

**LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN
EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

Manuel Jaén Vallejo

Profesor Titular de Derecho Penal.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ASPECTOS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995
- III. EL ENCUBRIMIENTO
- IV. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN CASCADA
- V. LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

En realidad, es muy reducida la incidencia que pueda llegar a tener el nuevo Código penal en esta materia de autoría y participación. Lo mismo ocurre con otras cuestiones de la Parte general, aunque hay algunas que sí experimentan importantes modificaciones respecto a la regulación del Código penal derogado, como es el caso de todo lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, pues, como se sabe, el nuevo Código penal, aparte de simplificar el sistema, abandonando las denominaciones de las penas privativas de libertad, introduce en el Código nuevas penas, como los arrestos de fin de semana y las multas por el sistema de cuotas diarias, hace ya tiempo receptadas en el Derecho penal comparado.

Como se recordará, fue el legislador de 1983, a través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, probablemente la más importante desde que se promulgara el Código penal de 1848, el que introdujo las más importantes modificaciones que el establecimiento del nuevo orden jurídico democrático demandaban. Entonces la propia definición de la infracción penal resultó afectada por esta reforma, asentándose en adelante en el dolo o culpa y destruyéndose todas las manifestaciones de responsabilidad objetiva. El propio legislador, en su Exposición de motivos, reconoció que la adaptación del Código penal a la Constitución de 1978 suponía, entre otras exigencias, incorporar al Código penal el principio de culpabilidad; consecuentemente, por referirme sólo a algunas de las consecuencias de dicho principio, el art. 1º, según la redacción que le dio aquella Ley Orgánica, declaraba que no hay delito sin dolo o culpa, declaración contenida ahora en el art. 5, en el que se utiliza la palabra imprudencia en referencia a la culpa, y el art. 6 bis a) se ocupaba de los efectos del error en que puede incurrir el autor, que ahora se contienen en el art. 14, con una redacción que continúa siendo técnicamente defectuosa.

Desde hace ya tiempo se entiende en forma prácticamente unánime en la doctrina que el razonamiento sistemático en el Derecho penal garantiza la necesaria racionalización en la aplicación de la ley penal al caso. Como hace tiempo dijera *Gimbernat*, cuanto más desarrollada esté la dogmática, más seguridad e igualdad se conseguirá en la aplicación de la ley, y, por consiguiente, menos irracionalidad y arbitrariedad; por el contrario, cuanto menos dogmática, más lotería y más caótica será la aplica-

ción de la ley penal¹. El sistema dogmático proporciona unas estructuras universales, permanentes, luego es aplicable con independencia del Código penal que esté vigente, y facilita, racionalizándola, la aplicación de la ley penal. Ello se debe a que la vinculación ejercida por el derecho positivo no es tan intensa como para impedir la elaboración de un sistema, con sus categorías y conceptos². Las anteriores consideraciones creo que ponen claramente de manifiesto que la discusión sobre los conceptos y figuras del Derecho penal se produce con independencia del Código penal que esté vigente, aunque, sin duda, la aprobación de un nuevo Código penal constituye una excusa excepcional para reavivar y continuar aquella discusión; además, el Código penal deberá ser siempre respetuoso con unos principios superiores, proclamados en España en la norma fundamental sancionada en 1978³.

Muy probablemente sea en la Parte general de los Códigos donde la vaguedad de las prescripciones deja un mayor espacio para la interpretación; por ejemplo, en lo relativo al comienzo de ejecución o a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, así como también en lo relativo a la determinación de los criterios para decidir sobre quiénes son autores y quiénes simples partícipes.

La necesidad de esta distinción entre autores y partícipes sólo se ha rechazado en el marco del llamado *concepto unitario de autor*. Según este concepto, que se basa en la vieja teoría de la equivalencia de condiciones⁴, todo el que haya cooperado en forma causal a la realización del tipo es autor; es decir, lo decisivo para este concepto unitario es la causalidad. Como puede comprenderse, este concepto corrió la misma suerte que la teoría de la equivalencia de condiciones en el ámbito de la causalidad y hoy está prácticamente abandonado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

A mi juicio, en cambio, no es necesaria aquella distinción ni en los delitos de comisión imprudentes ni en los de omisión, pues todos ellos son delitos de infracción de un deber, en los que lo decisivo es dicha infracción del deber; quienes lo infrinjan serán autores, y quienes no lo infrinjan no serán punibles⁵. Luego, aquel problema sólo se planteará en los delitos de comisión dolosos.

1 “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, 1971; ahora en *Estudios de Derecho Penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 158.

2 Cfr. Hruschka, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 237 y 242 y ss.; y Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, ed. Civitas, Madrid, 1983, quien afirma que las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento (p. 25).

3 Así, el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado: debe respetar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE); el principio de proporcionalidad de las penas (art. 15 CE); no debe ser moralizador ni imponer una determinada ideología (art. 16 CE); la decisión sancionatoria debe fundarse en una ley penal (art. 25.1 CE); y, en fin, las penas deben estar orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE).

4 V. Liszt, en su *Tratado de Derecho Penal*, t. II, trad. de la 20ª ed. alemana por L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1917, p. 71, dice: “Resulta del concepto de la causa (...) que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal”.

5 Cfr., ampliamente sobre la participación en los delitos de omisión y otros de infracción de deber, López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, eds. Akal, Madrid, 1996, pp. 161 y ss.

II. ASPECTOS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. Hay que reconocer que en esta materia de autoría y participación el Código penal aprobado mejora su regulación en relación al Código penal derogado. En efecto, por fin el supuesto de *autoría mediata*, olvidado en la regulación anterior, se menciona expresamente en el texto legal cuando se afirma que también es autor el que realiza el hecho “por medio de otro, del que se sirve (n) como instrumento” (art. 28). Y aunque en un principio parecía que el legislador se iba a seguir olvidando de la *coautoría*, lo cierto es que hizo aparición en el texto del Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado (publicado el 23 de octubre de 1995), en el que, curiosamente, se justifica su inserción⁶ por “meras” razones de redacción y estilo (!). De todos modos, se siguen confundiendo en un único artículo supuestos de autoría y de participación en sentido estricto.

El art. 28 del Código penal, pues, a diferencia del texto del art. 14 del anterior Código, se refiere ya expresamente al que realiza el hecho *por sí* (autoría inmediata o directa), a los que lo realizan *conjuntamente* (coautoría), y después, como se dijo, al que lo realiza *por medio de otro* (autoría mediata). Con acierto se suprimió en el Senado el núm. 1 del texto aprobado por el Congreso de los Diputados relativo a “los que toman parte directa en la ejecución del hecho”, aunque se ha mantenido, en cambio, el art. 27, a cuyo tenor “son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”, totalmente supérfluo e inútil; además, este texto olvida a los inductores (!). Por consiguiente, llevaba razón el Grupo parlamentario popular al proponer en una de sus enmiendas la sustitución de “cómplices” por “partícipes”.

A mi juicio, hubiera sido preferible que se adoptara en nuestro Código penal la misma fórmula que la del párrafo 25 del Código penal alemán (*Täterschaft*), cuyo núm. 2 establece que si el hecho se comete en común, cada uno será punible como coautor (*Mittäter*); evidentemente, aún quedará por saber cuándo un delito se comete en común, de lo que se ha ocupado ampliamente la teoría. También me parece más acertada la regulación en disposiciones diferentes de los distintos supuestos de autoría y participación. En este sentido, el párrafo 25 StGB sólo se refiere a los supuestos de autoría, esto es, la autoría inmediata o directa, la mediata y la coautoría, mientras que los párrafos 26 y 27 se refieren a los supuestos de participación; el primero regula la inducción (*Anstiftung*) y el segundo la cooperación (*Beihilfe*).

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha ido evolucionando en esta materia desde la vieja teoría subjetiva, que hacía depender la autoría o la participación de un supuesto *animus auctoris* o *animus socii*, respectivamente, y, en particular, la coautoría de un simple acuerdo de voluntades (*pactum scaeleris*)⁷, teoría incompatible con el nuevo texto del art. 28, inciso primero, a una teoría material-objetiva, o del *dominio del hecho*⁸, *ampliamente mayoritaria en la doctrina actual*.

⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de noviembre de 1995.

⁷ Sentencias de 26-5-1947, 11-3-1964, 22-4-1967, 4-2-1971, 17-3-1972, 2-4-1976, 2-5-1977, 3-4-1978, 20-6-1979, 5-2-1980, 21-9-1981, 24-11-1982, 1-3-1994, etc.

⁸ Por primera vez en Sentencia de 1-7-1963; luego, entre otras, en Sentencias de 21-3-1973, 21-2-1981, que rechaza la teoría formal-objetiva, 10-1-1987, 11-5-1987, 25-4-1988 y 4-10-1994.

Como se sabe, según esta teoría *autor es quien tiene el dominio del hecho*, lo que significa, básicamente, haber podido decidir sobre el si y el cómo de la realización del tipo penal, mientras que los que toman parte, sin dominar el hecho, son partícipes. Evidentemente, el dominio del hecho se puede presentar de diferentes maneras: como dominio de la propia acción típica (*autoría inmediata o directa*); como dominio de la voluntad de otro (*autoría mediata*); o como dominio funcional del hecho (*coautoría*)⁹.

Ahora bien, el concepto de dominio del hecho no es un concepto fijo, integrado por un número definido y limitado de elementos, en el que se pueda practicar con relativa facilidad la necesaria subsunción del hecho, como podría ser el caso del elemento arma, acción, causalidad, por ejemplo, sino que es un *concepto abierto*, utilizando la terminología de *Roxin*, en el que se contiene una descripción y un principio regulativo que habrá de orientar la decisión judicial. El juzgador, conforme a todas las circunstancias concurrentes en el caso en particular, deberá averiguar si el sujeto, cuyo comportamiento está en consideración, tuvo una estrecha relación frente a la realización del tipo y, por ello, el manejo y dominio del hecho, con independencia de si tuvo “voluntad de autor” y quiso el hecho “como propio” (como se exige en la *teoría subjetiva*) o de si su comportamiento tuvo exteriormente la forma de la acción típica o, al menos, de una parte de la misma (como se exige en la *teoría formal-objetiva*).

Los anteriores aspectos no son en absoluto decisivos para el concepto material del dominio del hecho. Por esta razón, el Tribunal Supremo, en la interesante *Sentencia de 21 de febrero de 1989*, en la que se enjuició un caso en el que el recurrente, de común acuerdo con otros sujetos, había permanecido al volante de un vehículo para vigilar mientras aquéllos cometían un robo en una joyería, pudo calificar de coautoría el comportamiento del recurrente (acto de vigilancia), a pesar de no haber realizado aquél ningún acto de apoderamiento, ni de violencia o intimidación, elementos del tipo penal de robo. Según la Sentencia del Tribunal Supremo, “tomar parte directa en la ejecución del hecho” (art. 14.1 del Código entonces vigente) no significa sólo realizar la acción típica o una parte de la misma, sino también “llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el contexto de la comisión del delito”. En este sentido, es claro que al haber permanecido el recurrente en el coche, vigilando y dispuesto para alejar del lugar a los otros sujetos que realizaron el atraco, según la tarea que le correspondió en el plan delictivo común, tuvo una función esencial para la consumación del delito y, por consiguiente, codominó funcionalmente el hecho¹⁰.

3. Ninguna novedad se produce en la regulación de la *cooperación*, distinguiendo el Código, como en el Código derogado, entre la cooperación necesaria (art. 28.b) y la simple complicidad (art. 29). La distinción entre uno y otro grado de participación

⁹ Cfr. Bacigalupo, *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, 1994, pp. 211 y ss.; Roxin, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994.

¹⁰ V. el interesante estudio crítico sobre la coautoría de varios profesores de Derecho penal, a propósito de esta Sentencia, en el núm. 27 de la *Rev. Poder Judicial* (pp. 189 y ss.) y la contundente respuesta de Bacigalupo en el núm. 31 de la misma Revista (pp. 31 y ss.)

seguirá teniendo una importancia extraordinaria, pues se mantiene la atenuación de pena obligatoria para el cómplice (art. 63). Entiendo que tanto el aporte del cooperador necesario como el del cómplice deben de haber posibilitado la ejecución del hecho realizado por el autor principal (cocausalidad), no bastando, pues, con el simple favorecimiento; en definitiva, la tentativa de complicidad no puede ser punible¹¹. La diferencia entre el cooperador y el cómplice puede seguir hallándose en que el aporte del primero es “difícilmente reemplazable” (en las circunstancias concretas de la ejecución: perspectiva *ex ante*) y, por el contrario, el del segundo, igualmente desde una perspectiva *ex ante*, es “fácilmente reemplazable”¹².

De todos modos, no es seguro que haya sido correcto mantener en el Código penal esta distinción entre cooperadores necesarios y cómplices, que en algunos casos, en verdad, no resultará fácil. A mi juicio, debería de haberse suprimido, contemplándose una atenuación, acaso facultativa, para el supuesto de cooperación.

4. El fundamento político-criminal de la punibilidad de la participación, según la teoría dominante, reside en el aporte que representa el hecho del partícipe para la realización del hecho principal antijurídico del autor (teoría de la promoción); de ahí que la tentativa de cooperación, como se dijo, no sea punible. La punibilidad del partícipe, pues, depende de la realización de un hecho principal; además, éste debe ser típico y antijurídico, siendo la culpabilidad del autor y la de cada partícipe individuales (*teoría de la accesoriad limitada*). El parágrafo 29 StGB (*Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten*) menciona expresamente esta última consecuencia.

Ahora bien, el carácter accesorio de la participación tiene una excepción en las circunstancias agravantes y atenuantes que eventualmente puedan concurrir, pues éstas no siempre serán accesorias. En particular, según el art. 65 del nuevo Código, prácticamente idéntico al art. 60 del Código penal derogado, y que, en realidad, debería encontrarse en el Título II relativo a la regulación de la autoría y participación (arts. 27-31), sólo “las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla” (por ejemplo, la alevosía o el abuso de superioridad) tienen carácter accesorio, dependiendo su aplicación a los autores y su extensión a los partícipes, como es claro, del conocimiento por parte de los mismos de su concurrencia en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (párr. 2º). Por el contrario, las consistentes en alguna causa personal (como, por ejemplo, la circunstancia de precio, o la mixta de parentesco) no tienen carácter accesorio y, por consiguiente, sólo se aplicarán a aquellos autores y partícipes en quienes concurren (párr. 1º). Esto último está establecido también en el parágrafo 28 StGB (*Besondere persönliche Merkmale*), en el que igualmente se señala que se atenuará la pena “en el caso de que faltaren en los partícipes (inductores o cómplices) las características personales especiales que fundamenten la punibilidad”; ni en el Código anterior ni en el nuevo Código se trata esta cuestión. En cualquier caso, para ser autor de estos delitos especiales (propios) será preciso, además de tener el domi-

11 Así, Gimbernat, *Autor y cómplice*, p. 162.

12 Gimbernat, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

nio del hecho, de aplicarse esta teoría, reunir la calificación requerida por el tipo penal (por ejemplo, ser funcionario, deudor, etc.) y, en su caso, tener el elemento subjetivo especial de autoría exigido por el tipo penal (por ejemplo, el ánimo de lucro).

5. Tampoco dice nada el Código respecto a las consecuencias para los partícipes de los eventuales excesos en que puedan incurrir los autores, pero es claro que habrá que estar a la existencia de dolo en los mismos, y, por tanto, no responderán más que por el hecho al que indujeron, si de inductores se trata, o por el hecho en que creyeron colaborar, si son cómplices.

6. En cambio, sí se regula, acertadamente, el *desistimiento* en el caso de participación de varios sujetos en el hecho; en tal caso, dice el art. 16.3, “quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito o falta”. Muy probablemente la razón de la exclusión de la pena en los supuestos de desistimiento haya que buscarla en la idea de neutralización o compensación de la ilicitud culpable de la ejecución iniciada que aquélla supone.

III. EL ENCUBRIMIENTO

En cuanto al encubrimiento, por fin abandona la Parte general del Código penal, lo que supone un acierto de los redactores del Código. La razón es bien sencilla, como desde hace tiempo se viene señalando en la doctrina: la figura del encubrimiento no puede ser considerada como una forma de participación porque no se puede participar en un delito que ya ha sido cometido; el encubrimiento es un *auxilium post delictum*. Evidentemente, habrá que determinar si efectivamente el delito de que se trate ha sido consumado o aún no, cuestión que puede resultar altamente controvertida; piénsese, por ejemplo, en los delitos de apropiación, en los que dependiendo de si se sigue la teoría de la *contractatio*, la menos exigente, pues sólo requiere para la consumación que el autor haya llegado a tocar la cosa, la de la *aprehensio rei*, la *ablatio*, o la de la *illatio*, la más exigente, pues exige el aseguramiento de la cosa, la solución será bien diferente.

El encubrimiento es un delito autónomo, con la particularidad de que tiene una referencia a otro delito (el que se encubre); lo mismo ocurre en el delito de recepción. El Código lo ha incorporado (arts. 451-454) al Título XX relativo a los “Delitos contra la Administración de Justicia” (arts. 446-471). Esta nueva ubicación sistemática es acertada, pues con la conducta del encubrimiento se lesiona claramente el interés de la Administración de Justicia en la persecución y condena de los delincuentes. Curiosamente, aún en el art. 453 del nuevo Código, que establece que “las disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto fuere irresponsable o estuviere personalmente exento de pena”, parece subyacer la vieja idea del encubrimiento como forma de participación. En mi opinión, este artículo es supérfluo, pues es claro que aunque el autor encubierto no sea punible por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad -siempre personal-, el encubridor sí puede

serlo; en realidad, a esta misma conclusión se llegaba con la aplicación del criterio de la accesoriadad limitada, seguido mayoritariamente en la doctrina y en la jurisprudencia, conforme al cual la punibilidad del partícipe depende de que el hecho principal realizado por el autor sea típico y antijurídico.

Por supuesto, para que el encubrimiento sea punible deberán concurrir los elementos del tipo penal. Los elementos del tipo objetivo que habrán de concurrir serán los siguientes: a) que la intervención tenga lugar en alguno de los modos que se prescriben en el art. 451; b) que la intervención tenga lugar con posterioridad a la consumación del delito; c) no haber tenido participación en el mismo, ni como autor, inductor o cómplice. Esto último significa dos cosas: que de ser autor, inductor o cómplice, responderá como tal, y que el auto-encubrimiento es impune. El tipo subjetivo del encubrimiento se reduce al dolo: haber tenido conocimiento de la perpetración del hecho punible y voluntad de encubrirlo. En idénticos términos se mantiene en el art. 454 la exención de pena para los supuestos de concurrencia de especiales relaciones de afectividad o parentesco entre encubridor y encubierto, antes contenida en el art. 18.

IV. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN CASCADA

En relación a los *delitos cometidos por medio de la imprenta y otros mecanismos de difusión pública*, es satisfactorio el mantenimiento del peculiar sistema español de responsabilidad en cascada en el art. 30, aunque quizás la regulación se podía haber perfeccionado. Este sistema resulta satisfactorio porque si hubiera que aplicar en esta materia las reglas generales de autoría y participación se ampliaría en exceso el ámbito de punibilidad y, paralelamente, ello supondría un verdadero obstáculo al libre ejercicio de las libertades de expresión e información. Hace ya tiempo que lo advertía *Viada y Vilaseca*, en sus *Comentarios al Código penal de 1870*, con las siguientes palabras: “no sería justo tratar como cómplices o encubridores de un delito cometido por medio de la imprenta a los que cooperan a la confección de una obra o de un periódico con su trabajo como cajistas, correctores de pruebas, repartidores del periódico (...), con lo cual (...) se conseguiría de todo punto la muerte o aniquilamiento de la imprenta”¹³. Más recientemente, nuestro Tribunal Supremo (Sala Segunda) ha afirmado con toda razón que “la extensión de la responsabilidad criminal a todos los partícipes en este tipo de actuaciones, obstaculizaría el normal desarrollo de los medios de comunicación e impediría el eficaz desenvolvimiento de la información, uno de los pilares básicos de una sociedad democrática” (Sentencia de 25-11-1988).

El sistema, pues, de responsabilidad en cascada, limita la responsabilidad en los delitos cometidos “utilizando medios o soportes de difusión mecánicos” (art. 30), al excluir expresamente a los cómplices y a los encubridores (art. 30.1). Según este precepto los que se consideran autores con arreglo al art. 28, “responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria” de acuerdo con el orden que se señala en el

¹³ *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, p. 341.

mismo. Como se recordará, en dicho artículo se mencionan los supuestos de autoría, los supuestos de inducción y los de cooperación necesaria. A mi juicio, deberían quedar excluidos todos los supuestos de cooperación.

La cadena de responsabilidad comienza lógicamente por los autores del texto o que hayan “producido el signo de que se trate” y “quienes les hayan inducido a realizarlo”; esto último es redundante, pues el supuesto de inducción al que se refiere está comprendido ya en el art. 28, al que se remite expresamente el precepto. El primer responsable subsidiario es el director de la publicación o programa en que se difunda, el segundo el director de la empresa editora, emisora o difusora, y el tercero el director de la empresa grabadora, reproductora o impresora. Como puede comprenderse, este sistema significa que si el autor, por ejemplo, es desconocido, no se encuentra en España, no es hallado, etc., será responsable el director, y si éste a su vez se encuentra en una situación similar a la del anterior, lo será el editor, etc. Ahora bien, *este sistema de responsabilidad subsidiaria no se puede entender de ningún modo como un sistema de responsabilidad objetiva*. Esto significa que los diversos supuestos de responsabilidad subsidiaria serán de aplicación siempre y cuando concurren en las personas sobre las que aquélla recaiga los necesarios presupuestos de la punibilidad, entre ellos, como es claro, el dolo, o, en su caso, la imprudencia, aunque la responsabilidad por los comportamientos imprudentes no está prevista en los delitos de injuria y calumnia (arts. 205 y ss.), que serán los que con más frecuencia entren en consideración en la aplicación del art. 30 del Proyecto.

Otro aspecto a destacar es la desaparición en el Código de la agravante genérica antes prevista en la cir. 4^a del art. 10 (“realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión, u otro que facilite la publicidad”), aunque se mantiene como específica en el ámbito de los delitos contra el honor (arts. 205 y ss.): en el art. 206 para el de calumnia, y en el 209 para el de injuria. Precisamente, en relación a estos delitos se prevé la *responsabilidad civil solidaria* de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria (art. 212).

V. LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Finalmente, hay que destacar que por fin se mejora la regulación de la llamada “actuación en nombre de otro”, antes prevista en el art. 15 bis, que permite aplicar los tipos penales especiales al representante, aunque las características especiales de autor no se den en su persona pero sí en el representado, persona jurídica, en cuyo nombre actúa (por ejemplo, la cualidad de ser titular de un deber fiscal, ser deudor, ser quebrado, etc.). El texto vigente del art. 31 comprende ya el supuesto del que actúa como representante de una persona física, en la línea del parágrafo 14 StGB (*Handeln für einen anderen*). De todos modos, en donde más se plantea el problema de la “actuación en nombre de otro” es en el ámbito de las empresas.

En este último ámbito se discute si es posible admitir la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. Como se sabe, durante mucho tiempo se ha negado

esta última posibilidad, sobre la base del viejo principio *societas delinquere non potest*, muy arraigado en los países del ámbito de influencia del sistema romano-germánico. Pero, poco a poco, se ha ido aceptando en alguna medida la tesis afirmativa (*societas delinquere potest*)¹⁴, receptada ya en algunas legislaciones. Por ejemplo: en la Ley alemana de infracciones de orden (*Ordnungswidrigkeiten*), aunque perteneciente al ámbito administrativo sancionador, tan próximo al penal; en el Código penal francés (1992), que establece una sección especial dedicada a las penas aplicables a las personas jurídicas (arts. 131-37/131-49); en el Código penal holandés, en el que se considera imputable la infracción a una persona jurídica cuando la persona física ha actuado en la esfera de la persona jurídica, siendo necesario que el hecho cometido aparezca como una acción de la persona jurídica; en Noruega, según la reforma efectuada en 1991, en donde se prevé la responsabilidad penal de las empresas, entendiendo por empresa no sólo las sociedades mercantiles y fundaciones, sino también las entidades públicas.

Probablemente, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se debería de contemplar con independencia de la eventual responsabilidad de la persona física por un delito de comisión o de omisión, haya que buscarlo en una "culpabilidad de organización"¹⁵. En este sentido, se podría afirmar, como simple orientación, que si una persona física, en el marco de esa organización, realiza un hecho previsto como delito, o, en su caso, como infracción administrativa, con consecuencias positivas para la persona jurídica (interés para la organización), cuyas reglas o medidas de vigilancia, control y dirección, en ningún modo lo evitan (defecto de organización), dicha persona jurídica debería poder ser sancionada penalmente, o, en su caso, administrativamente. Es decir, lo importante para que se pueda afirmar la sanción es que se logre verificar la vinculación de la persona física a la jurídica, el nexo que justifique la imputación de la acción a la persona jurídica y la aplicación a la misma de una pena (o sanción administrativa).

14 Cfr., en este sentido, Bacigalupo, Enrique, "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el derecho europeo", *Revista del Foro Canario*, núm. 89/1994, pp. 209 y ss.; Hirsch, Hans Joachim, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", *Anuario de Derecho Penal*, 1993 (septiembre-diciembre), pp. 1100 y ss.; Righi, Esteban, "Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*", *Revista del Derecho industrial*, núm. 15/1985 (enero-abril), eds. Depalma, Buenos Aires, pp. 35 y ss.; Zugaldía Espinar, José Miguel, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11/1980, pp. 67 y ss. En contra, recientemente y con amplias referencias bibliográficas, Pérez Manzano, Mercedes, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Actualidad Penal*, núm. 2/9, 15-1-1995.

15 Cfr. Bacigalupo, op. cit., p. 229; Schünemann, Bernd, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Homenaje a Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 1992), pp. 565 y ss.; Tiedemann, Klaus, en Jescheck-FS, 1985, pp. 1411 y ss.