 168.

<sup>142</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 170.

<sup>143</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 175. Como pone de relieve LANDA GOROSTIZA, *Complicidad delictiva*, 2002, 244 ss., no deja de sorprender que “en ámbitos regulativos tan cercanos al núcleo del actual debate sobre la ‘expansión’ del Derecho penal, como lo son las conductas al límite de la complicidad en la delincuencia de corte económico y empresarial (...), se produzca una aparente inversión de los roles en la medida en que las corrientes más normativistas aboguen por la retirada e inhibición del derecho penal, mientras que los sectores más eclécticos (‘tesis mixtas’), por el contrario, allanen obstáculos a la intervención” (244). Más adelante el autor endurece la crítica al funcionalismo radical y su postura frente a las conductas neutrales, al señalar que la clave de su actitud político-criminal en este ámbito no debe buscarse en un pretendido garantismo o en la necesidad de frenar la excesiva expansión de la intervención penal, sino en una reprochable inhibición “que parece querer solucionar los difíciles problemas de interpretación al límite simplemente con una retirada”. A ello

En el desarrollo de su tesis, la autora retoma el célebre caso planteado por JAKOBS<sup>144</sup> del camarero que es estudiante de biología y se da cuenta de que la ensalada que va a servir contiene un fruto que es venenoso, pero aun así la sirve<sup>145</sup> (se trata, entonces, de un ejemplo comparable con el que se ha planteado aquí, del operario y la sustancia nociva). Con respecto a este caso indica que “el hecho de que el camarero sirva la ensalada parece reprobable en cuanto a la actitud que su comportamiento denota, no tanto por la relevancia objetiva y externa de la conducta”<sup>146</sup>. Añade que esto no puede llevar a considerar al camarero responsable de la muerte del cliente, y considera que la actitud insolidaria del camarero se castigaría como un delito de omisión del deber de socorro. Y aunque más adelante afirma que “se trata de un resultado de muerte causado por una conducta que, por las razones que sea, se considera como *aceptada socialmente*”<sup>147</sup>, luego termina admitiendo que los conocimientos especiales “incrementan la previsibilidad subjetiva que será relevante para poder hablar de un delito contra la solidaridad intersubjetiva (una omisión del deber de socorro) por haber actuado habiendo previsto, o en su caso para afirmar la existencia de dolo. En el caso de que se constate el conocimiento real de la peligrosidad en el caso concreto y aun así se actúe, podrá tratarse de una conducta dolosa”<sup>148</sup>.

En los planteamientos anteriores cabe evidenciar la contradicción en la que, en mi criterio, incurre ÍÑIGO CORROZA, pues en principio esta autora afirma la irrelevancia de los conocimientos especiales en sede de tipicidad y su posible incidencia solo en el

---

añade que el funcionalismo radical “soluciona por negación los problemas que requieren de un esfuerzo dogmático mayor” (246).

<sup>144</sup> JAKOBS, *Imputación objetiva*, 1995, 54.

<sup>145</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 167 n. 410.

<sup>146</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 174. En contra de esta idea se manifiesta, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, 2007, 205-209, quien no considera evidente “que las formas de organización social, por complejas que sean, priven absolutamente a los individuos de sus características de autorresponsables, es decir, como personas a las que se les reconoce libertad organizativa y, por tanto, se les puede imputar la infracción de una norma” (205). Añade que el hecho de que “siendo competencia de un trabajador que desempeña un rol no especialmente cualificado dentro de la empresa un riesgo propio de la misma, exista un amplio margen de ignorancia permitida, *ello no significa normativamente que no existiendo ignorancia la conducta siga siendo permitida*, en la medida que objetivamente el trabajador no cualificado es (parcialmente) competente de dicho suceso lesivo para terceros» (208) (la cursiva es mía). Afirma, además, que no ve problema en “entender que aunque no se exija en una actividad un deber de conocer (el camarero no tiene que realizar controles de la comida en beneficio de la salud de los comensales), el conocimiento del riesgo puede generar deberes en alguien que mantenga alguna competencia con respecto a dicho riesgo” (208-209).

<sup>147</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 174 s. n. 443 (la cursiva es mía).

<sup>148</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 188.

ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, más adelante sostiene que la conducta del camarero se considera como aceptada socialmente<sup>149</sup>, y termina afirmando que esta debe castigarse como una omisión de socorro, precisamente en virtud de los conocimientos especiales, que incluso permitirían afirmar la existencia de dolo. Queda entonces la duda de si, finalmente, la autora otorga o no relevancia a los conocimientos especiales en la valoración de la tipicidad de la conducta, pues, aunque parece defender que no la tienen, sus soluciones apuntan a que sí.

Más contundente resulta, en este sentido, la posición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien aborda el tema de las acciones neutrales en la empresa a partir de la conducta de los que denomina “empleados subalternos”<sup>150</sup>, que actúan siguiendo “las instrucciones enmarcadas en su rol profesional”<sup>151</sup>. Para este autor, la conducta de estos empleados, que contribuye a la realización del hecho típico (pone el ejemplo de la provocación, de modo directo, del vertido contaminante), “debe quedar al margen de toda responsabilidad penal, siempre que su comportamiento se encuentre por completo fuera de su esfera de competencia y decisión, de tal manera que estos se limitan a desempeñar su trabajo en términos perfectamente neutros”<sup>152</sup>. En consecuencia, este autor le otorga a ese empleado que actúa delante la consideración de “verdadero *instrumento*, que es plenamente equiparable a las restantes hipótesis de instrumentalización (...), con lo cual podrá calificarse, consiguientemente, de autor mediato al sujeto de atrás que, en el marco de la estructura empresarial jerárquica, adopta la decisión delictiva”<sup>153</sup>.

No obstante, resulta sorpresiva la solución propuesta por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en este supuesto, pues ya antes había enfatizado e insistido en la idea de que solo cabe sostener que hay autoría mediata “donde la actuación que se ejerce sobre otra persona convierte a esta en un auténtico *instrumento ciego* de la persona de atrás, o sea, allí donde la persona de delante es utilizada materialmente para llevar a cabo una acción

---

<sup>149</sup> Aquí surge, inevitablemente, un interrogante: ¿es aceptado socialmente que los camareros sirvan veneno? En los términos utilizados por estas teorías, ¿hace parte del *rol* del camarero el servir comida envenenada?

<sup>150</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 181 ss.

<sup>151</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 183.

<sup>152</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 181.

<sup>153</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 183.

de un modo *equivalente* al empleo de un animal o de una fuerza de la naturaleza”<sup>154</sup>. Creo que los supuestos de conocimientos especiales por parte de los empleados subalternos no podrían encajar en esa descripción de utilización de un *instrumento ciego*, salvo que pudiera sostenerse –y, como ya lo manifesté en el capítulo anterior, creo que en múltiples casos será posible– que en el supuesto concreto tuvo lugar, por otros motivos, una verdadera instrumentalización, que permite que se configure una intervención mediata por parte del sujeto de atrás.

Finalmente, en mi opinión –y coincido con la posición de PAREDES CASTAÑÓN, que expuse al comienzo de este apartado–, los conocimientos especiales sí son relevantes para la atribución de responsabilidad penal, y lo son en sede de tipicidad. Esto último (la ubicación del análisis de los conocimientos especiales en la tipicidad) me lleva a referirme, brevemente, a la crítica que se le ha hecho a ROXIN, consistente en que no explica, al menos con razones dogmáticas, por qué los conocimientos “hacia abajo” se tienen en cuenta en la culpabilidad, mientras que los conocimientos por encima de la media (conocimientos especiales) se toman en cuenta en la tipicidad<sup>155</sup>. Creo que esta crítica es débil, y me atrevo a plantear una posible réplica: los críticos de la tesis de ROXIN comparan los conocimientos “hacia arriba”<sup>156</sup> y “hacia abajo”<sup>157</sup>, y consideran dogmáticamente incoherente que los unos tengan incidencia en sede de tipicidad, y los otros en sede de culpabilidad. Ahora bien, creo que la comparación no es correcta, y debería hacerse entre “conocimientos hacia arriba (o especiales)” y “ausencia de conocimientos hacia arriba (o especiales)”, que no es lo mismo que “conocimientos hacia abajo” pues estos ya hacen referencia a otro fenómeno diferente –que, por tanto, puede ser analizado en una etapa del esquema del delito diferente– y es el de las capacidades de conocimiento inferiores a la media. En este sentido, el hecho de que el sujeto no posea conocimientos especiales no implica que tenga un *déficit* de

---

<sup>154</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *EPCr* 38 (2018), 157. Reitera esta idea en las páginas 186, 195, y 226.

<sup>155</sup> ÍÑIGO CORROZA, *Responsabilidad penal del fabricante*, 2001, 163. Con respecto a la postura de ROXIN, *AT*, I, 4ª, 2006, § 24 nm. 57 (1083) (= *PG*, I, 1997, § 24 nm. 50, 1015), este sostiene que “las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia ‘abajo’ e individualizar hacia ‘arriba’”.

<sup>156</sup> Conocimientos especiales y superiores a la media. Cfr., LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 18/28.

<sup>157</sup> Esto es, “capacidad o facultades anímicas deficientes o perturbadas” o “una peculiar situación individual” que le impida al sujeto comprender o cumplir el deber objetivo de cuidado. Cfr., LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, *PG*, 3ª, 2016, 18/25.



conocimiento, y el sujeto se seguirá ubicando, por tanto, en el rango del “hombre medio”, lo que sí tiene incidencia en sede de tipicidad. Así, en el ejemplo del operario, si este no tiene conocimientos especiales de química y no sabe de los efectos altamente nocivos de la sustancia al combinarla con las demás, no podremos decir que dicho operario tiene “conocimientos hacia abajo”, o, lo que es lo mismo, un déficit de conocimiento con respecto al “operario medio”; simplemente tendremos que afirmar que no posee conocimientos especiales.

Para concluir este apartado, vuelvo sobre el ejemplo propuesto y sostengo que, mientras el desconocimiento del operario frente a la nocividad de la sustancia que le ordenaron introducir podría dar lugar, por ejemplo, a una autoría mediata del superior jerárquico (en virtud del error del operario), la existencia de conocimientos especiales en el operario hace que varíe la situación y que, por ejemplo, sea más difícil predicar, en este supuesto, que el operario actúa como instrumento (salvo que, insisto, pudiera fundamentarse la autoría mediata por otra vía diferente, como la coacción). Así, el fenómeno de los conocimientos especiales se suma al conjunto de aspectos que deberán tenerse en cuenta en el momento de valorar las actuaciones de cada uno de los sujetos intervinientes en los procesos que se llevan a cabo en la estructura empresarial, y de ahí la importancia de su tratamiento en esta investigación.

### **3. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN**

El haber hecho referencia en la sección anterior a los problemas más relevantes y comunes a todas las formas de participación (su fundamento, la accesoriedad, la participación en cadena, y, por último, la discusión sobre las conductas neutrales y los conocimientos especiales), hace que sean pocas las cuestiones particulares de cada forma de participación (y con incidencia importante en la estructura empresarial) que resten por abordar en este capítulo. Aquí haré mención a algunos aspectos que pueden tener relevancia en el análisis de la atribución penal en la empresa, pero remitiendo a muchos aspectos que ya han sido estudiados a lo largo de este trabajo.

## A) La coinducción

Si se tiene en cuenta que muchos de los supuestos en que, dentro de la estructura jerárquica de la empresa, se emiten órdenes desde los órganos de dirección hasta los de ejecución, no podrán ser considerados de autoría mediata (o coautoría mediata) si no se configura el presupuesto de la instrumentalización, serán frecuentes los casos en los que quepa afirmar que estos órganos de dirección actuaron como inductores<sup>158</sup>.

Ahora bien, si –también como es habitual– muchas de las decisiones provenientes de la dirección se toman en órganos colegiados, será así mismo frecuente el fenómeno de la coinducción<sup>159</sup>. Así, por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>160</sup> plantea la posibilidad, en los supuestos en que la adopción del acuerdo no es por sí misma típica, de la responsabilidad –como coinductores o como coautores mediatos– de quienes votaron a favor, dependiendo de su situación frente al ejecutor: si de la actuación en conjunto se puede afirmar que efectivamente se instrumentalizó al ejecutor, los miembros del órgano colegiado que votaron a favor podrán considerarse coautores mediatos. Si el ejecutor no puede considerarse un instrumento, habrá un supuesto de coinducción.

Los supuestos de coinducción<sup>161</sup> serán, en consecuencia, aquellos en los cuales, como explica OLMEDO CARDENETE, “los diferentes sujetos, ligados por un previo acuerdo, deciden inducir a un tercero a la comisión del delito”<sup>162</sup>. En este sentido, la

---

<sup>158</sup> Destaca, en este sentido, la posición de ROTSCH, *ZStW 112 (2000)*, cuando señala que el hecho de que no se quiera tratar al “autor de escritorio” como un inductor puede ser comprensible político-criminalmente, pero no puede conducir a construir una autoría cuando esta no puede justificarse dogmáticamente. Así, si se considera al sujeto de atrás como autor porque merece la pena del autor, la punibilidad termina basándose exclusivamente en la necesidad de pena, y el principio de responsabilidad por el hecho pierde su función limitadora.

<sup>159</sup> También OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 424, señala que la coinducción es especialmente aplicable en los supuestos de decisiones en el seno de órganos colegiados.

<sup>160</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 482.

<sup>161</sup> Se refieren también expresamente a la admisión de la coinducción, en la doctrina española, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 92, condicionada a que cada inductor “aisladamente considerado, realice simultánea o sucesivamente la acción típica de la inducción, esto es, que incite o estimule a la realización del delito”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 134; *PG*, 2010, 1090; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 304; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 482; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos*, *PG*, 4ª, 2010, 412; MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 420; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, 273.

<sup>162</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 422. Una definición muy similar se encuentra en ROXIN, *AT*, II, 2003, § 26 nm. 173 (189) (= *DP*, *PG*, T. II, § 26 nm. 173, 270).

apreciación de coinducción se basará “en la valoración del comportamiento desarrollado por los diferentes inductores como si de una acción única se tratara aunque, eso sí, siempre que exista previo acuerdo y eficacia *conjunta* de la instigación, materializada esta última en el desarrollo por todos ellos de actos eficaces de persuasión”<sup>163</sup>.

Para OLMEDO CARDENETE, es *posible* que en sí misma ninguna de las intervenciones motive la acción del ejecutor, pero sí apreciadas en su conjunto, y por eso insiste en que, frente a la eficacia de las intervenciones debe asumirse una valoración global. En mi criterio, esto no solamente es *posible* sino que, para hablar efectivamente de coinducción es *necesario*. De lo contrario, si nos enfrentamos a un supuesto en que alguna de las intervenciones motivó, por sí sola, la acción del ejecutor, ya dejaremos de estar en el ámbito de la coinducción. No en vano el propio OLMEDO CARDENETE sostiene más adelante que la exigencia de que cada inductor, considerado aisladamente, realice una acción típica de inducción, se debe entender como limitada al desarrollo de los *actos de inducción* pero no a su eficacia donde, como se ha dicho, la valoración tendrá que ser conjunta<sup>164</sup>.

Otra de las cuestiones que pueden plantearse al hilo de la coinducción es la del supuesto en que el inducido se decide a la realización del delito pero por las razones que esgrimen dos de los instigadores, y no por las razones que expone un tercer interviniente, pues estas no le convencen ni provocan su decisión<sup>165</sup>. Coincido, aquí sí, con OLMEDO CARDENETE, en considerar que en este caso el interviniente que no logra persuadir (o, mejor, co-persuadir) al inducido no debería responder como inductor. También, aunque con más dudas, estimo que su conducta puede calificarse, según sostiene este autor, a lo sumo, como de complicidad psíquica, si en algo llegó a *reforzar* la voluntad del autor<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 423.

<sup>164</sup> OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 424.

<sup>165</sup> Se refiere a este supuesto, OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 425.

<sup>166</sup> Se refiere a este supuesto, OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, 1999, 425. En este punto afirma que “la consideración global de los comportamientos incitadores comporta la valoración conjunta de la eficacia individual de cada inductor en la motivación del comportamiento del autor, pero presupone necesariamente la eficacia al menos parcial de cada uno de los instigadores”.

## B) El criterio de distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad

Si hay un aspecto en que la doctrina sea coincidente frente al problema de la distinción entre cooperación necesaria y complicidad es, precisamente, en considerar que tal distinción resulta muy compleja<sup>167</sup>. Y esa complejidad se debe, sobre todo, a la formulación legal de la cooperación necesaria en el art. 28 CP<sup>168</sup>, que, como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, remite a un juicio hipotético y, con ello, pone al intérprete ante una tarea “poco menos que irrealizable”<sup>169</sup>.

Son múltiples y muy diversos los criterios que se han propuesto para tal distinción, pero dentro de ellos merece una mención aparte la teoría de los bienes escasos, desarrollada por GIMBERNAT<sup>170</sup>, que marcó un antes y un después en el análisis de la diferencia entre las dos formas de participación<sup>171</sup>. En efecto, las reflexiones posteriores suelen partir de esta teoría, bien sea para admitirla –normalmente junto con otros criterios adicionales–<sup>172</sup> o para rechazarla<sup>173</sup>.

---

<sup>167</sup> Así lo manifiestan, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, *CDJ 1994-XXXIX*, 218; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 112; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 656 ss.; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, 61; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 6ª, 2016, 276; POLAINO NAVARRETE, *Lecciones*, *PG*, 2ª, t. II, 2016, 274;

<sup>168</sup> “Los que cooperan a su ejecución [del hecho] con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

<sup>169</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 655.

<sup>170</sup> V., GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 151 ss.

<sup>171</sup> En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 389, aunque es muy crítico con esta teoría, reconoce que es “posiblemente, el intento de explicación más importante que se ha realizado en la doctrina en relación con la figura de la cooperación necesaria”.

<sup>172</sup> Así, por ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 435, 443 s.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 345 s.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 73; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, t. III, 2000, 320 s.; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 360 s., defiende como parámetro de distinción el que resulta de combinar el criterio del dominio del hecho con, en parte, el de los bienes escasos. Así, sostiene, “será necesaria la aportación de aquel que interviene en el proceso de ejecución del delito (no antes) suministrando una ayuda operativamente insustituible para el autor principal y que, además, deja en manos del cooperador la posibilidad de abortar el plan trazado”.

<sup>173</sup> Así, por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, *CDJ 1994-XXXIX*, 228; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 390 ss., quien propone un criterio de distinción entre cooperación necesaria y complicidad, que denomina “teoría de las circunstancias tasadas” (398 ss.). Considera que la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad solo puede ser cuantitativa, “en términos de merecimiento y necesidad de pena” (401). Su teoría de las circunstancias tasadas se levanta, entonces, sobre tres principios: el primero, que las definiciones legales de ambas figuras no ofrecen criterios válidos para establecer una diferencia cualitativa entre ellas; el segundo, la necesidad de relativizar el enfoque causal para evitar inconvenientes de otras teorías y dotar de sentido a la cooperación necesaria (403); y el tercero: parte del concepto de autor que defiende, el de la competencia sobre la fuente de peligro, para definir negativamente al cooperador necesario y al cómplice, como personas que no tienen competencia sobre la fuente de peligro (404).

GIMBERNAT señala que, para la búsqueda del criterio de distinción entre cooperación necesaria y complicidad, se debe acudir “al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente”<sup>174</sup>. Y aclara que en el lenguaje corriente “se habla de aportaciones necesarias para un resultado teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios”<sup>175</sup>. Para delimitar ese concepto de escasez, parte de la distinción entre contribuciones que consisten en la entrega de una cosa o las que consisten en un mero hacer.

En el primer caso, para establecer si una cosa es escasa, se debe hacer primero un juicio general y provisional, que luego se puede convertir en definitivo. El primer juicio solo opera con factores de carácter general, aunque habrá que tener en cuenta circunstancias de tiempo y lugar. Por ejemplo, explica GIMBERNAT, “un bolígrafo utilizado como instrumento de una falsedad puede ser un bien abundante en Madrid, pero uno escaso en un pequeño poblado de la selva africana”<sup>176</sup>. Desde este primer juicio, sería escaso para el supuesto normal “cualquier objeto que tenga un precio elevado o cuya obtención, por el motivo que sea, presente serias dificultades”<sup>177</sup>. En el segundo juicio, que puede volver definitivo al juicio provisional, la cuestión de la escasez debe resolverse “teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa”<sup>178</sup>. Así, por ejemplo, “la entrega de una pistola – que, en general, es un bien escaso– es sólo una conducta constitutiva de complicidad si el que la recibe tiene ya una pistola en su casa que funciona perfectamente”<sup>179</sup>.

GIMBERNAT advierte de que en todo este proceso no entran en consideración juicios hipotéticos, se trata de saber si el bien era escaso o no para el sujeto, y no si habría podido conseguirlo. Añade, en este sentido, que “el que *tal vez* el objeto apetecido se hubiera podido obtener por otro conducto no tiene eficacia para modificar la calificación del bien. Pues si éste era escaso, el *tal vez* pone ya de manifiesto que lo sigue siendo”<sup>180</sup>. Para fundamentar mejor esto último, sostiene que, si alguien quiere

---

<sup>174</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 154. Se muestra crítico con esta idea, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 390.

<sup>175</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 154.

<sup>176</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 155.

<sup>177</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 155.

<sup>178</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 156.

<sup>179</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 156.

<sup>180</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 156.

contribuir a un delito, lo único que puede saber al momento de realizar la contribución es si el objeto que está entregando es escaso o abundante. Así, si entrega la cosa sabiendo de las dificultades del ejecutor para adquirirla, habrá cooperación necesaria; si entrega la cosa sabiendo que su obtención no representaba un problema serio para el ejecutor, habrá complicidad. Concluye, en este sentido, que “en el momento de cooperar, yo sólo puedo saber si es difícil o no que el autor se agencia por otra vía lo que yo le ofrezco; pero no puedo saber con seguridad si lo va a obtener o no caso de que yo le niegue mi ayuda”<sup>181</sup>.

En cuanto al segundo grupo de contribuciones, las que consisten en un mero hacer, GIMBERNAT considera que son tres los factores a tener en cuenta para decidir si la contribución es escasa o no. El primer criterio es el de la inequívoca criminalidad de la conducta<sup>182</sup>, que resume en este principio: “*Abundante será toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa*”<sup>183</sup>, a lo que añade que “en principio, toda actividad *claramente* criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constitutiva de cooperación necesaria”<sup>184</sup>. Como segundo factor, expone que la conducta debe haber sido causal para el resultado. Aquí advierte de que no se trata de un juicio hipotético, y de hecho descarta la fórmula de la *conditio sine qua non* para la determinación de la causalidad<sup>185</sup>. Sostiene que el juez debe averiguar “cuál era el grado de decisión del autor y qué influencia material ha tenido la ayuda prestada sobre el ánimo del ejecutor”<sup>186</sup>. En este sentido, aclara que, por ende, se trata de averiguar algo que sucedió en la realidad, pues es en la realidad donde reside la causalidad<sup>187</sup>. Como tercer y último criterio dentro de este segundo grupo de contribuciones, expone que “la conducta claramente criminal condicionante del resultado no constituye cooperación necesaria cuando, dadas las circunstancias del caso concreto, no supone la remoción de un obstáculo serio”<sup>188</sup>.

---

<sup>181</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 160.

<sup>182</sup> Crítico con este criterio, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 392 s.

<sup>183</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 167.

<sup>184</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 168.

<sup>185</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 172 s.

<sup>186</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 173.

<sup>187</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 173.

<sup>188</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 174.

Como advertí antes, la teoría de los bienes escasos es la más aceptada en la doctrina española, pero normalmente se complementa con otros criterios. Es lo que sucede, por ejemplo, con la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>189</sup>, quien considera al criterio de la escasez como el más adecuado, en términos generales, pero advierte de que no es el único posible. Para este autor hay un supuesto más en el que debe afirmarse la necesidad de la contribución, aunque esta no sea objetivamente escasa: “cuando el autor o autores (y seguramente también otros intervinientes de carácter esencial) hayan considerado tan importante la contribución del sujeto que decidan no actuar y abandonar la realización del hecho si el sujeto retira su contribución, es decir, condicionen o supediten su actuación a la del sujeto (el supuesto está tomado de la idea del dominio funcional del hecho pero sacada fuera del ámbito de la coautoría); en estos supuestos (contemplada la situación *ex ante*) el autor o autores ponen en manos de un sujeto (al margen de cuál sea la importancia de su aportación en sí misma considerada) la continuidad o el desbaratamiento del plan delictivo y confieren a ese sujeto un dominio negativo (no positivo, como en el caso de la autoría) del hecho”<sup>190</sup>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO reconoce que a esta propuesta se le han esgrimido varias críticas<sup>191</sup>. En primer lugar, que parte de un criterio puramente subjetivo, que por ende no puede servir para diferenciar entre autores y partícipes<sup>192</sup>. Frente a esta crítica responde, entre otros aspectos, que la propuesta que realiza no puede calificarse de

---

<sup>189</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 657; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 316. Ya antes, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 572 s. n. 123, había señalado que, aunque la finalidad de su trabajo no era la de pronunciarse sobre los criterios para diferenciar entre distintas clases de partícipe, consideraba en general correcto el criterio de los bienes escasos, aunque advertía de que quizá habría que matizarlo y completarlo, en ciertos casos, con el criterio del dominio funcional, “dando así entrada, p. ej., a la hora de juzgar si una conducta cooperadora es necesaria o no, al dato de la importancia concedida a esa conducta por el conjunto de intervinientes”.

<sup>190</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 658 (muy similar en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 316).

<sup>191</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 658 ss.

<sup>192</sup> En este sentido, por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 252, quien afirma que “no deja de resultar chocante que estos defensores de criterios objetivos y formales en materia de autoría acudan, no obstante, a criterios subjetivo-psicológicos en el caso de la cooperación necesaria”. En un sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, n. 60, 44, quien considera que este criterio es difícil de admitir “pues conlleva el riesgo de trasponer el equivalente a un concepto subjetivo de autor al ámbito de la participación; y ello no porque se exija que el partícipe tenga un determinado ánimo subjetivo, sino porque su calificación depende de las opiniones subjetivas de los autores”.

subjetiva sino que más bien “el dato de que se hace depender la calificación del sujeto es objetivo en cuanto que externo al propio sujeto”<sup>193</sup>.

La segunda crítica se refiere a las dificultades probatorias de su propuesta, por lo difícil que resulta la prueba de elementos subjetivos<sup>194</sup>. Frente a esto responde que el hecho de que una circunstancia sea difícil de probar no implica que, si concurre, no tendrá unas determinadas consecuencias. Además, pone en duda esa dificultad probatoria, y en este punto se refiere, por ejemplo, a las posibles declaraciones de los demás sujetos, la posibilidad de que haya testigos, documentos, etc. Por último, pone de relieve que aun cuando se partiera de que estamos ante la prueba de un elemento subjetivo en sentido estricto y de que la prueba de estos elementos es más difícil que la de algunos elementos objetivos, no se prescinde de esos elementos y todos los días deben probarse ante los tribunales (por ejemplo, el dolo)<sup>195</sup>.

La última crítica que se le hace al criterio propuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se refiere a que la importancia que los autores den a la contribución no aumenta ni disminuye el peligro para el bien jurídico<sup>196</sup>. Rechaza también esta última crítica y afirma que en efecto es irrelevante lo que cada sujeto piense de su propia contribución, “pero si el autor o autores hacen depender su actuación (...) de que otro colabore (del modo que sea), el que éste no lo haga hace desaparecer la posible realización del tipo por los autores y, por tanto, cualquier eventual lesión o puesta en peligro típicas del bien jurídico por los autores”<sup>197</sup>. De acuerdo con lo anterior, el sujeto poseería un dominio negativo del hecho, dominio del cual carece el cómplice.

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, la distinción entre cooperación necesaria y complicidad sigue siendo compleja. Creo, no obstante, que la doctrina ha dado pautas importantes, y que una combinación del criterio de los bienes escasos, con otros criterios como el que propone DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, puede dar una solución adecuada.

---

<sup>193</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 660 (= en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 316).

<sup>194</sup> Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 445.

<sup>195</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 662 s. (= en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 317).

<sup>196</sup> Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 445.

<sup>197</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 663 (= en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 317).



Esta parece ser, además, la opción por la que se inclina el TS en sus decisiones. En efecto, en la jurisprudencia más reciente<sup>198</sup>, el TS reitera lo que ha venido sosteniendo desde tiempo atrás, en el sentido de que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”<sup>199</sup>. En este sentido, la aportación de la complicidad se expresaría en “papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico”, sin los cuales “la acción delictiva podría igualmente haberse realizado”, mientras que la aportación de la cooperación necesaria es considerada “esencial y necesaria para la ejecución del delito”<sup>200</sup>.

El TS considera, entonces, que lo decisivo para distinguir entre complicidad y cooperación necesaria será “la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores; la complicidad requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado en términos de *prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado*, no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción una aportación que aunque, no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal”<sup>201</sup>. Ese carácter de “no necesaria” de la aportación se establece, según el TS, “bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible *al no tratarse de un bien escaso*”<sup>202</sup>.

### C) La discusión sobre la conveniencia de la figura de cooperación necesaria

Lo dicho en el apartado anterior deja en evidencia la complejidad de la distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Sin embargo, aun reconociendo

---

<sup>198</sup> V., por ejemplo, la STS 270/2019, de 28 de mayo.

<sup>199</sup> STS 759/2018, de 24 de mayo.

<sup>200</sup> STS 270/2019, de 28 de mayo.

<sup>201</sup> STS 270/2019, de 28 de mayo, que cita, a su vez, abundante jurisprudencia (la cursiva es mía).

<sup>202</sup> STS 759/2018, de 24 de mayo (la cursiva es mía).

esa complejidad, no considero que la alternativa adecuada sea renunciar a la figura de la cooperación necesaria, como lo ha planteado un sector de la doctrina<sup>203</sup>.

En efecto, son varias las voces que en la doctrina española se han manifestado en contra de mantener la figura de la cooperación necesaria en el CP español<sup>204</sup>. En general, quienes la rechazan la consideran “obsoleta”<sup>205</sup>, un “resquicio”<sup>206</sup> o “residuo”<sup>207</sup> histórico, una muestra de que el legislador “se ha quedado anclado en el pasado”<sup>208</sup>, y algunos añaden que el CP español es el único CP europeo que sigue manteniendo esta figura<sup>209</sup>.

Las críticas más relevantes que suelen hacerse a esta figura –y aquí sigo el inventario que, al respecto, realiza BOLEA BARDON<sup>210</sup>– tienen que ver, en primer lugar, con el hecho de que, si la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad se plantea como una cuestión de grado, será muy difícil encontrar un criterio general válido para la delimitación entre una y otra figura, pues la determinación de la relevancia de la conducta dependerá de múltiples factores que deberá tener en cuenta el juez. De ahí que esta autora considere más conveniente desplazar el problema de la delimitación entre estas dos figuras, al ámbito de la determinación de la pena<sup>211</sup>. En segundo lugar, BOLEA BARDON se refiere a los problemas interpretativos que genera la cláusula de necesidad, y que se traducen en inseguridad jurídica ante la falta de un criterio general válido para la delimitación<sup>212</sup>. Una tercera crítica tiene que ver con la

---

<sup>203</sup> Se refiere a lo polémico de la figura, y al desacuerdo en cuanto a su naturaleza, concreción y oportunidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 645.

<sup>204</sup> En este sentido, entre otros, CEREZO MIR, en: CEREZO MIR, y otros, *Presupuestos para la reforma penal*, 1992, 45, quien ya desde el análisis del borrador de CP afirmaba que mantener esta figura era “el más grave defecto de la regulación de la autoría y la participación en el borrador”; *PG*, t. III, 2001, 247; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 62; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 11, 410 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 119 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 272 n. 252; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, 2004, 399 s.; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 247; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 2016, 359.

<sup>205</sup> CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 247.

<sup>206</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, 1996, 62.

<sup>207</sup> CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 247; CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, 169.

<sup>208</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 11, 410.

<sup>209</sup> CEREZO MIR, en: CEREZO MIR, y otros, *Presupuestos para la reforma penal*, 1992, 45; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 11, 410.

<sup>210</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 125 ss.

<sup>211</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 125.

<sup>212</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 125.

excesiva complejidad de una categoría que se define de manera negativa, esto es, como una figura que, si bien merece la misma pena del autor, no puede calificarse de autoría porque no cumple con alguno de los presupuestos de esta. En opinión de la autora, esto resulta insuficiente para dotar de “sustantividad propia” a la cooperación necesaria<sup>213</sup>.

BOLEA BARDON se refiere a otras dos críticas que en mi criterio serían, más bien, propuestas: considera que hay que propender porque la equiparación de pena del cooperador con el autor sea excepcional y, por tanto, hay que tender a que esa equiparación opere solo para los casos más graves, esto es, para cuando la aportación del cooperador sea realmente imprescindible. Lo anterior lo fundamenta en el hecho de que se está aplicando la pena de autoría “a quien no ejerce el dominio del riesgo”<sup>214</sup>. Adicional a ello considera que la figura de la cooperación necesaria “no sería tan necesaria y dejaría mayor campo de aplicación a la complicidad si se lograran trazar unos límites más precisos entre coautoría y cooperación”. Esto último, señala, sumado a la introducción de una agravación facultativa de la pena para el cómplice<sup>215</sup>. En definitiva, su propuesta consiste en suprimir la figura del cooperador necesario y establecer una figura unitaria de cooperación, que prevea una pena inferior en grado a la del autor, pero con la previsión de una cláusula de equiparación de pena a la del autor para los supuestos más graves<sup>216</sup>.

Otros autores, también críticos con la existencia de la figura de cooperación necesaria en el CP español, se adhieren a la idea de una figura unitaria de cooperación, pero con una pena igual a la del autor, y con una atenuación facultativa para el cómplice. Así lo proponen, por ejemplo, CEREZO MIR<sup>217</sup> y PÉREZ ALONSO<sup>218</sup>. Este último resume la propuesta en los siguientes términos: “la supresión de las dos formas actuales de complicidad (...) y su refundición en una categoría unitaria de complicidad,

---

<sup>213</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 126.

<sup>214</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 126.

<sup>215</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 127.

<sup>216</sup> BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, 2000, 127. Esta autora incluso propone la redacción de la fórmula en los siguientes términos: “a los cooperadores de un delito consumado o intentado se le impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito. Excepcionalmente, los Jueces o Tribunales podrán imponerles la misma pena señalada en la Ley para los autores atendiendo a la especial relevancia de la contribución prestada, razonándolo en la sentencia”. También considera preferible una figura única de cooperación con posibilidad de agravación de pena en supuestos excepcionales, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 272 n. 252.

<sup>217</sup> CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2001, 247.

<sup>218</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 11, 410 s.

castigada con la misma pena que el autor, aunque con la posibilidad de atenuarla en un grado”<sup>219</sup>.

Esta propuesta de supresión de la cooperación necesaria y de la existencia de una única figura de cooperación, con atenuación facultativa para el cómplice, también ha recibido múltiples críticas por parte de quienes consideran conveniente conservar en el CP la figura de la cooperación necesaria<sup>220</sup>. En este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ<sup>221</sup> plantea que aquella propuesta no supondría ninguna ventaja con respecto a la regulación actual, pues al cooperador necesario se le convertiría en un cómplice sin rebaja de pena, y ello no simplificaría la labor de decidir entre una categoría (complicidad) y otra (cooperación necesaria). En sentido similar se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS, quien además advierte de que la propuesta desplaza el problema a otro lugar, al momento de decidir si se atenúa o no la pena, “sin disponer de una referencia legal precisa, como lo es el concepto de cooperación necesaria”<sup>222</sup>.

También, dentro de las ventajas de mantener la figura de la cooperación necesaria, DÍEZ RIPOLLÉS<sup>223</sup> sostiene que esta resuelve mejor los casos que, de otra

---

<sup>219</sup> PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 1998, 11, 417. Este autor, además, descarta la propuesta de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en el sentido de establecer una atenuación facultativa para el cooperador necesario (V., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 1054). Considera que dicha propuesta “carece de sentido lógico y sistemático en la vigente configuración legal de las dos formas de complicidad” (411), pues con ella se estaría afirmando la existencia de tres formas de complicidad, lo que no se compadece con la lógica de la ley: habría una complicidad necesaria, una menos necesaria y una simple. Además, se generaría el serio problema de delimitar la cooperación menos necesaria, de la simple, lo que probablemente sea una tarea irresoluble (412).

<sup>220</sup> Defienden la idea de conservar la figura de la cooperación necesaria, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 395; DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC I (1998)*, 45; *DP, PG*, 4<sup>a</sup>, 2016, 394; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 90 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 654 ss.; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 147, 318; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 120, 412, 443 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 253; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9<sup>a</sup>, 2015, 475.

<sup>221</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 90 s.

<sup>222</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4<sup>a</sup>, 2016, 394. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 666, quien advierte de que esa propuesta “supondría no ofrecer al aplicador del Derecho ningún criterio en el que basar la decisión de atenuar o no. Al menos la regulación actual de la cooperación nos da un indicio, criterio o pista (con una fórmula defectuosa, que ha de concretarse, etc.) de aquello que caracteriza al cooperador conminado con la pena del autor, además de que no se simplificarían los problemas de distinción, sino que se retrasarían al momento de la decisión sobre la procedencia de la atenuación”. También se pronuncia al respecto DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 443 s., quien considera que la inseguridad jurídica que puede producirse ahora con la figura de la cooperación necesaria, seguirá existiendo si la misma se suprime, solo que el problema se trasladaría a otro lugar. En este sentido explica que si se refunden las dos categorías (cooperación necesaria y complicidad) en una sola forma de complicidad, con posibilidad de atenuación de la pena, el juez igualmente tendría que valorar si la cooperación es o no necesaria, para rebajar la pena.

<sup>223</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, *DP, PG*, 4<sup>a</sup>, 2016, 394.

manera, se tratarían como “coautoría funcional”. En esta misma línea, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ advierte del riesgo que existiría, si se suprime la cooperación necesaria, de que algunas conductas que actualmente se engloban en ella, pasaran a considerarse de coautoría, y así, o bien desaparecería la restricción que implica en estas conductas el principio de accesoriadad, o la coautoría dejaría de ser una verdadera forma de autoría y empezarían a verse en ella signos de accesoriadad. Con ello, añade, peligraría la distinción entre formas de autoría y participación y, en consecuencia, peligrarían también las ventajas de un concepto restrictivo de autor<sup>224</sup>.

Y son justamente las ventajas del concepto restrictivo de autor las que, en mi criterio, se convierten en la razón de mayor peso para afirmar la conveniencia de la categoría de cooperación necesaria en el CP español. Como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “gracias a la existencia de la cooperación necesaria se puede mantener este concepto restrictivo de coautoría (figura en que son especialmente perceptibles las ampliaciones o extensiones del concepto de autor en otras posturas, especialmente en la teoría del dominio del hecho) sin que haya por ello que renunciar a una conminación penal materialmente satisfactoria de formas de participación altamente merecedoras y necesitadas de pena”<sup>225</sup>.

Del balance realizado hasta aquí, pueden extraerse varias conclusiones: en primer lugar, parece que las críticas que se le hacen a la cooperación necesaria atienden, más bien, a su formulación legal (que, efectivamente es criticable, al utilizar una fórmula que remite a un juicio hipotético, y debería ser replanteada) que a la figura como tal<sup>226</sup>. Considero, entonces, que la figura de la cooperación necesaria es conveniente, porque refleja mejor las diferentes formas de intervención en el delito, y,

---

<sup>224</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, 91.

<sup>225</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002. No obstante, creo importante señalar que este autor, aunque está de acuerdo con la figura de la cooperación necesaria, considera que debería regularse de otra forma. En este sentido, propone como fórmula legal de la cooperación necesaria, la siguiente: Serán castigados con la misma pena que los autores quienes, sin serlo, cooperen al hecho con actos ejecutivos o con otros que aparezcan como de carácter esencial, de manera que contribuyan de forma especialmente relevante a la realización del hecho. En la determinación de la esencialidad de la contribución se tendrán en cuenta, entre otros factores, el carácter escaso o abundante de la aportación y el condicionamiento de los autores a la intervención del cooperador”. En sentido similar se pronuncian LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 395; DURÁN SECO, *La coautoría*, 2003, 446 s., quien también propone una nueva fórmula legal de la cooperación necesaria, en los siguientes términos: “Serán castigados como cooperadores necesarios con la pena del autor aquellos sujetos que, sin ser autores, intervengan incrementando sustancialmente el riesgo para el bien jurídico y facilitando la comisión del hecho” (458).

<sup>226</sup> Así lo pone de relieve, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Cerezo*, 2002, 655.

en este sentido, se ajusta de manera más adecuada a los postulados de un concepto restrictivo de autor, que he defendido desde el comienzo de esta investigación. Creo, en consecuencia, que las legislaciones que no cuentan con la figura de la cooperación necesaria terminan desconociendo la distancia que existe entre formas de cooperación, y entre estas y la coautoría, con el riesgo de una ampliación excesiva de los alcances de esta última<sup>227</sup>, para abarcar en ella figuras que son de cooperación, pero que merecen una sanción más elevada que la de la complicidad<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Por ejemplo, este riesgo se ha visto concretado en el sistema penal colombiano, a partir de la elaboración jurisprudencial de la llamada “coautoría impropia” que, en mi criterio, no es más que una cooperación necesaria (incluso a veces complicidad) disfrazada de coautoría, con todas las consecuencias adversas que ello genera. Sobre la conveniencia de incluir la figura de la cooperación necesaria en el CP colombiano recomiendo el análisis que hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCr 76-2004*, 61 s.

<sup>228</sup> Nótese que aquí hablo de una sanción más elevada que la de la complicidad, pero no igual a la de la autoría, pues aún considero dudoso que ambas figuras (cooperación necesaria y autoría) deban ser sancionadas con la misma pena. Sin embargo, es una discusión que requiere un análisis más profundo, y que excede los propósitos de esta investigación.

## ***Recapitulación***

1. Las soluciones de participación en la estructura empresarial son plausibles, tanto para directivos y mandos medios, como para subordinados. Frente a los primeros parece olvidarse que la sola *posición* de directivo no puede implicar, de manera automática, la atribución de responsabilidad penal como autor. Deberá analizarse la efectiva intervención del directivo en los hechos, para determinar si se trata de una conducta de autoría o de participación.
2. El análisis de las formas de participación lleva a cuestionarse, en primer lugar, por el propio fundamento del castigo del partícipe. En torno a ese interrogante se han sostenido diversas posiciones, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que se basan en la idea de la corrupción, y las que parten de la idea de contribución a la lesión del bien jurídico. Las primeras ya han sido prácticamente abandonadas porque no se compadecen con el principio de accesoriadad limitada, ni con la consecuente idea de la culpabilidad como elemento de carácter personal, y terminan introduciendo juicios morales ajenos al Derecho penal. Se opta por las segundas, en la versión de ROXIN, de “participación como ataque accesorio al bien jurídico”, que entiende que el injusto del partícipe será derivado en cuanto a la accesoriadad, pero autónomo en tanto la imputación al partícipe por su colaboración en el hecho principal solo procede si al mismo tiempo representa un ataque propio al bien jurídico.
3. La participación en cadena es otro de los aspectos más debatidos cuando se aborda el tema de las formas de participación. La doctrina se ha movido en tres direcciones: entender que la participación en la participación es participación en el hecho principal; considerar que la participación en cadena es participación en el hecho de la participación; y, por último, considerar que no es punible, porque las formas de participación solo castigan la intervención en el hecho del autor. Luego del balance de las tres teorías, se estima que la primera logra abarcar, de mejor manera, el fenómeno de la participación, y ello también en el caso más debatido de la inducción en cadena. El reconocimiento de la inducción en cadena como inducción al hecho principal puede, además, representar una vía de solución adecuada a supuestos comunes dentro de una estructura empresarial.

4. Otro de los temas más polémicos en el ámbito de la participación es el de la posibilidad teórica de la participación imprudente, y el de la conveniencia de su castigo. El primer aspecto se resolvió favorablemente desde el segundo capítulo, al asumir un concepto restrictivo de autor, también para los delitos imprudentes. En el segundo aspecto se enfrentan dos posiciones, con algunos matices: las que defienden el castigo de la participación imprudente, y las que lo rechazan. Después del balance de ambas posiciones, se opta por la segunda, principalmente atendiendo a razones de política criminal, en tanto el castigo de la participación imprudente implica una ampliación inconveniente del ámbito de punición.
5. La discusión sobre las conductas neutrales y la relevancia de los conocimientos especiales tiene un especial impacto en el análisis de la delincuencia económica, como ámbito fecundo para que se den este tipo de conductas, que se han caracterizado a partir de tres elementos: son conductas externamente corrientes; suelen ser manifestación del desarrollo de un rol o un estándar, en principio lícito; incrementan el riesgo de lesión al bien jurídico. Las alternativas de solución se diferencian por concederle mayor o menor relevancia a los elementos subjetivos y a los objetivos. Una combinación de ambos elementos, que aquí se considera acertada, tendrá en cuenta la imprudencia o el dolo del sujeto, para lo cual será determinante la presencia de conocimientos especiales, y que la conducta haya incrementado el riesgo, favorecido o promovido de algún modo la realización del hecho principal. La presencia de conocimientos especiales también puede implicar que una conducta, aparentemente de participación, sea de autoría, o que se descarte la instrumentalización del sujeto que posee estos conocimientos, salvo que concurra otra causa que la genere.
6. Como aspecto particular de la inducción se analiza la figura de la coinducción, de especial incidencia en el ámbito empresarial, cuando no concurren los requisitos de una (co)autoría mediata. La coinducción implicará la existencia de un acuerdo previo entre los sujetos, para inducir a un tercero a la comisión del delito. Para que se aprecie el fenómeno, solo la suma de las intervenciones de cada coinductor deberá ser la que provoque la resolución delictiva del inducido.



7. La distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad es uno de los problemas más complejos que presentan estas formas de participación. La doctrina ha elaborado diversos criterios para la distinción, entre los cuales destaca la teoría de los bienes escasos, de GIMBERNAT. El criterio derivado de esta teoría es correcto, pero no suficiente, y debe ser complementado con otros, como el que indaga por el grado de importancia que los demás intervinientes en el hecho le otorgan a la contribución del sujeto. También la jurisprudencia se inclina por la solución de combinar criterios para determinar la importancia de la aportación y establecer si constituye cooperación necesaria o complicidad.
  
8. La doctrina española discute también la conveniencia de la figura de la cooperación necesaria. Un sector de la doctrina rechaza esta figura y la considera anacrónica, si bien las críticas parecen más orientadas a la fórmula legal que a la figura en sí. Otro sector, en el que se inscribe este trabajo, defiende la existencia de la cooperación necesaria en el CP, considera que ella refleja mejor las diferentes formas de intervención en el delito y es más consecuente con un concepto restrictivo de autor, como el que se asume en esta investigación.

## CONCLUSIONES

Las conclusiones de este trabajo se han ido exponiendo al final de cada uno de los cinco capítulos que lo componen, a lo que remito. Ello me exime de presentarlas aquí de manera exhaustiva, y por eso me limito a hacer un breve resumen de estas.

**I.** Ante las dificultades de atribución de responsabilidad penal en el seno de estructuras empresariales, la alternativa de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas no resulta adecuada ni necesaria, tanto por razones dogmáticas como de política criminal. Las primeras se refieren, sobre todo, al rechazo de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica; las segundas, a la ausencia de razones que fundamenten un mayor efecto preventivo de la RPPJ, o, desde la perspectiva contraria, que comprueben la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual. Ello sumado a que los efectos directos de las penas para las personas jurídicas recaen en terceros ajenos a la comisión del hecho delictivo. El caso de Estados Unidos resulta ilustrativo de la situación descrita.

**II.** La alternativa adecuada para abordar las dificultades de atribución de responsabilidad penal en la estructura empresarial debe ser, entonces, el fortalecimiento de las herramientas dogmáticas sustantivas y procesales para la identificación y graduación de la responsabilidad penal de las personas físicas. El punto de partida es el reconocimiento de la *estructura empresarial* como dato fundamental para la depuración de responsabilidades individuales, con todas las características propias de aquella: escisión de los procesos de decisión y ejecución, división del trabajo, especialización, complementariedad, jerarquía, delegación de funciones, principio de confianza e, incluso, la utilización de herramientas de fidelización y la posible configuración de un factor criminógeno de grupo.

**III.** Esta alternativa de afinar las herramientas dogmáticas para la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas en la empresa requiere, como presupuesto, la elección de un concepto de autor. Se opta por un concepto restrictivo de autor en

tanto este permite una mayor precisión de la descripción típica y, por tanto, una mayor conformidad con los principios del Estado social de Derecho. Esa opción debe mantenerse de manera coherente, tanto por el legislador como por el intérprete.

IV. Una vez se opta por un concepto restrictivo de autor, surge el interrogante sobre el criterio adecuado para la delimitación entre autoría y participación. Para ello, la doctrina ha desarrollado diversas teorías, entre las cuales destacan la teoría objetivo-formal, la teoría del dominio del hecho, la teoría de la pertenencia del hecho, las teorías fuertemente normativizadoras y la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Luego de presentar un balance de las ventajas y falencias de cada teoría, se opta por esta última, que parte de la idea fundamental de la estrecha vinculación entre autoría y realización del tipo. El componente objetivo se explica porque lo fundamental para la determinación de la autoría no es un elemento subjetivo, sino lo que haga el sujeto, y esto permite que el criterio sea aplicable tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes. El componente positivo se explica por la exigencia, para la configuración de la autoría, de un dominio positivo (y no meramente negativo), esto es, que la conducta configure decisivamente el curso del acontecer típico, hacia la producción del resultado.

V. En el proceso de determinación de la autoría y la participación en el seno de una estructura empresarial, debe huirse de los modelos que implican la imputación automática de la calidad de *autor* para los directivos, y desechan de plano para ellos la solución de la *participación* (o, eventualmente, la de ausencia de responsabilidad penal). Estos modelos, además de vulnerar los principios de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad por el hecho propio, desconocen las dinámicas de cada empresa, y sus específicas relaciones e interacciones. Con ello terminan asociando la responsabilidad penal a la *posición* que se ocupa dentro de dicha estructura, y no a la *conducta* efectivamente realizada. Por eso se hace necesario evaluar cada supuesto y contrastarlo con los requisitos de las diferentes formas de autoría y participación, para confirmar o desechar que concurren en el caso concreto.

**VI.** La coautoría ha sido una de las formas a las que se ha acudido con frecuencia para atribuir responsabilidad a quienes ejercen funciones de dirección dentro de la estructura empresarial. Sin embargo, la definición, los requisitos y límites de esta figura son, todavía, una cuestión polémica. El balance de la discusión arroja que el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho resulta, también en este ámbito, el más adecuado –y, sin duda, más restrictivo– para explicar dicha forma de autoría, entendida como la realización conjunta de la acción que determina el si y el cómo del hecho. Lo anterior implica un dominio positivo del hecho, y no meramente negativo, como el que resulta de la idea de la esencialidad de la contribución, según la formulación que de ella hacen los defensores de la teoría del dominio del hecho. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho exige también la existencia de un plan o acuerdo común como requisito necesario (no suficiente) de la coautoría, tanto dolosa como imprudente, pues en virtud de él opera la imputación recíproca de lo que hace cada coautor, que permite hablar de una verdadera acción conjunta. En cuanto a la prestación de la contribución en fase ejecutiva, más que un requisito, se manifiesta como una *consecuencia* de la caracterización de la coautoría que aquí se asume, a partir de los postulados de la determinación objetiva y positiva del hecho, y puede representar el mayor obstáculo para atribuir esta forma de autoría a los directivos, lo que implicaría, en consecuencia, que sean más frecuentes los supuestos de coautoría mediata.

**VII.** La figura de la coautoría también suele presentarse como alternativa principal para el análisis del título de imputación de responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado que toma una decisión delictiva. Sin embargo, no en todos los supuestos concurren los requisitos para que se configure esta forma de autoría, y por ello se hace necesario establecer si la decisión colegiada se tomó en la fase preparatoria o ejecutiva, para determinar si cabe atribuir una coautoría (inmediata o mediata) o alguna forma de participación, a quienes votan favorablemente. Para ello deberán diferenciarse los supuestos en que la sola adopción del acuerdo ya es ejecución, de aquellos otros en que la adopción del acuerdo todavía no sería ejecución sino preparación de un hecho que luego tendría que ser ejecutado por otros.

**VIII.** No obstante lo afirmado en el número anterior, existen ciertas características de la estructura empresarial que favorecen la configuración de supuestos de autoría mediata (o coautoría mediata) en mayor medida que los supuestos de coautoría. Dentro de estas características destacan el fenómeno de escisión entre acción y decisión; el principio de jerarquía y el fenómeno de la delegación; el principio de confianza; y, por último, la utilización de mecanismos de fidelización de los empleados.

**IX.** Varias teorías han indagado por el fundamento de la autoría mediata. Destaca la teoría del dominio del hecho como dominio de la voluntad, desarrollada por ROXIN. También se ha intentado fundamentar esta forma de autoría a partir, entre otras, de teorías como la de la pertenencia del hecho, y las teorías fuertemente normativizadoras. Estas últimas terminan alejándose del concepto de realización típica, que debería orientar siempre las reflexiones sobre la autoría. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho se muestra, en cambio, más consecuente con un concepto restrictivo de autor. Este criterio exige, para que se configure la autoría mediata, los siguientes requisitos: 1) un fundamento material que permita afirmar que un sujeto realiza una acción a través de otro (instrumentalización). Los dos fundamentos más destacados son la falta de voluntad libre del instrumento, y el único o mejor conocimiento por parte del sujeto de atrás; 2) que la acción que realizan los dos sujetos, uno de forma inmediata y el otro mediata, coincida con la descrita en el tipo; 3) que concurren los elementos personales o subjetivos de la autoría; y, 4) que en cada sujeto concurren los demás elementos del injusto, incluidos los elementos subjetivos. El fundamento de la instrumentalización, derivado de este criterio, es compatible con la autoría mediata imprudente, y con supuestos de autor tras el autor, siempre y cuando, en estos últimos, el ejecutor inmediato no tenga el mismo nivel de libertad, conocimiento y responsabilidad que el sujeto de atrás.

**X.** En la estructura empresarial podrán ser frecuentes los supuestos de autoría mediata por creación o aprovechamiento de un error, pero también en virtud de coacción u otros procedimientos similares. Esto último, si se parte de una interpretación subjetiva de los requisitos de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta, lo que contribuirá a percibir ciertas dinámicas de verdadera instrumentalización que podrían

pasar inadvertidas si no se atiende a las particularidades de las interacciones verticales dentro de la estructura empresarial, y a las *situaciones de especial vulnerabilidad* en las que pueden encontrarse algunos de los subordinados. En el caso de ejecutores inmediatos plenamente responsables, se descarta la instrumentalización, y, con ella, la autoría mediata. En consecuencia, también se descarta la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, y, por ende, su traslado al ámbito empresarial.

**XI.** El análisis inicial de las soluciones de autoría, sobre todo para quienes ejercen funciones de dirección en la estructura empresarial, deja en evidencia la necesidad de abordar la discusión sobre las soluciones de participación. Esta discusión tiene como punto de partida la pregunta por el fundamento del castigo del partícipe; pregunta a la que se ha respondido, fundamentalmente, en dos direcciones: las que se basan en la idea de la corrupción, y las que parten de la idea de contribución a la lesión del bien jurídico. Se opta por las segundas, en la versión de ROXIN, de “participación como ataque accesorio al bien jurídico”, que entiende que el injusto del partícipe será derivado en cuanto a la accesoriedad, pero autónomo en tanto la imputación al partícipe por su colaboración en el hecho principal solo procede si al mismo tiempo representa un ataque propio al bien jurídico.

**XII.** En el ámbito de la participación se discuten, también, otros tres aspectos: la participación en cadena; la posibilidad conceptual de la participación imprudente; las conductas neutrales y la relevancia de los conocimientos especiales en la atribución de responsabilidad penal. Con respecto a la participación en cadena, se asume la idea de que se trata de una participación en el hecho principal, y ello es válido también para la inducción. En lo que se refiere a la participación imprudente, se entiende que es conceptualmente posible, pero su castigo no es conveniente desde lo político-criminal. Por último, frente a las conductas neutrales, y para determinar cuándo dejan de serlo, porque generan responsabilidad penal, se asume una postura que combina elementos objetivos y subjetivos, y, dentro de estos últimos, le concede relevancia a los conocimientos especiales. La presencia de conocimientos especiales puede implicar, en consecuencia, que una conducta aparentemente neutral constituya participación, o

incluso autoría, o que se descarte una supuesta instrumentalización del sujeto que posee estos conocimientos, salvo que concurra otra causa diferente que la genere.

**XIII.** Como aspecto particular de la inducción, se acepta la figura de la coinducción, de especial incidencia en el ámbito empresarial, sobre todo en los supuestos de decisiones tomadas en órganos colegiados, cuando no concurren los requisitos de la coautoría mediata. La coinducción implicará la existencia de un acuerdo previo entre los sujetos, para inducir a un tercero a la comisión del delito.

**XIV.** Uno de los problemas más complejos de las formas de participación tiene que ver con la diferencia entre complicidad y cooperación necesaria. El criterio de los bienes escasos resulta correcto pero insuficiente para esta distinción, por lo que deberá complementarse con otros, como el que indaga por el grado de importancia que los demás intervinientes en el hecho le otorgan a la contribución del sujeto. Esta parece ser también la vía por la que ha optado el TS en sus decisiones. La dificultad para distinguir entre cooperadores necesarios y cómplices ha sido una de las razones para que un sector de la doctrina rechace la conveniencia de la figura de la cooperación necesaria. No obstante, las críticas parecen más orientadas a la fórmula que utiliza el legislador español que a la figura en sí. En este trabajo se defiende la existencia de la cooperación necesaria en el CP, en tanto ella refleja de manera más precisa las diferentes formas de intervención en el delito, y es más consecuente con un concepto restrictivo de autor, como el que se asume en esta investigación.

## CONCLUSIONS

The findings of this research have been exposed at the end of each of the five chapters that compose it, to which I refer. This exempts me from presenting them here in an exhaustive way. Instead of that, I make a brief summary of them.

**I.** Faced with the difficulties of attributing criminal liability within corporate structures, the alternative of corporate criminal liability is neither adequate nor necessary, both for dogmatic reasons and for reasons of criminal policy. The first reasons refer, above all, to the rejection of the corporation's capacity to act and to be guilty; the second, to the absence of reasons that justify a better preventive effect, or, from the contrary perspective, that prove the preventive insufficiency of individual criminal liability. In addition, the direct effects of penalties for corporations are directed towards third parties outside the commission of the offence. The case of the United States is illustrative of the situation described above.

**II.** The adequate alternative to solve the difficulties of attribution of criminal liability in the corporate structure should be the strengthening of the substantive and procedural dogmatic tools for the identification and graduation of the criminal liability of individuals. The starting point is the recognition of the corporate structure as a fundamental data for the identification of individual liabilities, with all the characteristics of the former: division of decision-making and execution processes, division of work, specialization, complementarity, hierarchy, delegation of functions, principle of trust and even the use of loyalty tools and the possible configuration of a group criminogenic factor.

**III.** This alternative of strengthening the dogmatic tools for the attribution of criminal liability to individuals in the corporation requires, as a budget, the choice of a concept of perpetrator. A restrictive concept is opted for, because it allows for greater precision of the legal description and, therefore, greater conformity with the principles of the



social rule of law. That option must be maintained consistently by both the legislator and the interpreter.

**IV.** When a restrictive concept of perpetrator is chosen, the question arises as to the appropriate criterion for the delimitation between principal and accessories to the crime. The doctrine has developed several theories, among which stand out the objective-formal theory, the theory of the domain of fact, the theory of the belonging of fact, the strongly normativizing theories and the theory of the objective and positive determination of fact. After presenting a balance of the advantages and failures of each theory, the last one is chosen, which is based on the fundamental idea of the strong link between perpetration and the realization of the legal description. The objective component consists in the fact that what is fundamental for the determination of perpetration is not a subjective element, but the conduct of the person, and this allows the criterion to be applied to crimes and recklessness. The positive component consists in the requirement of a positive (and not merely negative) domain, that is, that the behavior decisively configure the fact, towards the production of the result.

**V.** In the delimitation between principal and accessories to the crime in a corporate structure, models that imply automatic attribution of perpetration to managers, and discard for them the solution of participation (or, eventually, the absence of criminal liability), must be rejected. These models, in addition to violating the principles of subjective liability and liability for one's own actions, ignore the dynamics of each corporation and its specific relationships and interactions. In this way they end up associating criminal liability with the position they occupy within the structure, and not with the conduct carried out. That is why it is necessary to evaluate each case and contrast it with the requirements of the different forms of intervention in crime, to confirm or discard that they concur in the specific case.

**VI.** Co-perpetration has been one of the ways of attributing criminal liability to those who exercise managerial functions within the corporate structure. However, the definition, requirements and limits of this figure are still a contentious issue. The balance of the discussion shows that the criterion of objective and positive

determination of the fact is, also in this field, the most appropriate -and, without doubt, the most restrictive- to explain this form of intervention in the crime, understood as the joint performance of the action that determines the fact. This implies a positive domain of the fact, and not merely negative, such as that of the idea of the essentiality of the contribution, according to the formulation made by the followers of the theory of the domain of the fact. The criterion of the objective and positive determination of the fact requires the existence of a common plan or agreement as a necessary (not sufficient) requirement of the co-perpetration, since it allows to speak of a true joint action. As for the rendering of the contribution in executive phase, more than a requirement, it is manifested as a consequence of the characterization of the co-perpetration assumed here, starting from the postulates of the objective and positive determination of the fact, and can represent the biggest obstacle to attribute this form of authorship to the directors, which would imply, consequently, that the cases of mediate co-perpetration are more frequent.

**VII.** Co-perpetration is also often presented as the main alternative for the analysis of the imputation of criminal liability to the members of a collegiate organ that makes a criminal decision. However, not all cases meet the requirements to configure this form of perpetration, and therefore it is necessary to establish whether the collegiate decision was taken in the preparatory or executive phase, to determine whether a co-perpetration (immediate or mediate) or some form of accessory participation can be attributed to those who vote favorably. In order to do this, it is necessary to differentiate the cases in which the mere adoption of the agreement is already execution, from those in which the adoption of the agreement would not yet be execution but preparation of an event that would later have to be executed by others.

**VIII.** Notwithstanding what was stated in the previous issue, there are certain characteristics of the corporate structure that facilitate the configuration of assumptions of mediated perpetration (or mediated co-perpetration) to a greater extent than the assumptions of co-perpetration. These characteristics include the phenomenon of division between action and decision; the principle of hierarchy and the phenomenon of delegation; the principle of trust; and, finally, the use of employee loyalty mechanisms.

**IX.** Several theories investigate the basis of mediate perpetration. The theory of the domain of fact, developed by ROXIN, stands out. An attempt has also been made to base this form of perpetration on, among others, the theory of the belonging of fact and the strongly normativizing theories, that move away from the concept of the realization of legal description, which should always guide reflections on perpetration. The criterion of objective and positive determination of the fact is more consistent with a restrictive concept of perpetrator. This criterion demands, in order to configure mediated perpetration, the following requirements: 1) a material foundation that allows to affirm that a subject performs an action through another (instrumentalization). The two most outstanding foundations are the lack of free will of the instrument, and the only or better knowledge on the part of the subject behind it; 2) that the action carried out by the two subjects coincide with that described in the law; 3) that the personal or subjective elements of authorship concur; and, 4) that in each subject the other elements concur, including the subjective elements. The rationale for instrumentalization, derived from this criterion, is compatible with reckless mediate perpetration, and with assumptions of perpetrator behind the author, provided that, in the latter, the immediate executor does not have the same level of freedom, knowledge and responsibility as the subject behind.

**X.** In the corporate structure, there may be frequent cases of mediated perpetration due to the creation or use of an error, but also due to coercion or other similar procedures. The latter, if we start from a subjective interpretation of the requirements of the exemptions based on the inexigibility of other conduct, which will contribute to perceiving certain dynamics of true instrumentalization that go unnoticed if we do not pay attention to the particularities of the vertical interactions within the corporate structure, and to the situations of special vulnerability of some employees. In the case of fully responsible immediate executors, instrumentalization and, with it, mediated perpetration is ruled out. Consequently, the figure of the mediated perpetration by organized apparatuses of power, and, therefore, its transfer to the corporation sphere, is also discarded.

**XI.** The initial analysis of perpetration solutions, especially for those who exercise management functions in the corporate structure, highlights the need to address the

discussion of accessory intervention solutions. This discussion has as its starting point the question of the basis for the punishment of the accessory; a question that has been answered, fundamentally, in two directions: those based on the idea of corruption, and those based on the idea of contributing to the injury of the legal interest. The second option, in ROXIN'S version, is "participation as an accessory attack on the legal interest", which understands that the unjust participation of the accessory will be derived as to the accessory, but autonomous insofar as the imputation to the accessory for his collaboration in the main event only proceeds if at the same time it represents an attack on the legal interest itself.

**XII.** In the area of accessory intervention in crime, three other aspects are also discussed: chain intervention; the conceptual possibility of reckless intervention; neutral behaviors; and the relevance of special knowledge in the attribution of criminal liability. With regard to chain intervention, the idea is assumed that it is an intervention in the main event, and this is also valid for induction. As far as imprudent intervention is concerned, it is understood that it is conceptually possible, but its punishment is not convenient from the criminal policy point of view. Finally, in the face of neutral behaviors, a posture is assumed that combines objective and subjective elements, and gives relevance to special knowledge. The presence of special knowledge may therefore imply that an apparently neutral conduct constitutes intervention in the crime, or even perpetration, or that an alleged instrumentalization of the person who possesses this knowledge is discarded, unless there is another cause that generates it.

**XIII.** As a particular aspect of induction, the figure of co-induction is accepted, with a special impact on the corporation environment, especially in cases of decisions taken in collegiate organs, when the requirements of the mediated co-perpetration are not met. The co-induction will imply the existence of a previous agreement between the subjects, to induce a third party to commit the crime.

**XIV.** One of the most difficult problems of accessory forms of intervention in crime is the difference between complicity and necessary cooperation. The criterion of scarce goods is correct but insufficient for this distinction, so it must be complemented with

others, such as the one that asks about the degree of importance that the other participants in the event give to the contribution of the subject. This also seems to be the way in which the TS has chosen in its decisions. The difficulty in distinguishing between necessary cooperators and accomplices has been one of the reasons why a sector of the doctrine rejects the convenience of the figure of necessary cooperation. However, the criticisms seem more oriented to the formula used by the Spanish legislator than to the figure itself. In this research I defend the existence of the necessary cooperation, insofar as it more accurately reflects the different forms of intervention in the crime, and is more consistent with a restrictive concept of perpetrator, as I assume in this research.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA\*

- ADRIASOLA, Gabriel: v. CERVINI, Raúl/ADRIASOLA, Gabriel.
- AGUADO LÓPEZ, Sara: *Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 553-595.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.
- ALPACA PÉREZ, Alfredo: *Delitos tributarios y aduaneros*, Ubilex, Lima, 2015.
- ALSCHULER, Albert W.: *Two ways to think about the Punishment of Corporations*, PLLT 19 (2009), 1-45. Disponible en: [www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Alschuler\\_paper.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Alschuler_paper.pdf)
- AMBOS, Kai: *Dominio del hecho por **dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder***, trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- *Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori*, ZIS 11-2009, 552-564.
- ARAMBURO CALLE, Maximiliano: *La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes*, en: **Cuadernos de investigación**, N° 47, Universidad EAFIT, Medellín, 2006.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Responsabilidad penal de las **personas jurídicas***, Bosch, Barcelona, 1998.
- *Autoría y participación en **delitos de infracción de deber**. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
  - V. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGESSE, Silvina.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal*, PJ 31 (1993), 31-40.
- *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª. ed., Akal. Madrid, 1998.
- BAER, Miriam H.: *Organizational Liability and the tension between Corporate and Criminal Law*, en: JLP 1 (2010), 1-14.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.

---

\* Las palabras en negrita son las utilizadas para la cita abreviada, en aquellos casos en que no procede usar abreviaturas del índice de abreviaturas.

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, 17-34.
  - *Concepto y contenido del Derecho penal económico*, en: MIR PUIG, Santiago/MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis/GALLEGO SOLER, José Ignacio/BELLO RENGIFO, Carlos Simón (coord.): **Estudios de Derecho penal económico**, Livrosca, Caracas, 2002, 3-21.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BEALE, Sara Sun: *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, enero 6 de 2014. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2375318>. Versión en alemán: *Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen*, ZStW 1 (2014), 27-54.
- BENAVENTE CHORRES, Hesvert: *Autoría*, AD 2 (2002), 1-29.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: *La participación en el delito imprudente en el Código penal español de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALÉ SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana: *Curso de Derecho penal*, **PG**, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010.
- BERRUEZO, Rafael: *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- *Derecho penal económico*, en: BERRUEZO et al.: **Derecho penal económico**, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, 1-76.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BLANCO LOZANO, Carlos (coord.): *Tratado de Derecho penal español, Tomo I: El sistema de la Parte General*, Vol. 2: La estructura del delito, Bosch, Barcelona, 2005.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Capítulo 23*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.): **Derecho penal, Parte General**, Introducción. Teoría jurídica del delito, 2ª. ed., Comares, Granada, 2016.
- BOLEA BARDON, Carolina: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.

- *Delegación de funciones, deberes de control y vigilancia*, en: CORCOY BISADOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 61-66.
  - *Comisión por omisión. Deberes de garante en la empresa*, en: CORCOY BISADOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 66-74.
- BOTTKE, Wilfried: *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, trad. de GRACIA MARTÍN, Luis/ALASTUEY DOBÓN, Mari Carmen, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 130-197.
- *Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*, trad. de ARROYO ALFONSO, Soledad, RP 4 (1999), 21-29.
- BUSATO, Paulo César: *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, PG, Trotta, Madrid, 2006.
- CADAVID QUINTERO, Alfonso: *Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2013.
- *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el Derecho colombiano*, en: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.): **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 111-133.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Deusto, Barcelona, 2005.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Caso Contergan*, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.): **Casos que hicieron doctrina** en Derecho penal, 2ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, 207-222.
- CARO CORIA, Dino Carlos: *Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*, ZIS 11-2009, 581-595.
- CARPIO BRIZ, David: *Concepto y contexto del derecho penal económico*, en: CORCOY BISADOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 27-37.
- DEL CASO JIMÉNEZ, Teresa: en SANCHEZ MELGAR, Julián (coord.): *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª ed., Sepín, Madrid, 2006.
- DEL CASTILLO CODES, Enrique: *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007.



- CASTRO MARQUINA, Gonzalo: *La necesidad del Derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- CASTRONUOVO, Donato: *Responsabilidad por el producto y estructura del hecho imprudente*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 193-245.
- CEREZO MIR, José: *Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1.990*, en: CEREZO MIR, José y otros: **Presupuestos para la reforma penal**, Universidad de la Laguna, 1992, 39-50.
- *Curso de Derecho penal español*, PG III, (Teoría jurídica del delito/2), Tecnos, Madrid, 2001.
- CERVINI, Raúl/ADRIASOLA, Gabriel: *El Derecho penal de la empresa desde una visión garantista. Metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CESANO, José Daniel: *La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis*, en: BERRUEZO et al.: **Derecho penal económico**, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, 177-216.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: V. CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO.
- CIGÜELA SOLA, Javier: *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Derecho Penal*, PG, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel: *Instituciones de Derecho penal español*, PG, CESEJ, Madrid, 2004.
- COLINA OQUENDO, Pedro: *Artículo 28*, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (dir.)/ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel (coord.): **Código penal concordado y comentado**, 5ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.
- *Artículo 31*, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (dir.)/ RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel (coord.): **Código penal concordado y comentado**, 5ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- *Imputación subjetiva. Dolo. Ignorancia deliberada. Imprudencia*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 87-99.
  - *Capítulo 1, sección 6, apartados C, D y E*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): **Memento práctico Penal Económico y de la Empresa**, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 81-97.

- V. MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu.
- CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *Comentarios al Código Penal*, **PG**, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- COX VIAL, Francisco: V. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio/COX VIAL, Francisco.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho penal español*, PG, Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- *El Derecho penal español*, PG, Vol. II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Curso de Derecho Penal*, **PG**, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- DAN-COHEN, Meir: *Sanctioning Corporations?*, JLP 1 (2010), 15-43.
- DANNECKER, Gerhard: *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, RP 7-2001, 40-54.
- *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, en: WABNITZ, Heinz-Bernd/ JANOVSKY, Thomas (ed.): *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4a. ed., C.H. Beck, München, 2014, 3-78.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- *Delincuencia organizada*, RH 16-17 (1996), 258-279.
- *La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente*, DPC, vol. I, Hipamer, Managua, 2001, 29-60.
- *¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (I)* [Recensión al libro de PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.], RDPC 8 (2001), 357-402.
- *¿Es necesaria la cooperación necesaria?*, en: LH-Cerezo, 2002, 645-669.
- *¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (II). A la vez, un comentario crítico al libro de PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, RDPC 9 (2002), 303-358.*
- *¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (y III). A la vez, un comentario crítico al libro de PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, RDPC 10 (2002), 403-449.*
- *Voz Autoría*, en: LUZÓN PEÑA (dir.): *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, 139-153.

- *La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, DPCr 76-2004, 33-65.
- *Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación*, en: RL 4-5 (2007), 121-144.
- *Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos*, NFP 71, (2007), 115-144.
- *Autoría y participación*, REJ 10-2008, 13-61.
- *Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung. Kritische Betrachtungen*, en: GA 2011, 259-283. Versión en español: *La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas*, en: NFP 76 (2011), 15-48.
- *Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión*, NFP 83 (2014).
- *Autoría* (Ponencia), Foro FICP 2015-2, 62-66.
- *Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen*, GA 2016, 238-248. Versión en español: *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*, en Libertas 5 (2016) número monográfico extraordinario, 31-43.
- *Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?*, en LH-Mir, 2017, 509-521.
- *Das Handeln im Rahmen eines organisatorischen Machtapparates: Täterschaft oder Teilnahme?*, GA 2017, 711-719.
- *Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría*, CPC 123 (2017), 5-40.
- *Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias*, en: LH-Roxin-UIGV, 2018, 137-175.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Segundo comentario*, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (coord.): **Relevancia de la actuación de la víctima** para la responsabilidad penal del autor(a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente, Exmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater), Universidad de León, León, 2004, 45-86.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier: *Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia”* (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989), PJ 27 (1992), 189-216.

- V. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, CDJ 1996-27, 217-256.

- *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, RDPC 1 (1998), 25-53.
  - *Derecho Penal español, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DISKANT, Edward B.: *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure*, YLJ 118 (2008), 126-176.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “*Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?*”, en: LegalToday.com, 8 de abril de 2009, (<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios>). Consultado por última vez el 23 de noviembre de 2014.
- *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el Proyecto de Reforma de 2013*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (dir.): **Informe** de la sección de derechos humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 18-36.
- DURÁN SECO, Isabel: *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, Universidad de León, León, 2003.
- ELIASON, Randall: “*The Crisis in Corporate Criminal Liability*”, en: <http://rdeliason.com/2015/01/12/the-crisis-in-corporate-criminal-liability/> , 12 de enero de 2015. (Consultado por última vez el 18 de febrero de 2015).
- ESCOBAR VÉLEZ, Susana: *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- *Participación*, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.): *Derecho penal en casos*, Parte General. Estudio analítico-práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 413-428.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Diario La Ley 9260 (2018), 1-28.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa*, en: SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.): *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, 89-129.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.
- *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín (coord.): EP-Valle Muñiz, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, 229-272.
  - *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

- Cuestiones actuales de **Derecho penal económico**, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.
  - *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/GRACIA MARTÍN, Luis/PEÑARANDA RAMOS, Enrique/RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/URQUIZO OLAECHEA, José (ed.): *LH-Schünemann*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, 41-70.
  - *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- FELIP I SABORIT, David: *Capítulo 1, sección 7*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): **Memento** práctico Penal Económico y de la Empresa, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 98-113.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín/MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *Delincuencia y economía*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1983.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier G.: *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad)*, Libertas 6 (2017), 72-96.
- FOFFANI, Luigi: *Responsabilidad penal por el producto y Derecho comunitario: ¿hacia un nuevo Derecho penal del riesgo?*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 101-111.
- *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, en *NFP 75-2010*, 41-52. Disponible en la dirección electrónica <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1885>
- FRISCH, Wolfgang: *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo*, trad. de PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 99-127.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio: *Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales*, en: GIMENO JUBERO, Miguel Ángel (dir.): *Derecho Penal Económico*, EDJ 72 (2005), 51-134.
- *Capítulo 1, sección 1, apartado A*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): **Memento** práctico Penal Económico y de la Empresa, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 11-15.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Art. 31 bis*, en: CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *Comentarios al Código Penal*, **PG**, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori*, ZIS 11-2009, 596-602.
- *La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): **La teoría del delito** en la práctica penal económica, La ley, Madrid, 2013, 353-391.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria: *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARCÍA MOSQUERA, Marta: *La estafa de seguro*, La Ley, Madrid, 2006.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Vol. I, 5ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- GIL GIL, Alicia: *Artículo 12*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 152-158.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.
- *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.
  - *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, en: **Ensayos penales**, Tecnos, Madrid, 1999, 257-374.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del delito. Derecho penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes*, ZStW 19 (2007), 290-333.
  - *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010.

- *Capítulo 1: El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal*, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.): **El nuevo Código Penal**. Comentarios a la reforma, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

- *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest*, en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.): **Garantías constitucionales** y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid, 2012, 331-383.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor/VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente: *Responsabilidad penal de la persona jurídica*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 127-158.

V. MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup>. del Carmen: *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Comares, Granada, 1998.

- *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup>. ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- V. ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José L.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela/ORTS BERENGUER, Enrique/ROIG TORRES, Margarita: *Esquemas de Derecho penal, Parte General*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *Problemas de autoría*, CDJ 1994-39, 57-133.

- *La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en: PALMA HERRERA, José Manuel (dir.): **Procedimientos operativos estandarizados** y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid, 2014, 19-41.

GÓRRIZ ROYO, Elena: *El concepto de autor en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, I, Teoría general, Prensas universitarias, Zaragoza, 1985.

- *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas*, en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/GRACIA MARTÍN, Luis/PEÑARANDA RAMOS, Enrique/RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/URQUIZO OLAECHEA, José (ed.): *LH-Schünemann*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, 107-149.
- *La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura*, en: Foro FICP 2014-2, 16-78.
- *La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas*, en: Foro FICP 2015-2, 149-231.

GRECO, Luís: *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld*, GA 2015, 503-516.

GRECO, Luís/LEITE, Alaor: *Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht. Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)*, ZIS 6/2014, 285-292.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

HASNAS, John: *The centenary of a mistake: one hundred years of corporate criminal liability*, en: ACLR 46 (2009), 1329-1358.

- *Where is Felix Cohen when we need him?: Transcendental nonsense and the moral responsibility of corporations*, en: JLP 1 (2010), 55-82.
- HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HEINE, Günther: *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, en: ADP 1996, disponible para su consulta en el sitio web <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html>



- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: *Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa*, en: BERRUEZO et al.: **Derecho penal económico**, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, 217-250.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERRERO HERRERO, César: *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del interior, Madrid, 1992.
- HERZBERG, Rolf D.: *Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates*, ZIS 11-2009, 576-580.
- HORMAZÁBAL MALARÉE: V. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.
- HOVEN, Elisa: *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs – Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände*, en: ZIS 1/2014, 19-30.
- HUERTA TOCILDO, Susana: V. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: *Artículo 20.6º*, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.): **Comentarios prácticos al Código Penal**, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ÍNIGO CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena: *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
  - *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 1997.
  - *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, en: JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: **Conferencias** sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
  - *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel, en: **Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología**, UNED, Madrid, 2001, 619-642.
  - *Strafbarkeit juristischer Personen?*, en: PRITTWITZ, Cornelius/BAURMANN, Michael/GÜNTHER, Klaus/KUHLEN, Lothar/MERKEL, Reinhard/NESTLER, Cornelius/SCHULZ, Lorenz (ed.): *FS- Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, 559-575.
  - *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori*, ZIS 11-2009, 575-575.

- JAREÑO LEAL, Ángeles: *Autoría y participación en los casos de responsabilidad por el producto (los fraudes alimentarios del art. 364.2.1º)*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 499-529.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.*, 3ª ed, 1978.
- JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.
- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Trad. de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I: Concepto del Derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.
- *Tratado de Derecho penal*, Tomo III: El delito, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.
  - *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México D.F., 1995.
- JOEKS, Wolfgang: comentario al § 25, en: *MiKoStGB*, 3ª, C. H. Bech, München, 2017.
- JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español*, en Foro FICP 2017-2, 39-67.
- JORGE BARREIRO, Alberto: *La imprudencia profesional*, CDJ 1993-I, 221-262.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 133-158.
- JUDEL PRIETO, Ángel: *Tema 14*, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: **Manual de Derecho Penal. Parte General**, Tomo I, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- KINDHÄUSER, Urs: *Los tipos de delito en el Derecho penal económico*, trad. de DE LA VEGA MARTINIS, Orlando Humberto, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): **La teoría del delito** en la práctica penal económica, La ley, Madrid, 2013, 67-82.
- KRAATZ, Erik: *Wirtschaftsstrafrecht*, C.H Beck, München, 2014.
- KUDLICH, Hans/OGLAKCIOGLU, Mustafa Temmuz: *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014.
- KUHLEN, Lothar: *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, trad. de BOLEA BARDON, Carolina, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel

(coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 231-245.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena: *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”, Comares, Granada, 2002.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Derecho penal español, Parte General*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

LASCANO, Carlos J.: *Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa*, en: BAIGÚN, David/GARCÍA RIVAS, Nicolás (dir.): **Delincuencia económica** y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el MERCOSUR, Ediar, Buenos Aires, 2006, 53-71.

LEITE, Alaor: V. GRECO, Luíís/LEITE, Alaor.

LESCH, Heiko H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Trad. de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, ADPCP 1995, 911-972.

– *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?*, en: PJ 57 (2000), 83-98.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *La participación y los delitos especiales*, en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: Problemas de autoría, CDJ 1994-39, 135-180.

– *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.

– *Artículo 12*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), **Comentarios** al Código Penal, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999.

– *Artículo 28*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), **Comentarios** al Código Penal, Tomo III, Edersa, Madrid, 2000.

– *Artículo 28*, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.): **Comentarios** al Código Penal, Bosch, Barcelona, 2007.

– *Artículo 31*, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.): **Comentarios** al Código Penal, Bosch, Barcelona, 2007.

– *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

LÓPEZ PEREGRÍN, Mª Carmen: **La complicidad en el delito**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUZÓN CUESTA, José María: *Compendio de Derecho Penal*, PG, 23ª edición, Dykinson, Madrid, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *La “determinación objetiva del hecho”*. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: **Estudios Penales**, PPU, Barcelona, 1991, 197-224. Publicado por primera vez en: ADPC 1989, 889 ss.

- *Curso de Derecho penal*, PG I, Universitas, Madrid, 1996.
- *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.): *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 545-552.
- *Responsabilidad penal del asesor jurídico*, RD 15 (2011), 45-72 (el trabajo está publicado también otros lugares en España y otros países).
- *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Objektive positive Tatbestimmung und Tabestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*, en FS- Roxin, 2001, 575-608.

- *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en: AFDUA, vol. VIII, Universidad de Alcalá, 2000, 53-87. Publicado también en: DPCo, Revista internacional, 2, Legis, Bogotá, 2003, 89-128.

LUNA, Erik: *The Curious Case of Corporate Criminality*, en: ACLR 46 (2009), 1507-1522.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José: *Autoría y participación en los delitos económicos (¿Puede constituir participación penalmente relevante la realización de una actividad cotidiana en el tráfico jurídico-económico?: Una cuestión para el debate)*, en: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, EDJ 2004-61, 273-323.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: V. CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja.

MARAVER GÓMEZ, Mario: *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en: JORGE BARREIRO, Agustín (coord.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, 627-663.

- *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B.: *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *Derecho penal económico y de la empresa*, PG, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *Autoría y realización / ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho. Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción (y de la regulación del CP español)*, en: LH-Morillas, 2018, 421-449.

- *Autoría mediata. Un estudio a la luz de la concepción significativa del delito (y del CP español)*, EPCr 38 (2018), 131-244.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. II: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7ª ed, C. F. Müller, Heidelberg, 1989.
- *Derecho penal. Parte General. II: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Trad. de la 7ª ed. alemana por BOFILL GENZSCH, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8ª ed, C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Palestra, Perú, 2008.
  - *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 - 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema*, ZIS 11-2009, 603-608.
- MELENDO PARDO, Mariano: *Lección 14*, en: GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDO, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.
- MEYER, Maria-Katharina: *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984.
- MIR PUIG, Santiago: *adiciones de Derecho penal español*, en: JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1981.
- *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.): *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 741-764.
  - *Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad*, en: Foro FICP 2014-1, 24-31.
  - *Derecho penal*, PG, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Capítulo primero*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dir.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Art. 28*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dir.): **Comentarios** al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

*Responsabilidad penal de las personas físicas*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 39-53.

MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor: *Consecuencias jurídicas para las personas jurídicas (art. 33.7)*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 162-165.

MIRÓ LLINARES, Fernando: *Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (I) Tipo objetivo*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): **La teoría del delito** en la práctica penal económica, La ley, Madrid, 2013, 113-138.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: **Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental**, Atelier, Barcelona, 2008.

– *Los principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión*, en: DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.): **Temas actuales** de investigación en ciencias penales, Universidad de Salamanca, 2011, 405-427.

– *Capítulo 1, sección 4*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): **Memento** práctico Penal Económico y de la Empresa, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 44-53.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: **Derecho Penal, PG. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: juicio de antijuricidad**, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2008.

MORÓN LERMA, Esther: *El perfil criminológico del delincuente económico*, en: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.): **La delincuencia económica**. Prevenir y sancionar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 29-52.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *¿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 organizada y empresarial?*, en: **Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología**, UNED, Madrid, 2001, 501-531.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: **Derecho penal, Parte General**, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: *Delitos socioeconómicos*, en: LUZÓN PEÑA (dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 558-560.

– V. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco.

NIETO MARTÍN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

– V. MUÑOZ CONDE, Francisco/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *La autoría conforme al Código Penal*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín (coord.): EP-Valle Muñiz, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, 575-592.

– *Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad penal por el producto”*, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coord.): Ep-Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 825-857.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana: *Derecho Penal, Parte General. Teoría Jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo: *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.

– *Artículos 27, 28 y 29*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 2000.

ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: *Compendio de Derecho Penal, PG*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

OTTO, Harro: *Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen*, Jura 1998, Heft 8, 409-418.

– *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2004.

PALMA HERRERA, José Manuel: *El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica*, en: PALMA HERRERA, José Manuel (dir.): **Procedimientos operativos estandarizados** y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid, 2014, 157-231.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del ‘caso de la colza’ (Segunda Parte)*, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 289-310.

– *Caso del aceite de Colza*, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.): **Casos que hicieron doctrina** en Derecho penal, 2ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, 425-439.

– PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel
- PARIONA ARANA, Raúl: *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, ZIS 11-2009, 609-614.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.
- *Autoría y participación en la empresa*, en: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.): **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, 161-186.
  - *Autoría y participación en la empresa*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Fraude a consumidores** y Derecho penal. Fundamentos y talleres de *leading cases*, Edisofer – B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2016, 235-280.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ ARIAS, Jacinto: *La persona jurídica como sujeto penalmente responsable*, en: PALMA HERRERA, José Manuel (dir.): **Procedimientos operativos estandarizados** y responsabilidad penal de la persona jurídica, Dykinson, Madrid, 2014, 233-303.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- en: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan (dir.): **Comentarios al Código Penal**, Iustel, Madrid, 2007.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: *§1. Introducción al Derecho penal económico*, en: BACIGALUPO, Enrique (dir.): **Curso de Derecho penal económico**, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, 19-39.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada, 2017.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen: *Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación*, La Ley Penal 128 (2017), 1-32.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio/COX VIAL, Francisco: *Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): **La teoría del delito** en la práctica penal económica, La ley, Madrid, 2013, 183-213.



- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II: Teoría jurídica del delito, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000.
- *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Tomo II, Tecnos, Madrid, 2016.
- PRITTWITZ, Cornelius: *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.
- PRADEL, Jean: *El Derecho penal internacional*, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.): *Derecho penal económico*, CDJ 2003-II, 25-37.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín: *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *Capítulo 1, sección 6, apartados A y B*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 75-81.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*, ADPCP 2000, 133-168.
- RENZIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- REYES ALVARADO, Yesid: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, RGDP 11 (2009), 1-18.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
  - *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
  - *Capítulo 1, sección 2*, en: AYALA GÓMEZ, Ignacio/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.): *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, 27-42.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal español, Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María: *Riesgo penal para directivos de empresa. Atribución de responsabilidad penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- RODRÍGUEZ MESA, María José: *Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación*, REDUR 11 (2013), 107-126.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *El caso de la colza: la responsabilidad de la administración (comentario a la STS de 26 de septiembre de 1997)*, RDPC 3 (1999), 361-388.

- *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, RDPC N° extra 1 (2000), 171-198.
  - *Voz Imprudencia*, en: LUZÓN PEÑA (dir.): **Enciclopedia Penal Básica**, 2002, 793-799.
  - *Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos*, en: BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro (dir.): **Responsabilidad penal por defectos en productos** destinados a los consumidores, Iustel, Madrid, 2005, 115-132.
  - V. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *El autor mediato en Derecho penal español*, en: ADPCP 1969, 461-487.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho Penal, PG*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROGAL, Klaus: *Kriminalstrafe gegen juristische Personen?*, GA 2015, 260-266.
- ROMEO CASABONA, Carlos: *Capítulo 2*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.): **Derecho penal, Parte General**, Introducción. Teoría jurídica del delito, 2ª. ed., Comares, Granada, 2016.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código penal*, en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: Problemas de autoría, CDJ 1994-39, 181-232.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *La concurrencia de imprudencias: Sus efectos en la teoría del delito*, PJ 46 (1997), 273-286.
- *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.
  - *Voz Miedo insuperable*, en: LUZÓN PEÑA (dir.): **Enciclopedia Penal Básica**, 2002, 950-954.
- ROTSCH, Thomas: *Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Pladöyer fürden Rückzugdes Umweltstrafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?*, ZStW 112 (2000), Heft 3, 518-562.
  - *Von Eichmann bis Fujimori - Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus*, ZIS 11-2009, 549-551.
- ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª., De Gruyter, Berlín, 2015, (La primera edición es de 1963).
- *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, Berlín, 1970.

- *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. e introducción de MUÑOZ CONDE, Francisco, Bosch, Barcelona, 1972.
  - *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, trad. de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Civitas, Madrid, 1997.
  - *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, trad. de ANARTE BORRALLO, Enrique, *RP 2 (1998)*, 61-65.
  - *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C.H. Beck, München, 2003.
  - *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2003.
  - *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, en: *ZStrR 1 (2007)*, 1-19.
  - *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru*, *ZIS 11-2009*, 565-568.
  - *Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft*, en: AMELUNG, Knut/GÜNTHER, Hans-Ludwig/KÜHNE, Hans-Heiner (ed.): **Sonderdruck aus der Festschrift für Volker Krey**, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010, 449-464.
  - *Derecho Penal*, PG, Tomo I, trad. de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.)/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Civitas, Madrid, 2014.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles/URRUELA MORA, Asier: *Capítulo 19*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.): *Derecho penal, PG, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2ª. ed., Comares, Granada, 2016.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*, FS-Bockelmann, 1979, 369-387.
- RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *La autoría y la participación en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992*, en: LH-Del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, 961-977.
- *Del agente provocador y del delito provocado*, en: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *Problemas de autoría*, CDJ 1994-39, 333-401.
- SÁINZ-CANTERO, José Antonio: *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.
- *La “codelinuencia” en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.
- *¿Qué es la autoría?*, en: *RP 20 (2007)*, 167-177.

- en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.): *Derecho penal, PG, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016.
  
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
  
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Antonio: *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*, Tomo I, 3ª, 2001.
  
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: V. RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso.
  
- SCHMITT-LEONARDY, Charlotte: *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, C.F. Müller, Heidelberg, 2013.
  
- SCHROEDER, Friedrich-Christian: *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
  
- *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, ZIS 11-2009, 569-571.
  
- *El salto del autor detrás del autor al otro lado del atlántico*, CPC 101-2010, 35-42.
  
- SCHUMANN, Heribert: *Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la 'sentencia Erdal' del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)*, trad. de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.): **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 199-213.
  
- SCHÜNEMANN, Bernd: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Karl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
  
- *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, trad. de BRÜCKNER, Daniela/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en: ADPCP 1988, 529-558.
  
- *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*, trad. de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, en: SCHÜNEMANN, Bernd: **Temas actuales** y permanentes del Derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, 185-202.
  
- *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas*, trad. de BAZA, Lourdes, en: SCHÜNEMANN, Bernd: **Temas actuales** y permanentes del Derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, 129-152.
  
- *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, trad. de SPÍNOLA TÁRTALO, Beatriz, en: ADPCP 2002, vol. LV, 9-38.

- *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea*, trad. de SACHER, Mariana, en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.): **Constitución Europea y Derecho Penal Económico**, Ramón Areces, Madrid, 2006, 143-157.
- *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie*, en: ZIS 1/2014, 1-18.
- *Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden*, GA 2015, 274-283.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed. española)/SCHÜNEMANN, Bernd/DE FIGUEIREDO DIAS, J. (coord.): LH-Roxin, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, 357-379.

- *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en: BACIGALUPO, Enrique (dir.): *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, CDJ 1997-2, 9-58.
- ***El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales***, Bosch, Barcelona, 1997.
- ***La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales***, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2011.
- *Introducción*, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.): ***El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma***, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.
- *Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): ***La teoría del delito en la práctica penal económica***, La ley, Madrid, 2013, 31-66.
- ***Fundamentos del Derecho penal de la Empresa***, 2ª ed., Edisofer - B de F, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2016.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: *Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano*, PC 22 (2016), 675-703.

STRATENWERTH, Günter: *Derecho Penal, PG I. El hecho punible*, Trad. de la 4ª ed. de CANCIO MELIÁ, Manuel/SANCINETTI, Marcelo A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Manual de Derecho Penal. PG*, Tomo I, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *Autoría*, 3ª. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Mª: *Concepto y método del Derecho penal económico*, en: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.): *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, 11-35.

TIEDEMANN, Klaus: ***Poder económico y delito***: Introducción al Derecho penal económico y de la empresa, Trad. de MANTILLA VILLEGAS, Amelia, Ariel, Barcelona, 1985.

- *El Derecho penal económico: visión global del Derecho sustantivo y del Derecho procesal penal*, trad. de MARTÍN, Teresa, en: TIEDEMANN, Klaus: **Lecciones** de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993, 25-53.
- *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.
- *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*, en: ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (dir.): **El Derecho penal económico en la era compliance**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 31-42.
- ***Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten***, 4ª ed., Vahlen, München, 2014.

TORRES CADAVID, Natalia: *La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro*, NFP 90 (2018), 54-102.

URBAN, Carolin: ***Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft***, V&R, Göttingen, 2004.

VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente: V. GÓMEZ MARTÍN, Víctor/VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente.

VARONA GÓMEZ, Daniel: *El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta*, REJ 12-2010, 61-96.

VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián: *La persona jurídica ante el proceso penal*, en: CORCOY BISADOLO, Mirentxu/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.): **Manual de Derecho penal, económico y de empresa, Parte General y Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 201-239.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.)/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: **Lecciones** y materiales para el estudio del Derecho penal, t. II: Teoría del delito, Iustel, Madrid, 2011.

DE VICENTE REMESAL, Javier: *Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas*, CPC 124 (2018), 63-108.

- V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles: ***La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos***, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VOGEL, Joachim: *La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro*, trad. de NIETO MARTÍN, Adán, RP 8 (2001), 95-104.

WILLEMS, Heiko: *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch – die Perspektive der Wirtschaft*, en: ZIS 1/2015, 40-45.

VAN DER WILT, Harmen: *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori*, ZIS 11-2009, 615-621.

WITTIG, Petra: *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2014.

ZIESCHANG, Frank: *Das Verbandsstrafgesetzbuch. Kritische Anmerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, en: GA 2014, 91-106.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *La responsabilidad penal de **empresas, fundaciones y asociaciones***, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (coord.)/PÉREZ ALONSO, Esteban Juan/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena/RAMOS TAPIA, Mª Inmaculada: *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

- *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

## JURISPRUDENCIA CITADA

SAN 48/1989, de 20 de mayo  
STS 142/2000, de 28 de enero  
STS 1638/2000, de 24 de octubre  
STS 1736/2000, de 15 de noviembre  
STS 222/2001, de 17 de febrero  
STS 356/2001, de 6 de marzo  
STS 1078/2001, de 8 de junio  
STS 1570/2001, de 14 de septiembre  
STS 1863/2001, de 20 de octubre  
STS 643/2002, de 17 de abril  
STS 1290/2002, de 8 de julio  
STS 16681/2002, de 10 de octubre  
STS 1991/2002, de 25 de noviembre  
STS 323/2004, de 10 de marzo  
STS 386/2004, de 27 de marzo  
STS 919/2004, de 12 de julio  
STS 93/2005, de 31 de enero  
STS 375/2005, de 6 de abril  
STS 1090/2005, de 15 de septiembre  
STS 22/2006, de 23 de enero  
STS 53/2006, de 30 de enero  
STS 65/2006, de 2 de febrero  
STS 178/2006, de 16 de febrero  
STS 180/2006, de 16 de febrero  
STS 888/2006, de 20 de septiembre  
STS 965/2006, de 11 de octubre  
STS 1009/2006, de 18 de octubre  
STS 1179/2006, de 5 de diciembre  
STS 34/2007, de 1 de febrero  
STS 189/2007, de 6 de marzo  
STS 206/2007, de 8 de marzo  
STS 209/2007, de 9 de marzo  
STS 224/2007, de 19 de marzo  
STS 312/2007, de 20 de abril  
STS 393/2007, de 27 de abril  
STS 659/2007, de 6 de julio  
STS 828/2007, de 18 de octubre  
STS 861/2007, de 24 de octubre  
STS 1002/2007, de 26 de noviembre  
STS 982/2007, de 27 de noviembre  
STS 1056/2007, de 10 de diciembre  
STS 117/2008, de 14 de febrero  
STS 413/2008, de 30 de junio  
STS 856/2008, de 10 de diciembre  
STS 136/2009, de 10 de febrero  
STS 219/2009, de 19 de febrero  
STS 574/2009, de 5 de mayo  
STS 767/2009, de 16 de julio  
STS 901/2009, de 24 de septiembre  
STS 960/2009, de 16 de octubre  
STS 1030/2009, de 22 de octubre  
STS 1161/2009, de 29 de octubre  
STS 1165/2009, de 24 de noviembre  
STS 1300/2009, de 23 de diciembre  
STS 1353/2009, de 30 de diciembre  
STS 115/2010, de 18 de febrero  
STS 391/2010, de 6 de mayo  
STS 473/2010, de 7 de mayo



STS 518/2010, de 17 de mayo  
STS 656/2010, de 6 de julio  
STS 796/2010, de 17 de septiembre  
STS 826/2010, de 22 de septiembre  
STS 771/2010, de 23 de septiembre  
STS 981/2010, de 16 de noviembre  
STS 1010/2010, de 17 de noviembre  
STS 1105/2010, de 16 de diciembre  
STS 185/2011, de 15 de marzo  
STS 245/2011, de 21 de marzo  
STS 247/2011, de 5 de abril  
STS 312/2011, de 29 de abril  
STS 440/2011, de 25 de mayo  
STS 836/2011, de 1 de junio  
STS 544/2011, de 7 de junio  
STS 693/2011, de 10 de junio  
STS 630/2011, de 20 de junio  
STS 769/2011, de 24 de junio  
STS 706/2011, de 27 de junio  
STS 644/2011, de 30 de junio  
STS 777/2011, de 7 de julio  
STS 772/2011, de 11 de julio  
STS 729/2011, de 12 de julio  
STS 776/2011, de 20 de julio  
STS 872/2011, de 21 de julio  
STS 890/2011, de 27 de julio  
STS 940/2011, de 27 de septiembre  
STS 1044/2011, de 11 de octubre  
STS 1095/2011, de 18 de octubre  
STS 865/2011, de 16 de noviembre  
STS 1115/2011, de 17 de noviembre  
STS 207/2012, de 12 de marzo

STS 239/2012, de 23 de marzo  
STS 561/2012, de 3 de julio  
STS 732/2012, de 1 de octubre  
STS 726/2012, de 2 de octubre  
STS 850/2012, de 23 de octubre  
STS 823/2012, de 30 de octubre  
STS 821/2012, de 31 de octubre  
STS 868/2012, de 16 de noviembre  
STS 974/2012, de 5 de diciembre  
STS 147/2013, de 27 de febrero  
STS 180/2013, de 1 de marzo  
STS 218/2013, de 2 de marzo  
STS 379/2013, de 12 de abril  
STS 649/2013, de 11 de junio  
STS 526/2013, de 25 de junio  
STS 668/2013, de 4 de julio  
STS 690/2013, de 24 de septiembre  
STS 720/2013, de 8 de octubre  
STS 855/2013, de 11 de noviembre  
STS 841/2013, de 18 de noviembre\*  
STS 942/2013, de 11 de diciembre  
STS 945/2013, de 16 de diciembre  
STS 6/2014, de 22 de enero  
STS 91/2014, de 7 de febrero  
STS 46/2014, de 11 de febrero  
STS 115/2014, de 25 febrero  
STS 157/2014, de 5 de marzo  
STS 209/2014, de 20 de marzo  
STS 307/2014, de 1 de abril  
STS 335/2014, de 14 de abril

---

\* Anulada por el TC.

STS 359/2014, de 30 de abril  
STS 401/2014, de 8 de mayo  
STS 425/2014, de 28 de mayo  
STS 426/2014, de 28 de mayo  
STS 487/2014, de 9 de junio  
STS 474/2014, de 11 de junio  
STS 554/2014, de 16 de junio  
STS 499/2014, de 17 de junio  
STS 597/2014, de 30 de julio  
STS 612/2014, de 26 de septiembre  
STS 641/2014, de 1 de octubre  
STS 689/2014, de 21 de octubre  
STS 681/2014, de 23 de octubre  
STS 707/2014, de 30 de octubre  
STS 841/2014, de 9 de diciembre  
STS 881/2014, de 15 de diciembre  
STS 876/2014, de 17 de diciembre  
STS 877/2014, de 22 de diciembre  
STS 905/2014, de 29 diciembre  
STS 47/2015, de 27 de enero  
STS 59/2015, de 10 de febrero  
STS 79/2015 de 13 de febrero  
STS 15/2015, de 5 de marzo  
STS 265/2015, de 29 de abril  
STS 338/2015, de 2 de junio  
STS 495/2015, de 29 de junio  
STS 553/2015, de 6 de octubre  
STS 656/2015, de 10 de noviembre  
STS 793/2015, de 1 de diciembre  
STS 800/2015, de 17 de diciembre  
STS 859/2015, de 28 de diciembre  
STS 73/2016, de 8 de febrero  
STS 77/2016, de 10 de febrero  
STS 93/2016, de 17 de febrero  
STS 141/2016, de 25 de febrero  
STS 154/2016, de 29 de febrero  
STS 221/2016, de 16 de marzo  
STS 296/2016, de 11 de abril  
STS 307/2016, de 13 de abril  
STS 386/2016, de 5 de mayo  
STS 415/2016, de 17 de mayo  
STS 426/2016, de 19 de mayo  
STS 436/2016, de 23 de mayo  
SAN 13/2016, de 1 de junio  
STS 476/2016, de 2 de junio  
STS 492/2016, de 8 de junio  
STS 505/2016, de 9 de junio  
STS 568/2016, de 28 de junio  
STS 580/2016, de 30 de junio  
STS 602/2016, de 7 de julio  
STS 650/2016, de 15 de julio  
STS 659/2016, de 19 de julio  
STS 679/2016, de 26 de julio  
STS 700/2016, de 9 de septiembre  
STS 787/2016, de 20 de octubre  
STS 796/2016, de 25 de octubre  
STS 813/2016, de 28 de octubre  
STS 814/2016, de 28 de octubre  
STS 905/2016, de 30 de noviembre  
STS 975/2016, de 23 de diciembre  
STS 993/2017, de 12 de enero  
STS 995/2017, de 12 de enero  
STS 8/2017, de 18 de enero  
STS 40/2017, de 31 de enero

STS 41/2017, de 31 de enero  
STS 52/2017, de 3 de febrero  
STS 79/2017, de 10 de febrero  
STS 86/2017, de 16 de febrero  
STS 134/2017, de 2 de marzo  
STS 165/2017, de 8 de marzo  
STS 145/2017, de 8 de marzo  
STS 185/2017, de 23 de marzo  
STS 204/2017, de 28 de marzo  
STS 234/2017, de 4 de abril  
STS 250/2017, de 5 de abril  
STS 272/2017, de 18 de abril  
STS 338/2017, de 11 de mayo  
STS 357/2017, de 18 de mayo  
STS 374/2017, de 24 de mayo  
STS 402/2017, de 1 de junio  
STS 409/2017, de 6 de junio  
STS 416/2017, de 8 de junio  
STS 502/2017, de 3 de julio  
STS 520/2017, de 6 de julio  
STS 523/2017, de 7 de julio  
STS 524/2017, de 7 de julio  
STS 581/2017, de 19 de julio  
STS 583/2017, de 19 de julio  
STS 597/2017, de 24 de julio  
STS 604/2017, de 5 de septiembre  
STS 645/2017, de 2 de octubre  
STS 749/2017, de 21 de noviembre  
STS 754/2017, de 24 de noviembre  
STS 766/2017, de 28 de noviembre  
STS 784/2017, de 30 de noviembre  
STS 786/2017, de 30 de noviembre  
STS 798/2017, de 11 de diciembre  
STS 50/2018, de 30 de enero  
STS 68/2018, de 7 de febrero  
STS 742/2018, de 7 de febrero  
STS 746/2018, de 13 de febrero  
STS 78/2018, de 14 de febrero  
STS 86/2018, de 19 de febrero  
STS 216/2018, de 8 de mayo  
STS 225/2018, de 16 de mayo  
STS 249/2018, de 24 de mayo  
STS 253/2018, de 24 de mayo  
STS 759/2018, de 24 de mayo  
STS 264/2018, de 31 de mayo  
STS 265/2018, de 31 de mayo  
STS 274/2018, de 7 de junio  
STS 290/2018, de 14 de junio  
STS 332/2018, de 4 de julio  
STS 407/2018, de 18 de septiembre  
STS 409/2018, de 18 de septiembre  
STS 438/2018, de 3 de octubre  
STS 444/2018, de 9 de octubre  
STS 457/2018, de 10 de octubre  
STS 467/2018, de 15 de octubre  
STS 484/2018, de 18 de octubre  
STS 547/2018, de 13 de noviembre  
STS 559/2018, de 15 de noviembre  
STS 577/2018, de 21 de noviembre  
STS 582/2018, de 22 de noviembre  
STS 652/2018, de 14 de diciembre  
STS 666/2018, de 18 de diciembre  
STS 687/2018, de 20 de diciembre  
STS 30/2019, de 29 de enero

STS 65/2019, de 7 de febrero

STS 108/2019, de 5 de marzo

STS 143/2019, de 14 de marzo

STS 163/2019, de 26 de marzo

STS 168/2019, de 28 de marzo

STS 270/2019, de 28 de mayo