

SILVINA BACIGALUPO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN  
EN DELITOS  
DE INFRACCIÓN DE DEBER

Una investigación aplicable al Derecho  
penal de los negocios

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>CAPÍTULO PRIMERO. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA, MÉTODO Y PUNTOS DE PARTIDA</b> .....	15
I. TESIS DE LA INVESTIGACIÓN .....	15
II. DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL DE LA TESIS.....	16
III. LA DOGMÁTICA UNIDIMENSIONAL DEL DOMINIO DEL HECHO Y SU DÉFICIT EXPLICATIVO. ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN EL MOMENTO DE LA APARICIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	21
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. DELITOS DE ESTRUCTURA DIFERENTE: DE LOS DELITOS ESPECIALES A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER</b> .....	33
I. INTRODUCCIÓN .....	33
II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER Y LOS DELITOS ESPECIALES.....	35
A) La noción moderna de delitos especiales. Preconcepto de delito especial. Definición.....	36

	Pág.
B) Clasificación de delitos especiales .....	40
C) El problema de la participación en los delitos especiales .....	44
<b>CAPÍTULO TERCERO. LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....</b>	<b>53</b>
I. EL ORIGEN DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: TESIS DE ROXIN .....	53
A) Estructura del tipo y autoría en los delitos de infracción de deber.....	53
B) Coautoría en los delitos de infracción de deber.....	58
C) Autoría mediata en los delitos de infracción de deber...	61
D) La participación en un hecho principal no doloso en los delitos de infracción de deber .....	66
E) Cuestiones abiertas .....	78
F) Repercusiones de la teoría de ROXIN en la dogmática alemana .....	79
II. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN JAKOBS.....	80
III. DIFERENCIAS ENTRE LAS CONCEPCIONES DE ROXIN Y JAKOBS: EVOLUCIÓN Y DISCUSIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ENTRE LOS DISCÍPULOS DE ROXIN Y A PARTIR DE JAKOBS.....	84
A) Diferentes conceptos de delitos de infracción de deber en ROXIN y en JAKOBS .....	84
B) La evolución del concepto de infracción de deber entre los discípulos de ROXIN .....	88
IV. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA .....	89
A) Aceptación de la categoría de los delitos de infracción de deber en la dogmática española.....	89
B) Críticas a la categoría de la infracción de deber .....	93
V. RESUMEN DE LAS RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS.....	118
A) La categoría de los delitos de infracción de deber <i>no</i> vulnera el principio de legalidad.....	118

	Pág.
B) La categoría de los delitos de infracción de deber determina la autoría por infracción del deber extrapenal especificado en la estructura del tipo .....	119
C) La categoría de los delitos de infracción de deber redefine el principio de accesoriedad en la participación.....	121
<b>CAPÍTULO CUARTO. LA ACCESORIEDAD EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER</b> .....	123
I. LOS ANTECEDENTES: LAS DIFICULTADES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO ANTE EL PROBLEMA DE LA ACCESORIEDAD .....	123
II. PROPUESTAS RADICALES DE SOLUCIÓN: SUPRESIÓN DE LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN .	127
III. LA SOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN DE LA ACCESORIEDAD OFRECIDA POR LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER .....	130
IV. EL PROBLEMA DE LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	132
A) Introducción .....	133
B) La cuestión en la dogmática española .....	138
<b>CONCLUSIONES</b> .....	171
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	173

## **AGRADECIMIENTOS**

La presente monografía tiene como punto de partida el ejercicio que me ha permitido acceder en el presente año al cuerpo de Catedráticos habilitados de Universidad de Derecho penal.

Sin lugar a dudas, son muchas las personas a las que quisiera agradecer muy profundamente el apoyo recibido durante la preparación de la oposición: a mis compañeros del Seminario de la Fundación Ortega y Gasset, por soportar todas y cada una de las sesiones que fueron dedicadas a la discusión de mi trabajo. Muy especialmente dentro de ellos, a mis amigos María Luisa SILVA, Manuel JAÉN VALLEJO y Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en quienes siempre encuentro un apoyo incondicional, así como una crítica implacable que ha permitido enriquecer este trabajo.

Deseo expresar mi inmensa gratitud al Profesor Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, quien desde el área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid me ha transmitido un ejemplo de universitario, de docente y de maestro, con un apoyo personal permanente.

Finalmente, a mi querido maestro, el profesor Miguel BAJO, no puedo sino agradecerle tantas cosas, sus enseñanzas, su dedicación, su permanente apoyo y el estímulo que recibo de su parte en mi quehacer universitario día a día, así como su incondicional amistad en todos estos años.

Madrid, 6 de septiembre de 2007

Silvina BACIGALUPO

## INTRODUCCIÓN

La distinción entre las formas de la autoría y participación no es, como ya señalara ROXIN, una discusión concluida en la ciencia del Derecho penal. Los tipos de los delitos contenidos en el Código Penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona . Son las disposiciones contenidas en la Parte general las que extienden la pena a casos en los que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación, pues la ley penal prevé distintas penas según la aportación de cada partícipe al hecho.

Nuestro derecho positivo responde a esa estructuración y requiere, en consecuencia, una teoría de la autoría y la participación precisamente con la finalidad de concretar las diferencias de la punibilidad, diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible en el nivel de la tipicidad.

En el curso de la investigación se verá que no es posible afirmar que la Ley, el Código Penal, contenga un determinado concepto de autor y de partícipes. La ley, en todo caso, sólo distingue entre autoría y participación. Los tipos de los delitos contenidos en el Código Penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona y no permiten inferir criterios para caracterizar dogmáticamente las diferentes formas de participación. El art. 28, aunque considera como autores a los efectos de punibilidad, diferencia entre autores y partícipes, mientras que el art. 29 distingue, a su vez, entre los cooperadores necesarios, los inductores y los simples cómplices. Tampoco es posi-

ble extraer el concepto de autor del art. 65, que sólo prevé, a los efectos de su aplicación a los partícipes, agravantes y atenuantes con carácter individual o general. Por su parte el art. 65.3, tampoco ofrece una solución, ya que sólo dispone la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios.

La caracterización de la autoría en el Código Penal requiere, por tanto, una definición previa de este concepto de autor que permita comprender la ley y dar solución, en la práctica, a los casos que presentan problemas de la participación.

En la dogmática española predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe inferirse de cada uno de los tipos penales de la Parte especial y, por tanto, *autor es quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico*. Esta doctrina, probablemente mayoritaria, distingue entre autoría y participación según el *aspecto exterior* de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir formalmente bajo verbo del tipo penal. Las posibilidades de esta inferencia son prácticamente inexistentes si no se recurre previamente a un criterio para distinguir al autor de quienes sólo toman parte de forma diversa de la autoría. Precisamente, ese es el criterio, como dijimos, que no proporcionan los tipos de la Parte especial y ello permite poner en duda la tesis de la doctrina mayoritaria.

Por el contrario, un concepto distinto de autor, contrapuesto al concepto de la teoría formal-objetiva, lo proporciona la *teoría del dominio del hecho*. Según ésta, es *autor* quien domina la realización del hecho y *partícipe* todo aquel que sin dominar la realización del hecho hace alguna aportación para su realización. A pesar de no ser ésta la doctrina dominante en nuestro país, la distinción que el Código Penal español hace entre autoría y participación, en virtud del reconocimiento legal de las formas de autoría mediata y de la coautoría (art. 28 CP), no sólo no impide tomar como punto de partida la teoría del dominio del hecho, sino que en realidad lo favorece. Probablemente, por esta razón también la jurisprudencia —particularmente constante la del Tribunal Supremo en los últimos años— tiende cada vez de forma más clara a fundamentar sus decisiones con apoyo en la teoría del dominio del hecho.

Sin embargo, esta teoría no puede ser vista en la actualidad como una explicación adecuada de todos los problemas de la autoría en

tipos penales contenidos en la ley. En este sentido, la teoría del dominio del hecho se ha demostrado insuficiente para determinar la autoría y la participación en relación a los tipos de los *delitos de omisión*, los delitos imprudentes, los *delitos especiales* y, aunque por distintas razones, los *delitos de propia mano*.

En el Derecho penal de los negocios nos encontramos con tipos penales cuya estructura típica no se adecua a la de los clásicos tipos penales en los que el autor debe dirigir la causalidad a la producción de un resultado material (delitos de dominio). En este ámbito —por el contrario— los tipos penales requieren frecuentemente que el autor haya infringido un deber (delitos de omisión, delitos especiales y delitos en los que la acción y la omisión son indiferentes). Así son delitos de infracción de deber, según la jurisprudencia: el delito fiscal y los demás delitos contra la Hacienda pública, el delito de insolvencia punible, la distracción de dinero (art. 252 CP), los delitos societarios, entre los más importantes. En el marco de la empresa, en particular, la toma de decisiones llevadas a cabo por el consejo de administración o por altos directivos puede dar lugar a la comisión por parte de éstos de diversos delitos económicos. La determinación de si éstos han actuado como autores o partícipes supone distintas consecuencias dentro de la responsabilidad penal y las relaciones entre la autoría y la participación adquieren especial relevancia.

El presente trabajo pretende abordar, desde la perspectiva de una *investigación básica*, precisamente la distribución de las responsabilidades de supuestos en los que intervienen varias personas sujetas al cumplimiento de deberes especiales, como pueden ser las decisiones tomadas en el marco de un consejo de administración, aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber. Se trata de una investigación básica porque consiste en el estudio de las estructuras conceptuales generales aplicables a un buen número de tipos penales que condicionan con su aplicación la solución de los casos concretos. En este sentido, se ha llevado a cabo un análisis de la discusión en torno al concepto determinante de la autoría y de la participación y su evolución desde la teoría del dominio del hecho a la teoría de los delitos de infracción de deber, a fin de poder establecer la compatibilidad de esta última con la legislación vigente.

La categoría de los delitos de infracción de deber fue expuesta por primera vez por ROXIN en la monografía más trascendente de esta



temática, *Täterschaft und Tatherrschaft* en 1963, en la que advirtió la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, la teoría de los delitos de infracción de deber ha recibido un escaso tratamiento en nuestra doctrina. En la presente investigación se ha realizado un análisis y estudio de la teoría de los delitos de infracción de deber llegando a la conclusión que dicha categoría no es incompatible ni con el texto legal, ni siquiera con la postura de aquellos que sostienen un concepto de autor basado en una teoría diversa de la autoría, procurando dar respuesta a las diversas críticas que en la doctrina se habían formulado a esta postura.

En el Derecho penal de los negocios y, en particular, en relación a la responsabilidad de los administradores, miembros de un consejo, consejeros delegados y altos directivos, un concepto de autor, definido a partir de los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber y su correspondiente concepto de partícipes (cooperadores necesarios o no necesarios), permite dar una respuesta adecuada a las infracciones de los deberes de los administradores, delimitando con mayor precisión quién es autor y qué dependencia tiene la acción de los partícipes de la de los autores (accesoriedad) con criterios más respetuosos del principio de culpabilidad individual. Precisamente, en el ámbito de la empresa y de los negocios son numerosos los delitos que presentan la estructura de delitos de infracción de deber: los delitos societarios (administración desleal, falsedad en las cuentas anuales, etc.), delitos contra la Hacienda pública, delitos de insolvencias, entre otros. Se trata precisamente de conductas punibles de las que solamente pueden ser autores aquellos a quienes incumbe un *deber especial de administrar lealmente, un deber especial de carácter fiscal*, etc. Por tanto, un ámbito de delitos que se vincula a la actividad empresarial y, en particular, la responsabilidad penal de los miembros de sus órganos directivos (presidentes, consejeros delegados, miembros de un consejo de administración, directivos). De ahí que la teoría de los delitos de infracción de deber encuentre su principal aplicación en el marco del Derecho penal de los negocios.