

Puesto que el dominio del hecho típico determina la autoría del hecho, y en delitos especiales el dominio exige la cualificación en el agente, nos encontramos con que los sujetos no cualificados no pueden ser autores del delito especial de que se trate (N.122). Los no cualificados (los *extranei*) no pueden ser autores, aunque sí partícipes. Sin embargo, esta responsabilidad como partícipes no será posible si el sujeto cualificado (*intraneus*) no actúa o no instrumentaliza al ejecutor, o no es una persona física sino una jurídica. Estas situaciones darían lugar a la impunidad del ejecutor, porque no es cualificado; y a la impunidad del cualificado, porque no realiza la conducta típica ni instrumentaliza al ejecutor. La estructura de la autoría mediata fracasa en estos casos, luego procedería la impunidad. Pongamos como ejemplo el delito de defraudación tributaria, para el que suele exigirse en la doctrina el carácter de obligado tributario (si no, no hay posibilidad de defraudar a la Hacienda Pública); si el carácter de obligado tributario lo tiene una persona jurídica (cosa nada improbable si se trata del impuesto de sociedades), solo ella podría cometer el tipo, pero el ¿tipo debe cometerlo una persona física! (otra cosa es que después se extienda su responsabilidad a la persona jurídica: N.13); y el que ejecuta actos de posible dominio no es cualificado, luego tampoco responderá (N.122). Consecuencia: la impunidad del fraude fiscal. Algo semejante sucederá cuando se obra en representación legal o voluntaria de otro que sea sujeto cualificado de un delito especial\*: el que ejecuta no puede ser autor porque le falta la cualificación, y el cualificado no actúa. Una posible solución a estos casos de impunidad sería entender que se trata de delitos de infracción de un deber en los que la frontera entre acción y omisión se diluye en favor de la infracción de la obligación exigida. Sin embargo, esto solo sería correcto en algunos casos de delitos especiales (los previstos para funcionarios) y no en todos (los ideados para empresas).

Para responder a tal imposibilidad de castigar, el legislador ha arbitrado la solución de una cláusula de atribución de responsabilidad a la persona física en cuyo nombre se obra, o al administrador de la persona jurídica. En efecto, inspirado en un precepto semejante del Derecho penal alemán, en 1983 el legislador español introdujo en el código una vía de atribución de responsabilidad en casos de delitos especiales cuando el sujeto cualificado no actuaba (al tratarse de una persona jurídica, o al haber obrado a través de otro pero sin instrumentalización). Años antes había sido previsto un precepto semejante para algunos delitos, pero fue en 1983 cuando se previó con carácter general, y se perpetuó en el CP de 1995. Sin una regla expresamente prevista por el legislador no sería posible tal extensión de la responsabilidad, pues se incurriría en analogía contra reo.

En los primeros años de vigencia de dicha regla de atribución de responsabilidad, cierta jurisprudencia española interpretó que se trataba de una previsión que inauguraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Derecho. Pero lo cierto es que dicha regla presupone precisamente que la persona jurídica no puede responder, y que han de hacerlo en su lugar personas físicas. La regla, con algunos retoques, pasa en 1995 a ser el art. 31 del actual código penal.

Su sentido es evitar la impunidad en ciertos casos de delitos. Más en concreto, en delitos especiales, cuando el cualificado no obra, y quien obra no puede responder por no ser cualificado. En puridad, la regla permite ir más allá de la cualificación del delito y hacer responsable al no cualificado. Pero para esto deberán cumplirse los elementos de dominio del hecho que caracterizan la autoría. Es decir, que no se trata de una mera

regla de atribución automática de la responsabilidad en delitos especiales, sino de una salvedad a la cualificación que el tipo exige en esos casos (C.19a, C.125b). Será preciso, por tanto, proceder a la imputación objetiva y subjetiva a la persona física que obró en nombre o representación legal o voluntaria de otro, o a la persona física que actuó como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica. Luego, si falta el dolo en esa persona física, o no se constata un riesgo típicamente relevante, no será posible la imputación tampoco por la vía de la «regla del actuar por otro» (art. 31).

La previsión del art. 31 presupone que la persona jurídica (en estos casos, sujeto cualificado) no responde penalmente, por lo que se hace preciso superar ese déficit de responsabilidad mediante una regla de atribución al sujeto ejecutor no cualificado. Es más, conviene mantener separadamente el contenido de este precepto (art. 31) respecto del régimen de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (arts. 31 bis-31 quinquies).

Nada impide que entren en juego ambos órdenes de preceptos: el del art. 31 es una regla de identificación del autor (persona física) en delitos especiales (sea porque el sujeto cualificado es persona jurídica que no actúa penalmente, sea porque el cualificado es persona física que no ha actuado en dicho caso). Y el de los arts. 31 bis ss es un régimen de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por los delitos de una persona física. En consecuencia, por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria (art. 305) entraría en juego el art. 31 para identificar al sujeto obligado tributario, que sería autor: el administrador de hecho o de derecho, pongamos por caso; y luego, a partir de la responsabilidad de éste, se atribuye también, además, a la persona jurídica (arts. 310 bis y 31 bis ss).

La previsión de responsabilidad de personas jurídicas deriva de la responsabilidad penal de una persona física que es quien comete el delito. En definitiva, puede afirmarse que la previsión no altera la regla *societas delinquere non potest*, sino que la presupone. En cualquier caso, las previsiones de dicho precepto (art. 31) y del régimen de atribución de responsabilidad a personas jurídicas (arts. 31 bis ss) vienen a confirmar que el postulado de no-responsabilidad penal de los entes colectivos no ha impedido cierta flexibilización por razones de eficacia en la prevención del delito (N.13). Pero esta flexibilización presupone que las personas jurídicas no cometen delito (por lo que tampoco son culpables), sino que se les hace responsables por atribución de la responsabilidad penal de las personas físicas.