

Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular

Percy García Caveró

Universidad de Piura

362

Abstract

El presente artículo aborda dos cuestiones discutidas en la doctrina penal sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. La primera cuestión está referida a una cuestión general: la aplicación de la bipartición metodológica “delitos de dominio y delitos de infracción de un deber” en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de hecho por delitos cometidos desde la empresa. En concreto se trata de destacar la utilidad de esta bipartición, en la medida que se corresponde con los criterios actuales de organización social y de distribución de las competencias. La segunda cuestión se ocupa de una discusión particular: la responsabilidad penal por el uso de testaferros. En la medida que en la doctrina penal se ha cuestionado la utilidad de los criterios de imputación antes referidos en el caso del testaferro, en la segunda parte de este artículo se busca precisar mejor la solución general propuesta anteriormente en el caso de delitos de dominio, diferenciando los supuestos del testaferro, del administrador sumiso y del administrador instrumento.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. La bipartición “delitos de dominio y delitos de infracción de un deber”**
 - 2.1. Cuestiones generales**
 - 2.2. El administrador de hecho**
- 3. La responsabilidad penal en el caso de hombres de paja**
 - 3.1. El testaferro**
 - 3.2. El administrador sumiso**
 - 3.3. El administrador instrumento**
- 4. Conclusión**
- 5. Bibliografía**

1. Introducción

Hace más de siete años salió publicada la memoria de mi tesis doctoral referida a la responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa (GARCÍA CAVERO 1999). Se trataba de analizar de modo detenido un concepto nuevo en ese entonces para la legislación penal española: El administrador de hecho. En efecto, tanto el artículo 31 como los artículos 290 a 295 del Código penal de 1995 hacían mención al administrador de hecho como posible destinatario de las consecuencias jurídico-penales previstas de forma general en la cláusula del actuar en lugar de otro y de forma particular en los delitos societarios. No obstante, el objetivo de mi estudio no buscó limitarse a sacar utilidad para el Derecho penal español de los diversos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales del Derecho penal alemán sobre la responsabilidad penal de los órganos fácticos, sino también ofrecer una visión novedosa del sistema de imputación penal para estos casos. La idea que tenía era clara: No se trata solamente de dar una solución dogmática a un problema de interpretación de los tipos penales, sino de dar aquella se estima como la que más se ajusta al sistema social al que está referido la normativa penal. Muy a diferencia de lo que podrían pensar algunos, considero que no necesariamente la interpretación más represiva de las disposiciones penales resulta por ello más funcional, sino que la funcionalidad del sistema penal se encuentra sobre todo en ofrecer seguridad a los contactos sociales.

En esta pequeña contribución con la que vuelvo a la discusión sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho, quisiera ocuparme de dos cuestiones problemáticas que han dado lugar durante el tiempo que ha pasado a posiciones críticas frente a mi propuesta de interpretación de las disposiciones del Código penal antes mencionadas. La primera cuestión es general y está referida a la utilización de la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber para decidir la aplicación de las normas que prevén una ampliación del círculo de autores al administrador de hecho. Se puede decir que, tal como lo señaló mi maestro en su generoso prólogo de la publicación que hiciera en 1999 (GARCÍA CAVERO, 1999. p. 13), esta distinción constituye la piedra angular metodológica de mi trabajo y, por lo tanto, el prisma por el cual deben apreciarse las ideas vertidas en el mencionado libro. Puedo señalar que conforme a la bibliografía española sobre el tema que desde mi país he podido revisar, este punto de partida ha gozado de cierto consenso doctrinal (FARALDO CABANA, 2000, p. 83; NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, p. 122 y ss y GALLEGU SOLER 2002, p. 163), aunque no siempre entendido con un mismo alcance interpretativo (FARALDO CABANA, 2000, p. 83; NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, p. 131). La segunda cuestión que quería abordar está referida a un problema específico de la imputación penal de responsabilidad al administrador de hecho, concretamente la responsabilidad penal de los “hombres de paja” y del hombre de atrás que a través de ellos administra la empresa. He podido observar en algunos trabajos que se ocupan de este supuesto específico cierta crítica a mi forma de resolver este supuesto problemático, en la que no sólo no se comparte mi opinión, sino que incluso se me acusa de cierta incoherencia en el tratamiento de esta figura (NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, p. 129 y RÍOS CORBACHO, 2005, p. 83). En lo que sigue, voy a ocuparme de abordar ambas cuestiones. Puedo adelantar que la dirección de mi exposición no va por reformar o corregir mis opiniones originales sobre el tema –lo cual haría sin problema de creerlo necesario–, sino a

reafirmarme en la utilidad de la propuesta metodológica asumida entonces y en despejar ciertas malas interpretaciones que se han hecho sobre mis desarrollos específicos.

2. La bipartición “delitos de dominio y delitos de infracción de un deber”

2.1. Cuestiones generales

Si algo de común puede tener el curso de los trabajos de dogmática penal de las últimas décadas es la orientación hacia un proceso de normativización del delito (JAKOBS, 2004b). Por un camino que puede ser más o menos largo, la dogmática penal está abandonando la comprensión del delito como una conducta individual que lesiona causalmente un interés individual o supraindividual empíricamente medible (García Caveró, 2003, p. 94 y ss). Si bien todavía quedan algunos rezagos de esta comprensión causalista del delito, es evidente que poco a poco se está dejando de lado, tal como lo ponen de manifiesto, entre otros aspectos, los desarrollos actuales de la teoría de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva, la comprensión normativa de la culpabilidad jurídico-penal, o el actual tratamiento de la autoría y la participación. El delito no es más un dato empírico que hay que constatar, sino un hecho que debe imputarse normativamente a una persona.

La configuración actual del delito nos lleva a entenderlo como un suceso objetivamente imputable, evitable y culpable (JAKOBS, 1997, p. 124). Todos estos aspectos deben determinarse normativamente, es decir, con base en ciertos criterios de ordenación de la sociedad, con independencia de su cumplimiento fáctico o no en el caso concreto. En el plano de lo objetivamente imputable, que es en lo que me voy a centrar aquí, la actuación de las personas se ordena con base en los roles que le han sido jurídicamente atribuidos (Jakobs, 1991, Apdo 1, n.m. 7). En efecto, un ciudadano realiza una acción jurídico-penal si, en razón de su rol, ha debido evitar la realización de un suceso con determinado sentido social¹. Por el contrario, si el ciudadano no resulta competente por la aparición del suceso en función de lo exigible conforme a roles, entonces este suceso tendrá que atribuirse a otro ciudadano o a la situación misma, y no requerir, en principio, un restablecimiento normativo².

Para dar mayor concreción a la imputación penal basada en roles, es necesario especificar las características que éstos pueden alcanzar. Los roles penalmente relevantes pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar se encuentra el rol general de ciudadano, el cual se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y la autonomía organizativa dentro de las mismas³. Como contrapartida a esta libertad de organización, a todo ciudadano se le

¹ Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 115 y s.

² Vid. similarmente, GÜNTHER, «Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehen», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 323 y s.

³ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7 y s., Apdo 29, n.m. 29 y ss.; EL MISMO, «Competencia por organización en el delito omisivo», (trad. Peñaranda), en *Estudios*, p. 350. Una esfera de organización que no se reduce al propio cuerpo, sino que incluye una organización ampliada mediante animales, máquinas e incluso personas; vid., sobre esta ampliación de la esfera, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., 1974, p. 16; JAKOBS, en *Estudios*, p. 348 y

atribuye el deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten o puedan afectar a otras personas⁴. En la medida en que se trata de separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado principio de autorresponsabilidad (JAKOBS, 1991, p. 624 y ss), entendido como responsabilidad por el dominio de la propia esfera de organización. La infracción de este rol da lugar a los llamados delitos de dominio.

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales. Los contactos sociales no se reducen pues a una separación de esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre estas esferas con base en instituciones sociales elementales⁵. Debido a que el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere relaciones estables con otras personas, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales⁶ que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras⁷. Esta vinculación puede presentarse de forma intensa, como el caso de la relación de paterno-filial, o manifestarse solamente en un ámbito parcial como el caso de la confianza especial que se establece entre un médico y un paciente (salud). Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídicamente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva. El *quantum* de dominio organizativo no juega un papel relevante en estos casos. Se trata de los llamados delitos de infracción de un deber⁸.

Como puede verse, la imputación penal se estructura sobre la base de dos criterios normativos de ordenación social distintos: el dominio de los riesgos en la propia organización y los deberes especiales atribuidos a una persona a partir de instituciones sociales específicas. Debe quedar claro que no se trata de una propuesta de organización social, sino de estructuras de expectativas

s. En el ámbito de las situaciones de necesidad pone de manifiesto las consecuencias de la separación de esferas, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, p. 20 y s., 47 y s.

⁴ Vid., así, sobre la fundamentación de este deber JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, (trad. Sánchez-Vera), Bogotá, 1996, p. 15, nota 15; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio/Feijoo), Madrid, 1996, p. 35; EL MISMO, *Acción y omisión en el Derecho penal*, (trad. Rey/Sánchez-Vera), Bogotá, 2000, p. 11; EL MISMO, «La omisión: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 133; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (trad. Sánchez-Vera), Bogotá, 1995, p. 65; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999, p. 67 y ss. Similarmente, KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Koch (Hrsg.), Berlin, 1997, p. 92; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 48.

⁵ Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7 y s.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, pp. 31 y s., 76 y ss. Sobre la vinculación de esferas mediante la solidaridad intersubjetiva en las situaciones de necesidad, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 21.

⁶ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, (trad. Cancio), Madrid, 1996, 71 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 347 y s.; KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 92. Vid., el concepto de institución en JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 58, nota 114: «Institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación, duradera y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición del sujeto individual y que contribuye, más bien, a constituirlo».

⁷ Las instituciones se encuentran ya preformadas y son disponibles dentro de estrechos límites, vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 70 y s.

⁸ Debe reconocerse que JAKOBS, *La imputación penal*, p. 48, admite que la competencia por la organización es también una institución, pero al ser la más general no adquiere un contenido específico frente a las otras instituciones sociales. Por esta razón, los delitos de dominio son también delitos de infracción de un deber, pero de la institución social más general.

sobre las que se erige la sociedad actual. Basta una mirada a los contactos sociales para comprobar que éstos no se ordenan únicamente con base en el mandato general, particularizable en los ámbitos concretos de actuación, de organizarse libremente sin afectar al resto, sino también con base en el cumplimiento de prestaciones positivas para el mantenimiento del orden social. Por ejemplo, a la sociedad no le basta con que el padre que se autoorganiza no le haga daño a su hijo, sino que debe velar positivamente por su integridad personal y patrimonial. Podríamos discutir sobre si estas exigencias de la sociedad actual resultan deseables o no, pero lo que no puede negarse es que realmente existen.

2.2. El administrador de hecho

El administrador de hecho de una empresa es una persona y, por tanto, su responsabilidad penal no puede ser ajena a los criterios de imputación penal antes mencionados. Por el contrario, si la imputación penal lo ve como un individuo capaz de evitar causal y psicológicamente un resultado lesivo, entonces podrá hacerse penalmente competente por todo lo que pueda evitar. Desde esta perspectiva, casi no valdría la pena discutir sobre el contenido del concepto de administrador de hecho, pues cualquier persona con capacidad de lesionar un bien jurídico penalmente relevante podría aparecer como tal. Es evidente que muy pocos podrían defender un parecer tan extensivo de los criterios de imputación para el administrador de hecho, pero aun cuando se pretendiese restringirlo a ciertos casos de dominio especial, se seguiría anclado en una visión de la sociedad que, en lo que alcanzo, no se ajusta completamente a la actual. Hay ámbitos sociales en los que la libertad de organización no constituye el criterio de ordenación normativa de los contactos sociales. Para ponerlo con un ejemplo: si alguien se pone fácticamente en la posición de un padre, esta asunción fáctica no le vincula institucionalmente como tal frente al menor acogido, mientras no se siga un proceso formal de adopción.

En los delitos de dominio, en los que la responsabilidad penal se sustenta en competencias *qua* organización, el administrador de hecho de una empresa puede perfectamente ser titular de estas competencias. En la medida que se trata del rol general de ciudadano, se requiere del administrador de hecho no más que la libertad organizativa suficiente para ser competente por el dominio de determinados riesgos provenientes de la actividad empresarial. En el caso de delitos de dominio comunes bastará la asunción de las funciones de administración que permita atribuirle el dominio del riesgo prohibido, mientras que en los delitos especiales de dominio la asunción debe contar además con una apariencia como administrador de la empresa (GARCÍA CAVERO, 1999, p. 177). En la medida que en los delitos especiales el dominio del riesgo se particulariza en el administrador de la empresa (dominio social), es necesario que el administrador de hecho aparezca ejerciendo realmente las funciones de administración desde las cuales se pueda afectar el bien jurídico. Por ejemplo: el delito de quiebra del artículo 260 del Código penal puede ser perfectamente atribuido al administrador de hecho de la empresa, siempre que haya asumido de forma ostensible las facultades de disposición del patrimonio (GARCÍA CAVERO, 1999, p. 188 y ss).

La situación cambia completamente en los delitos de infracción de un deber. El dominio del riesgo (común o social) no interesa para la configuración del delito, sino la infracción de un deber

especial que exige de los administradores de la empresa una prestación social positiva. La competencia institucional del administrador de una empresa puede ser originaria o transferida. En el primer caso, existe una institución social específica (deberes estatales ampliados a particulares, confianza especial, etc.) que fundamenta en el administrador de la empresa una competencia institucional. Por ejemplo: el deber de veracidad en los informes sociales. En el segundo caso, el administrador de la empresa resulta obligado, por su relación de representación, a materializar el deber institucional de la empresa⁹. En estos casos, es la empresa la que, en virtud de una institución social específica, resulta institucionalmente competente, pero que por medio de la relación de representación (otra vinculación institucional) atribuye al administrador el cumplimiento del deber institucional. Debe quedar claro, para evitar incorrectas interpretaciones, que el rol institucional de la empresa no se transfiere al administrador, sino solamente el cumplimiento de la competencia institucional a través de una relación de confianza especial (García Cavero, 1999 p. 171 y 2003, p. 390, nota 280). En consecuencia, resulta un error palmario considerar que en estos casos puede haber una responsabilidad penal por hecho de tercero (RÍOS CORBACHO, 2005, p. 52). El administrador de la empresa responde por la infracción de un deber especial a él atribuido en virtud de la relación de representación.

En la medida que la responsabilidad penal del administrador de una empresa en los delitos de infracción de un deber se estructura a partir de la relación de representación, es evidente que se cierra, en principio, la puerta a una responsabilidad penal también del administrador de hecho. Si bien la teoría de la representación ha sido objeto de diversos cuestionamientos, constituye otro grave error rechazar esta teoría porque no funciona adecuadamente en los delitos de dominio. La cuestión a responder es, antes bien, si en delitos configurados como de infracción de un deber, la responsabilidad penal puede atender también a criterios fácticos o solamente formales. Si bien para los delitos de dominio el administrador de hecho puede ser competente *qua* organización aunque no tenga una vinculación formal con la empresa, para los delitos de infracción de un deber no puede sustentarse una vinculación institucional con similares criterios fácticos. Para verlo de forma más clara: ¿Puede un administrador de hecho hacer inscripciones en nombre de la empresa en los registros públicos? ¿Puede representar a la empresa en un proceso administrativo o judicial? ¿Puede representar válidamente a una empresa en una licitación pública? La respuesta evidentemente es negativa. Lo cual quiere decir que no toda asunción fáctica de funciones de administración resulta socialmente atendible y, por tanto, penalmente relevante. Si el Derecho penal no quiere saltar por encima de su sociedad, no puede desconocer estos datos de la configuración social.

Con las breves consideraciones hasta ahora hechas, puede apreciarse que me reafirmo plenamente en el punto de partida metodológico que utilicé en mi tesis doctoral para decidir el alcance jurídico-penal de la figura del administrador de hecho. En los delitos de dominio, siempre que se dé el dominio requerido, el administrador de hecho podrá ser responsable. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber la regla general es que sólo el administrador de derecho resulte penalmente responsable. Solamente en los casos en los que la competencia

⁹ Vid., por ejemplo, sobre la distinción de la confianza especial como fundamento de la competencia institucional y como materialización de la competencia institucional, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 68 y ss.

institucional admita su constitución con criterios fácticos, podrá admitirse excepcionalmente una responsabilidad penal del administrador de hecho en estos delitos (GARCÍA CAVERO, 1999, p. 156).

3. La responsabilidad penal en el caso de hombres de paja

El problema específico sobre el administrador de hecho que quería abordar, como segunda cuestión, está referido a la configuración de la responsabilidad penal por delitos de dominio en el caso del uso de “hombres de paja”. Una respuesta única para esta constelación de casos sería una simplificación poco rigurosa de la problemática y, por ello, creo que deben diferenciarse diversos supuestos en el caso de existencia de las llamadas personas-pantalla. En primer lugar, puede plantearse el caso del administrador de derecho que no asume labores de administración y simplemente se limita a aparecer formalmente como administrador de la empresa, firmando incluso documentos sociales, pero dejando la administración de la empresa completamente en manos de un administrador de hecho. La situación cambia si el administrador de derecho no sólo cumple una función de simple pantalla, sino que adicionalmente ejecuta actos de administración, pero siguiendo estrictamente las órdenes expedidas por una persona de atrás que decide sobre la administración de la empresa. Finalmente, puede suceder que el administrador de derecho se encuentre sometido por alguna razón penalmente relevante (coacción o error) a la voluntad del hombre de atrás, de forma tal que actúa como mero instrumento en la administración de la empresa. Si bien puede hablarse de manera general en estos casos de un uso de “testaferros”, solamente en el primero de estos casos existe un testaferro en sentido estricto.

3.1. El testaferro

En el caso de uso de un simple testaferro, no habrá inconveniente para considerar autor de los delitos de dominio al administrador de hecho que asume realmente las funciones de administración. Si se trata de un delito común bastará con la efectiva asunción de las facultades de administración desde las que se deriva el riesgo prohibido. En el caso de los delitos especiales de dominio, para hablar de un efectivo dominio social será necesario adicionalmente que el administrador aparezca ejerciendo las labores de administración (GARCÍA CAVERO, 1999, p. 176). El testaferro sólo aparece formalmente como administrador, pero no se presenta en la realidad como el administrador de la empresa, pues esta labor es realizada frente a los demás por el administrador de hecho. En consecuencia, el administrador de derecho sólo podrá ser considerado partícipe del delito cometido por el administrador de hecho, siempre que con su apariencia formal contribuya a la realización del delito. Esta propuesta de solución de la imputación de responsabilidad penal ha sido cuestionada por algunos autores que no comparten, por un lado, que el testaferro responda solamente como partícipe del delito y, por el otro, la exigencia de una exteriorización de la asunción de las funciones de administración por parte del administrador de hecho (NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, p. 136).

Respecto a la responsabilidad penal del testafarro, no veo que exista base suficiente para sustentar una responsabilidad penal a título de autor en un delito de dominio (distinto el parecer de NÚÑEZ CASTAÑO, 2000, p. 136). El que el administrador de derecho aparezca simplemente como administrador de la empresa sin ejercer realmente ninguna función de administración, no parece conciliable con la exigencia de un dominio funcional del hecho que permita hacerlo tan responsable como el administrador de hecho. No cabe duda que con su aparición como administrador formal puede haber aportado a la realización del hecho, pero de ahí a afirmar que tiene el dominio del hecho propio de un autor, creo que constituye una conclusión apresurada. El dominio del hecho del autor en delitos de administración requiere cuando menos ejercer ciertas facultades de administración, lo cual no puede afirmarse en el caso de un testafarro en sentido estricto. Por consiguiente, considero que en estos casos el administrador de hecho resulta responsable como autor del delito por poseer el dominio social de las funciones de administración, mientras que el testafarro, en la medida que haya apoyado con su participación la realización del delito, sólo podrá responder como partícipe. No hay dos partícipes, sino un autor, el administrador de hecho, y un partícipe, el administrador de derecho.

En cuanto al cuestionamiento a la exigencia del requisito de la exteriorización de la asunción de las funciones de administración, considero que no se puede prescindir de este requisito tan fácilmente como lo hacen NÚÑEZ CASTAÑO (2000, p. 138) y RÍOS CORBACHO (2005, p. 83). Para que una persona resulte competente por un ámbito que no tiene asignado jurídicamente, debe existir un acto exteriorizado que permita la atribución social de este ámbito de organización. En la doctrina penal de la asunción de la comisión por omisión, por ejemplo, queda claro que para que la asunción constituya una posición de garantía debe ser apreciada por terceros. Sólo puede hablarse de una asunción penalmente relevante si ésta resulta socialmente apreciable, si se presenta como un compromiso efectivo (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 16 y GRACIA MARTÍN, 2004, p. 159). Tanto SCHÜNEMANN (1994, § 14, n.m. 12) como GRACIA MARTÍN (1985, p. 394 y ss) han expresado que los delitos especiales son delitos de garante, por lo que sería una gran incoherencia no exigir en los criterios de imputación penal de los delitos especiales lo mismo que en la figura de la comisión por omisión. Debe quedar claro que la asunción frente a terceros de las funciones de administración no implica exigir la apariencia formal de administrador, pues en estos casos ya no sería necesaria la figura del testafarro. En los casos de un simple testafarro, el hombre de atrás siempre aparece realizando las labores de administración, de manera que el requisito de la apariencia se cumple perfectamente. Por el contrario, si el hombre de atrás no asume de forma ostensible las funciones de administración de la empresa, el administrador de derecho no será propiamente un testafarro, sino un administrador sumiso, pero competente primario por el dominio del riesgo.

3.2. El administrador sumiso

Cuando el administrador de derecho no sólo aparece formalmente como tal, sino que ejerce además los actos de administración en estricto cumplimiento de las órdenes de un hombre de atrás, responderá penalmente por los delitos de dominio en calidad de autor. Tanto para los delitos comunes como para los especiales, el administrador de derecho tiene el dominio que fundamenta su responsabilidad como autor. Más discutible podría ser la responsabilidad penal

del hombre de atrás. Si el delito es un delito común, en el que cabe, por tanto, una distribución o reparto del trabajo, el hombre de atrás podría dejar el plano de la inducción y entrar a ser, más bien, coautor. En efecto, en la medida en que se pueda plantear una distribución del hecho en la que el hombre de atrás asume la parte decisoria del hecho y el hombre de adelante la parte de ejecución, podría hablarse de una repartición conjunta del trabajo que daría pie a una coautoría (JAKOBS, 1996, p. 151 y 2004a p. 230; ROBLES PLANAS, 2003, p. 161 y ss). La situación cambia, sin embargo, en los delitos de dominio especiales, pues, en estos casos, la autoría requiere un dominio especial que abarca la asunción hacia fuera (aparente) de las labores de administración. Si bien el hombre de atrás puede tener un cierto dominio sobre la decisión de las funciones de administración, queda claro que no se muestra como administrador y carecerá del dominio social exigible. En consecuencia, el administrador de derecho será autor del delito, mientras que al hombre de atrás sólo le quedará una responsabilidad como inductor.

3.3. El administrador instrumento

El tercer supuesto de hombre de paja se presenta cuando el hombre de atrás maneja al administrador formalmente nombrado mediante coacción o error. En estos casos, la responsabilidad penal del administrador de hecho de atrás resulta indiscutible, pues utiliza al administrador formal como instrumento para la ejecución del delito. En los delitos de dominio comunes no habría mayor inconveniente para sustentar la responsabilidad penal del administrador de hecho. Pero en el caso de delitos especiales, se plantea la cuestión de si la responsabilidad puede alcanzar a este administrador de atrás, pese a no tener el dominio social requerido. Si bien en estos casos no existe la apariencia en el ejercicio de las funciones de administración, no hay inconveniente en considerarlo un administrador de hecho con todas las consecuencias penales, pues el hombre de atrás no sólo tiene el dominio social respecto al bien jurídico protegido, sino también un dominio sobre la apariencia (GARCÍA CAVERO, 1999, p. 178). Si el elemento especial de autoría recae sobre el administrador de derecho, la perspectiva fáctica de análisis basada en la interpretación autónoma del Derecho penal podría permitir alcanzar desde el punto de vista de la legalidad también al administrador de hecho. En el caso que la calidad especial recaiga sobre la empresa, la cláusula del actuar en lugar de otro podrá abrir la posibilidad de ir directamente sobre el administrador de hecho.

4. Conclusión

La determinación de la responsabilidad penal del administrador de hecho sigue dependiendo de la bipartición entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber. Esta interpretación no resulta más restrictiva que la que se apoya solamente en la idea del dominio fáctico, pues si bien excluye, en principio, la responsabilidad de administradores de hecho en los delitos de infracción de un deber, intensifica las competencias de los administradores de derecho con independencia del dominio sobre el hecho. En todo caso, la única razón para rechazar esta propuesta metodológica de interpretación de los delitos, sería entender que la sociedad actual es una sociedad estrictamente liberal, en donde la responsabilidad penal se asienta exclusivamente en la

idea del dominio sobre la propia esfera de organización. En el caso de la responsabilidad penal del administrador de hecho por el uso de un testaferro, este administrador de hecho resulta siempre responsable a título de autor y no como simple partícipe. Si se interpreta correctamente los puntos de partida de los delitos especiales de dominio, se podrá apreciar que los críticos de mi propuesta de interpretación han sido víctimas de su propia mala comprensión de mis ideas.

5. Bibliografía

Percy GARCÍA CAVERO (2003), *Derecho penal económico*, Parte General, Lima.

Percy GARCÍA CAVERO (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona.

Patricia FARALDO CABANA (2000), *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia.

Elena NÚÑEZ CASTAÑO (2000), *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia.

Jose-Ignacio GALLEGO SOLER (2002), «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de autoría en el Derecho penal», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona.

Jose Manuel RÍOS CORPACHO (2005), *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Cádiz.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2004), *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima.

Luís GRACIA MARTÍN (2004), *Estudios de Derecho penal*, Lima.

Luís GRACIA MARTÍN (1985), *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Zaragoza.

Bernd SCHÜNEMANN *et al* (1994), *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl, Berlin/New York.

Günther JAKOBS (2004a), «La intervención delictiva», (trad. Sánchez Vera), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales* 5.

Günther JAKOBS (2004b), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio), Bogotá, *passim*.

Günther JAKOBS (2001), «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid.

Günther JAKOBS (1997), «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. Cancio), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid.

Günther JAKOBS (1996), *La imputación objetiva en el Derecho penal*, (trad. Cancio), Madrid.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin.

Ricardo ROBLES PLANAS (2003), *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Madrid.