

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TESTAFERRO EN DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE SOCIEDADES MERCANTILES: PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Ramon RAGUÉS I VALLÈS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos objetivos de la contribución al delito del testafarro que figura como socio o administrador mercantil. III. Problemas de imputación subjetiva. IV. ¿La impunidad como respuesta insatisfactoria? V. Posibles soluciones en el Derecho vigente. VI. Creación de un tipo penal específico. VII. Jurisprudencia citada. VIII. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

Un personaje que aparece con cierta frecuencia en los juzgados y tribunales de la jurisdicción penal es el llamado testafarro u hombre de paja, aquel que, según define el Diccionario de la Real Academia, “presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”¹. Entre las actividades en las que esta figura suele verse involucrada a menudo se encuentran la asunción de la titularidad o la administración de sociedades mercantiles, cuando, por razones diversas, quien tiene el dominio real de una compañía no está interesado en aparecer ante terceros como su socio o administrador formal². En algunos casos quien se presta a semejante papel puede ser un familiar o persona próxima al administrador real; en otros, sin embargo, se trata de un servicio retribuido, que para algunos individuos llega a

convertirse en un auténtico *modus vivendi*. Así, no resulta extraño encontrar ejemplos en los que un único sujeto aparece en los registros públicos como socio único y administrador de cientos de sociedades de las que apenas nada sabe.

El recurso al hombre de paja por parte de quien controla efectivamente una sociedad puede deberse a razones y objetivos diversos, entre ellos, la decisión de cometer uno o varios delitos. Cuando esto sucede, con la utilización del testafarro el administrador real no busca otra cosa que disminuir el riesgo de ser descubierto y, por ello, cabe sostener que la razón por la que se retribuye a este sujeto no es tanto el desempeño de un cargo de administrador que en realidad no ejerce, como *su contribución a dificultar el descubrimiento de quienes controlan realmente la empresa* en cuyo seno se realiza la actuación delictiva³. Según se

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), España. La redacción de este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura con el título “Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial” (SEJ2005-03425/JURI).

Abreviaturas empleadas: BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Repertorio oficial de jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán); BOE: Boletín Oficial del Estado; CP: Código Penal; PG: Parte general; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; U.S.: United States Reports (Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, citada por volumen, página y año).

1 Una definición prácticamente idéntica, aunque algo más extensa, utiliza el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de octubre de 2004 (ponente Soriano Soriano). Según la Sala Segunda, el testafarro “es aquella persona que presta su nombre a otra en un contrato, pretensión o negocio, encubriéndola u ocupando el lugar de aquella”.

2 Así como la responsabilidad penal del administrador de hecho ha sido uno de los grandes temas de discusión en la ciencia penal de los últimos años, la atención dispensada a la responsabilidad del testafarro ha sido claramente menor. Sobre la primera figura, sin pretensión de exhaustividad, García Cervera, *La responsabilidad*, p. 109 ss; Id., *InDret*, 3/2006, p. 6 ss; Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 121 ss; Silva Sánchez, en *Comentarios*, pp. 393-399; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, p. 75 ss; Bajo/Bacigalupo, *Derecho penal económico*, pp. 102-104; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, p. 516 ss; Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 63 ss, p. 121 ss; Fernández Bautista, *El administrador*, p. 309 ss. En Alemania, Schünemann, *LK*, § 14, N° marg. 69 ss; Marxen, *NK*, § 14, N° marg. 40 ss; y Groß, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, passim.

3 En tal sentido se afirma en la STS de 1 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) que “la acción del testafarro implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que, en ocasiones, puede

desprende de los repertorios de jurisprudencia, esta actividad suele encuadrarse en la llamada criminalidad económica, aunque no es infrecuente que la figura aparezca en otros sectores de delincuencia, como, por ejemplo, el tráfico de drogas –cuando una sociedad, por ejemplo, es utilizada para canalizar algún tipo de operación relacionada con este tipo de sustancias– o el blanqueo de capitales.

Sin embargo, aun cuando los testaferros prestan una contribución sensible a la actividad criminal, en la práctica no es raro ver cómo auténticos profesionales de la titularidad y administración meramente formales de sociedades consiguen, una vez tras otra, salir indemnes de aquellos procedimientos penales en los que se ven involucrados. A menudo esta impunidad se explica por la decisión más o menos meditada de los propios jueces de instrucción, que optan por dejar al margen de la investigación a los testaferros cuando advierten su condición de tales para concentrar sus esfuerzos en los reales propietarios y gestores de las empresas, a quienes consideran los principales culpables de los delitos cometidos. Una decisión a la que sin duda también contribuye, en el caso de testaferros profesionales, el hecho de que la averiguación de su paradero resulte a menudo difícil tanto para el juzgado como para la propia policía, lo que en ocasiones tiene como consecuencia que se acabe renunciando a su persecución para evitar dilaciones en el procedimiento.

En otros casos, sin embargo, las dificultades para el efectivo castigo de estos sujetos no radica tanto en los problemas para su localización como en el aspecto subjetivo de su contribución al delito, pues, precisamente porque se trata de socios y administradores aparentes, a menudo muy alejados de la actividad social, *no es extraño que puedan desconocer algunos aspectos esenciales del hecho delictivo en el que intervienen*. Llegado el momento de su efectiva imputación en un procedimiento penal, esta ignorancia suele esgrimirse por la defensa del testaferro, en ocasiones con éxito, como argumento para negar su responsabilidad delictiva. Una alegación que, en caso de prosperar, tiene la impunidad como consecuencia más probable, habida cuenta de que aquellos delitos en los que suele aparecer esta figura solo son punibles, por lo general, en su modalidad dolosa, es decir,

cuando se alcanza un cierto grado de conocimiento acerca de las características del hecho delictivo en el que se ha intervenido.

Para reducir las primeras causas de impunidad mencionadas –las dificultades de localización de los testaferros– no cabe sino apelar a un mayor esfuerzo por parte de jueces y policías, acompañado, ciertamente, de la necesaria dotación de más y mejores medios humanos y materiales. En el caso de las dificultades derivadas del aspecto subjetivo del hecho, en cambio, la solución para castigar a ciertos socios o administradores meramente formales radica, básicamente, en la posibilidad de modificar algunos aspectos del Derecho vigente o en revisar, cuando menos, los términos habituales de su interpretación. Las siguientes páginas se dedican a la exposición de estas cuestiones y a analizar las posibles vías para superar los problemas que plantean algunos de estos casos.

II. ASPECTOS OBJETIVOS DE LA CONTRIBUCIÓN AL DELITO DEL TESTAFERRO QUE FIGURA COMO SOCIO O ADMINISTRADOR MERCANTIL

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, la determinación de la relevancia típica de la conducta del socio o administrador mercantil meramente formal depende de las características del delito a cuya perpetración haya contribuido y de las circunstancias de cada caso concreto:

- a) En ocasiones no habrá problema, desde un punto de vista objetivo, para considerar al testaferro como *autor del delito*: así sucede, por ejemplo, en aquellas figuras delictivas que, como el tráfico de drogas (art. 368 ss CP), han sido tipificadas de una manera muy amplia, que castiga a título de autoría todo acto de favorecimiento de la conducta ilícita. En tal sentido, no cabe duda de que quien se presta a aparecer como socio y administrar formalmente una sociedad empleada como receptora de un contenedor que oculta droga en su interior está realizando, en calidad de autor, un acto objetivo de favorecimiento del tráfico de tal sustancia⁴.
- b) En otros casos, la conducta del testaferro será claramente constitutiva de un *acto de participación*: así, por ejemplo, el administrador meramente

4 aumentar el riesgo de comisión de un delito”. Aluden también a este efecto Silva Sánchez, en *Fenómenos*, p. 170 y Ferré Olivé, *RP*, 1 (1998), p. 24.

4 En tal sentido, la STS de 3 de diciembre de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Lúcar).

formal de una empresa carente de cualquier actividad que presta su firma para la emisión de unos pagarés entregados a otro sujeto —que es quien realmente ha constituido la compañía y le ha propuesto ocupar el cargo— con la única finalidad de que este proceda al descuento bancario de tales efectos a sabiendas de que no serán atendidos al llegar su vencimiento merece ser considerado claramente como cooperador en la correspondiente estafa (art. 248 CP) a la entidad bancaria.

- c) Un tercer grupo de supuestos resulta más *dudoso*: se trata de aquellas situaciones en las que las características para ser considerado autor del delito recaen en la persona jurídica administrada, en cuyo caso el art. 31 CP desplaza la responsabilidad a su administrador de hecho o de Derecho. Así sucede, por ejemplo, cuando a petición de quien domina realmente la sociedad un testaferro se presta a firmar las declaraciones mendaces de IVA de la mercantil, propiciando así la comisión de una defraudación fiscal (art. 305 CP). Según el concepto de autor del que se parta, en este caso el hombre de paja podrá ser considerado autor del delito —siendo inductor el administrador real— o bien como un cooperador, atribuyéndose la condición de autor al sujeto que le controla en tanto que administrador de hecho⁵.

En todo caso, el propósito de estas páginas no es proponer criterios para deslindar en qué supuestos el testaferro deberá ser considerado autor y en cuáles simplemente participe, sino solo poner en evidencia cómo, *desde un punto de vista de tipicidad objetiva, no existen especiales problemas para atribuir responsabilidad a estos sujetos* por su intervención en

los delitos cometidos desde la sociedad que solo formalmente administran o cuya titularidad aparentan tener⁶. Más compleja puede ser, en cambio, la cuestión relativa al tipo subjetivo, que será objeto de análisis en las siguientes páginas.

III. PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Como antes se ha expuesto, la mayoría de delitos en los que aparece en la práctica la figura del socio o administrador testaferro solo resultan punibles en su modalidad dolosa⁷. Una exigencia esta última que se mantiene también en aquellos casos en los que tal sujeto únicamente puede ser considerado participe del delito cometido por medio de la sociedad, por cuanto es una opinión ampliamente compartida que la conducta de los partícipes solo es punible si concurre en ella el llamado “doble dolo”, esto es, la representación de los elementos típicos concurrentes en el propio acto y el conocimiento de aquellos elementos esenciales que configuran el hecho principal al que contribuye con su acción u omisión⁸.

Partiendo de estas premisas, y atendiendo al distinto grado de conocimientos que en la práctica pueden concurrir en el hombre de paja, cabe distinguir entre varias situaciones posibles⁹:

- a) En primer lugar, aquellos casos en los que *el testaferro es consciente* —plena o eventualmente— *de que está llevando a cabo* (o colaborando en) *una conducta típica*. Por ejemplo, cuando dicho sujeto firma la declaración de IVA de la sociedad que administra formalmente representándose la posibilidad de estar realizando (o participando en) una defraudación fiscal. En estos supuestos no hay problema para castigar al sujeto como autor

5 Esta última interpretación se defiende en la SAP-Barcelona de 22 de enero de 2008 (ponente Cugat Mauri), en la que se afirma, en referencia a la agravante de uso de persona interpuesta en la comisión del delito fiscal (art. 305.1.a CP): “persona interpuesta que sería quien apareciendo como administrador no lo es pues es otro quien tiene el dominio fáctico de la empresa, y por lo tanto no puede ser considerado autor precisamente porque no es él quien posee el dominio para actuar en nombre de la empresa, sino a lo sumo y si se prueba la concurrencia de todos los requisitos típicos, participe”. En tal sentido también García Cavero, *La responsabilidad*, p. 149. Se decantan, en cambio, por la coautoría de administrador formal y fáctico Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 84 y Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 137. Para la discusión alemana, donde las posiciones también están divididas, cfr. Groß, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 173 ss, con ulteriores referencias.

6 En general, para estas cuestiones, y sin ánimo de exhaustividad, se remite a trabajos como García Cavero, *La responsabilidad*, p. 122 ss; Muñoz Conde, *RP*, 9 (2002), pp. 59-98; Pérez Cepeda, *RP*, 9 (2002), pp. 106-121; y Fernández Bautista, *El administrador*, p. 271 ss, p. 298 ss.

7 En tal sentido afirma García Cavero, *La responsabilidad*, pp. 123-124, que “respecto a la responsabilidad del testaferro la opinión generalizada es que el solo nombramiento y la inscripción en Registros es una apariencia jurídica que no fundamenta la responsabilidad penal”.

8 Sobre la doctrina del doble dolo cfr. *infra* 5.2.

9 Se profundiza en la cuestiones relativas a la responsabilidad objetiva de los administradores meramente formales en García Cavero, *InDret*, 3/2006, pp. 8-10.

o participe (doloso) en el correspondiente delito, máxime teniendo en cuenta el amplio radio de acción de la figura del dolo eventual, que permite castigar como dolosos aquellos casos en los que el sujeto simplemente se representa la posibilidad de estar contribuyendo al hecho delictivo.

- b) La situación opuesta se presenta cuando el socio o administrador meramente formal *en ningún momento se ha representado estar contribuyendo a un hecho ilícito o lesivo de intereses ajenos*. Por ejemplo, en el caso del individuo que con algún tipo de engaño consigue que su padre, de noventa años y analfabeto, figure como socio único y administrador de una compañía y, como tal, firme todos aquellos documentos que le pida. En estos supuestos, si bien objetivamente el anciano administrador ha intervenido en el hecho típico, en modo alguno cabe atribuirle responsabilidad penal, pues carece por completo de aquellos conocimientos exigidos por el dolo. En todo caso, si objetivamente se le considera ejecutor del delito, para evitar la total impunidad del hecho habrá que acudir a la figura de la autoría mediata, que permitirá imputar la infracción al hijo que le ha instrumentalizado¹⁰.
- c) Finalmente, existe una tercera situación imaginable: se trata de aquellos casos en los que, si bien el socio o administrador formal sospecha que está colaborando en un hecho ilícito, o incluso delictivo, *dicha sospecha no llega a concretarse en la representación de ningún tipo delictivo en particular*. Aunque en la práctica es posible que una alegación de esta naturaleza pueda ser descartada por el juez o tribunal al no merecer credibilidad—sobre todo si es notable el grado de implicación del socio o administrador formal en la sociedad—existen situaciones en las que no resulta inverosímil semejante afirmación. Así sucede, por ejemplo, cuando el nivel de desvinculación entre el testaferro y la mercantil es muy importante, cuando el número de sociedades administradas es muy elevado y si, además, el delito efectivamente cometido por quienes realmente controlan la compañía no forma parte del catálogo de ilícitos más habitualmente perpetrados a través de sociedades mercantiles, es decir, de aquellos delitos en los que normalmente alguien pueda imaginarse estar interviniendo cuando accede a figurar como testaferro.

Por citar un ejemplo, no resulta ni mucho menos inverosímil que un individuo que suele colaborar con un gabinete jurídico-empresarial prestándose a adquirir formalmente la condición de socio y a administrar en apariencia decenas de sociedades empleadas en operaciones de dudosa legalidad, que habitualmente guardan relación con defraudaciones fiscales o insolvencias punibles, alegue de forma creíble ante un juez no haberse representado que una compañía, de entre las decenas de sociedades, haya sido empleada por sus administradores de hecho en una operación vinculada con el tráfico de armas. Una alegación que será más creíble aun si queda acreditado que toda la intervención del sujeto se limitó a cumplimentar los trámites necesarios para adquirir las participaciones y aceptar el cargo, sin llegar a conocer siquiera, como a menudo sucede en la práctica, a los gestores reales de la mercantil.

Estos últimos casos, de los que se ocupará básicamente el presente trabajo, son los realmente problemáticos, pues, si bien en ellos el hombre de paja ha actuado con la conciencia de estar colaborando en hechos posiblemente delictivos, *su representación no alcanza el grado de concreción que exigen los conceptos más extendidos de dolo*—y, en particular, el “doble dolo”—en relación con los elementos que configuran el tipo objetivo efectivamente realizado por el autor. En consecuencia, pese a la constancia del sujeto de estar contribuyendo a un hecho típico, si se parte de semejantes conceptos no parece quedar otro remedio que declarar impune su comportamiento.

A continuación se analizará, por este orden, si la impunidad de estos hechos puede considerarse una respuesta satisfactoria en términos político-criminales y dogmáticos (*infra* 4), para valorar más adelante posibles interpretaciones del Derecho vigente, fundamentalmente de las reglas generales de imputación, que permitan evitar tal respuesta (aptdo. 5). Finalmente se analizarán las ventajas de otorgar a estos hechos un tratamiento penal específico y, tras valorar algunas propuestas ya formuladas, se ofrecerá un modelo propio de regulación (aptdo. 6).

IV. ¿LA IMPUNIDAD COMO RESPUESTA INSATISFACTORIA?

Una primera solución, sin duda la más radical, para el dilema que plantean los casos acabados de exponer

¹⁰ En tal sentido, por ejemplo, Gómez Benítez, *Curso*, p. 108; Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 137; y Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 84.

pasa por cuestionar la propia existencia de problema alguno, *negando sencillamente que en tales supuestos la impunidad del testafarro sea en absoluto una respuesta insatisfactoria*. En tal sentido cabe argumentar que el hombre de paja que no llega a tener un conocimiento preciso del hecho delictivo al que está contribuyendo en particular, justamente porque carece de tal conocimiento, no merece ser castigado, una conclusión que, en cierto modo, es la que parece desprenderse de la ley penal vigente interpretada a la luz de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Semejante afirmación plantea, no obstante, algunos problemas tanto de índole político-criminal como dogmática. Desde la primera perspectiva cabe afirmar que *el reconocimiento de la impunidad generalizada de estas actuaciones resulta insatisfactorio*: en la medida en que la conducta del hombre de paja facilita la comisión de hechos delictivos y puede dificultar notablemente su esclarecimiento, parece poco recomendable la ausencia de estímulos legales que disuadan a los eventuales candidatos a la realización de tales conductas. Tal necesidad se presenta de manera acentuada respecto de aquellos sujetos que se dedican profesionalmente a la realización de estas actividades, pues son precisamente estos quienes, por el móvil económico que les impulsa y por su conocimiento de los riesgos asociados en general a su actividad, están en mejores condiciones de ser disuadidos por la amenaza penal que quienes solo ocasionalmente, por razones de parentesco o amistad, se prestan a tales actuaciones. Asimismo resulta obvio que, en términos de prevención del delito, la existencia de sujetos dispuestos a colaborar en cualquier momento con todo aquel que desee utilizar una sociedad mercantil para ocultar la realización de actividades delictivas es un fenómeno lo bastante grave como para justificar la intervención del Derecho penal.

Por otra parte, desde una *perspectiva dogmática* no deja de resultar extraño que se niegue toda responsabilidad a unos sujetos que, en el momento de prestar su contribución al hecho típico, saben positivamente que están contribuyendo a una conducta antijurídica (incluso con consciencia de una antijuricidad *penal*) solo por la circunstancia de que dicho conocimiento no haya llegado a concretarse en la representación de los elementos del particular tipo delictivo

efectivamente realizado. Se trata de un caso ciertamente peculiar en el que parecen concurrir los elementos de la culpabilidad (incluido el conocimiento de la antijuricidad *penal*), además del tipo objetivo, pero el sujeto no puede ser castigado por ausencia de tipicidad subjetiva.

En conclusión: si se parte de que el sistema debe estar al servicio de las necesidades político-criminales, y no a la inversa, merece tacharse de altamente insatisfactoria la impunidad del testafarro que se presta a aparecer como socio o a administrar formalmente una sociedad a sabiendas de que esta será empleada en hechos delictivos que dicho sujeto no alcanza a precisar en su representación, particularmente en aquellos casos en los que tal actividad es realizada de forma (cuasi) profesional. Semejante conclusión obliga a revisar aquellos elementos del sistema que propician un tratamiento tan poco convincente.

V. POSIBLES SOLUCIONES EN EL DERECHO VIGENTE

1. Atribución al administrador formal de todos los conocimientos propios de un administrador mercantil

De lege lata una primera respuesta imaginable para los casos de administración formal pasa por sostener que el testafarro merece en todo caso ser castigado como autor o como partícipe y que los problemas de tipicidad subjetiva deben tratar de superarse no en el ámbito conceptual, sino en el probatorio. De acuerdo con esta premisa, en la medida en que los roles profesionales que objetivamente desempeña cualquier sujeto son un indicio para atribuirle determinados conocimientos a partir de reglas de experiencia, al testafarro, en tanto que administrador de Derecho, *le deberían ser imputados todos aquellos conocimientos con los que, en principio, debe contar quien desempeña semejante cargo*. Un planteamiento este que parte, obviamente, de la idea de que en el ámbito de la llamada “prueba del dolo” no pretende tanto reconstruirse la realidad psíquica del acusado en el momento de los hechos, como imputarle aquellos conocimientos que se entiende que un concreto individuo, dadas determinadas circunstancias objetivas, necesariamente debe tener¹¹.

11 Un planteamiento que parece hallarse implícito en algunos razonamientos de García Cavero, *Derecho Penal Económico*, p. 544, cuando sostiene que “no interesa si el miembro de la cúpula de dirección de una empresa tiene o no los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, sino si en sus concretas circunstancias personales *debe* tenerlos consigo” (cursiva en el original).

Semejante interpretación plantea serios inconvenientes. Así, aunque la “prueba del dolo” se conciba en términos adscriptivos, las reglas de imputación que se aplican en este ámbito no tienen una naturaleza jurídica, sino que están basadas en la experiencia social. Y es esta experiencia la que pone de manifiesto que el mero hecho de ser administrador formal de una sociedad no siempre lleva aparejados aquellos conocimientos que habitualmente tiene un administrador mercantil que efectivamente ejerce su cargo, precisamente porque la *experiencia demuestra que un número no despreciable de administradores formales son, en realidad, meros hombre de paja*. En tal sentido, debe matizarse, si bien la ocupación profesional de un sujeto es un indicio significativo de que cuenta con ciertos conocimientos, para que tal indicio permita sostener, a partir de la experiencia, que dicho sujeto ha conocido determinados hechos, el ejercicio de dicha ocupación debe contextualizarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso. De otro modo se corre el peligro de confundir los deberes de conocimiento jurídicos –que fundamentan el castigo de la imprudencia– con el “deber conocer” propio de la experiencia, desdibujando los límites entre imprudencia y dolo y convirtiendo en dolosos hechos que nadie cuestiona que deben ser tratados como imprudentes.

Por ejemplo, en el caso de un médico que lleva varios años sin actualizar sus conocimientos y que, por ello, yerra en el diagnóstico de una enfermedad mortal, esta perspectiva llevaría a sostener la concurrencia de un homicidio doloso, precisamente porque, dada su condición profesional, el médico “debía conocer” los síntomas que presentaba el paciente. Una conclusión que en modo alguno puede compartirse.

En el concreto caso de los testafellos esta propuesta interpretativa plantea el problema adicional, no menor, de que trata por igual a todos los sujetos que se prestan a desempeñar formalmente el cargo de administrador, tanto al familiar con escasa cultura instrumentalizado en una única ocasión como al auténtico profesional de esta actividad, además de ser una propuesta tal vez aplicable a quienes ejercen

como administradores, pero no a los meros socios. Un inconveniente adicional que obliga a concluir que el problema que plantean estos supuestos no debe resolverse en el ámbito probatorio, sino, en todo caso, en el sustantivo.

2. Modificación de la doctrina del “doble dolo”

Una segunda opción para evitar la impunidad de estos casos podría consistir en modificar la llamada doctrina del “doble dolo” que rige en materia de imputación subjetiva en el ámbito de la participación¹². Según la versión más clásica de esta teoría, para castigar los actos del partícipe es necesario que este *no solo sea consciente de los elementos típicos que configuran su propio comportamiento, sino también de que con su conducta favorece o contribuye a la realización de un determinado hecho objetivamente típico por parte del autor*, esto es, del llamado “hecho principal”. Así, por ejemplo, quien presta a su vecino un cuchillo solo coopera dolosamente en un homicidio si es consciente, por un lado, de que está prestando dicho objeto (no, por ejemplo, si el vecino lo sustrae sin su permiso) y, además, de que este será utilizando para matar a otra persona.

En tal sentido afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de julio de 2007 que “en la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido solo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado ‘doble dolo’, de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, *el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora*. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento

Con todo, en otros pasajes se precisa que la atribución del conocimiento basada en el rol del sujeto no puede llevarse a cabo sin la debida contextualización (cfr. *Ibidem*, pp. 521-522). En general, sobre el rol profesional del sujeto como indicio que permite atribuirle ciertos conocimientos Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 425 ss.

12 Sobre esta doctrina Roxin, *Strafrecht*, p. 223 ss: “el dolo del cooperador, como el del inductor, tiene dos puntos de referencia: debe abarcar la prestación de ayuda en la realización dolosa del autor y la lesión por parte de este del bien jurídico protegido por el tipo” (*Ibidem*, p. 224). En términos similares se pronuncia Schünemann, *LK*, § 27, N° marg. 54-56, quien exige que el partícipe conozca el “tipo a realizar”. En España, cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, pp. 406-407 y 412. Una perspectiva más amplia sobre la cuestión en Theile, *Tatkonkretisierung*, passim.

de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque estas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder¹³. Prosigue más adelante el Tribunal afirmando que, cuando “la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de los elementos de la ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor”, conocimiento que debe referirse –continúa argumentando la Sala– a la existencia de un determinado riesgo concreto para un bien jurídico en particular.

Ciertamente, esta doctrina permite entender que existe imputación dolosa en los casos de *dolo alternativo*, es decir, aquellos en los que un sujeto se representa que puede estar colaborando en más de un delito aunque sin llegar a decantarse en su representación por ninguna infracción en particular. Así, por ejemplo, el individuo que se presta a administrar formalmente una sociedad dudando entre si esta se dedicará al blanqueo de dinero o a la defraudación fiscal actúa dolosamente tanto si la mercantil se dedica a una u otra actividad criminal, pues la mera representación de la posibilidad de estar colaborando en la realización de un tipo delictivo basta para afirmar que concurre el citado “doble dolo” con respecto a él. Ello se explica, sencillamente, porque en estos casos concurre en el partícipe un grado de representación suficiente en relación con el hecho efectivamente perpetrado por el autor que basta para afirmar que aquel ha actuado, cuando menos, con dolo eventual¹⁴.

Sin embargo, esta solución no puede hacerse extensiva a aquellos supuestos, aquí analizados con especial interés, en los que el individuo llega a representarse estar colaborando en actividades delictivas pero sin acabar de precisar en su representación, siquiera

eventualmente, la concreta naturaleza de tales actividades. Si bien en el caso de los delitos más frecuentes la alegación de no haber concretado la representación puede resultar difícilmente creíble para el juez, en aquellos supuestos en los que la actividad realizada por la sociedad que el testafarro administra no forme parte de las conductas delictivas más frecuentes y la desvinculación entre ambos sea notable, la alegación de no haberse representando exactamente la clase de hecho en el que estaba participando puede considerarse perfectamente creíble de acuerdo con las reglas de la experiencia. Basta con pensar en el caso del testafarro profesional, socio y administrador formal de cientos de compañías, que solo oye hablar de una concreta sociedad el día que acude a la notaría para adquirir sus participaciones y formalizar su nombramiento, sin tener el más mínimo interés en saber a qué se dedicará la compañía ni quien la controlará realmente.

Buena parte de estos problemas podrían resolverse si, para sostener la concurrencia de la vertiente del “doble dolo” referida al hecho principal, se entendiera que *basta con el conocimiento de que se está contribuyendo a un hecho penalmente relevante sin necesidad de concretar qué hecho o qué concreto bien jurídico puede verse lesionado*. En otras palabras, considerando que basta con que el sujeto sepa que está colaborando en un hecho delictivo para que ya no pueda hablarse de exceso alguno por parte del autor. Esta interpretación, en principio, no parece incompatible con la literalidad del Código Penal, que no contiene ninguna previsión específica respecto del dolo de los cooperadores o cómplices y que, además, en los casos de auxilio postconsumativo (encubrimiento, receptación, blanqueo de capitales) no exige una precisión absoluta en la representación del encubridor o receptor sobre las características del delito previo para considerar que estos han obrado con dolo¹⁵.

13 Ponente Bacigalupo Zapater (cursiva añadida). En términos similares se pronuncia la jurisprudencia alemana: así, por ejemplo, en la BGHSt, vol. 42, p. 135 (citada por Roxin, *Strafrecht*, p. 229) se afirma que “el dolo del partícipe –sea inductor o cooperador– debe abarcar un hecho concreto, aunque no en todas sus particularidades, sí en sus elementos o rasgos esenciales”.

14 Según se proclama en la STS de 10 de octubre de 2006 (ponente Delgado García) el “doble dolo” del partícipe incluye los supuestos de dolo eventual. Este planteamiento coincide con lo defendido en la doctrina; así, por todos, Roxin, *Strafrecht*, p. 223 ss y Schünemann, *LK*, § 27, N° marg. 55.

15 En el caso de la receptación basta con que el sujeto conozca que los bienes que son objeto del delito provienen “de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico” (art. 298 CP) o una falta (art. 299); en el caso del blanqueo, es suficiente con que se represente que los bienes “tienen su origen en un delito” (art. 301.1 CP) o un delito relacionado con el narcotráfico en el caso del tipo agravado del art. 301.1 *in fine*; y, en el caso del encubrimiento, basta también con el conocimiento de que se está interviniendo en la fase posterior a la consumación “de un delito” (art. 451 CP), que solo se limita a los delitos más graves en el supuesto del encubridor personal (art. 451.3 CP).

Con todo, semejante planteamiento presenta problemas en el caso de comisión de delitos muy graves: de acuerdo con esta concepción, por ejemplo, quien le presta una llave inglesa a su vecino sospechando que pretende utilizarla en alguna actividad delictiva responderá como partícipe doloso en el caso de que semejante objeto sirva para matar a otro individuo golpeándole en la cabeza, en los mismos términos que quien presta un cuchillo a sabiendas de que se empleará en un asesinato, pues, según lo expuesto, el conocimiento de estar colaborando en un hecho penalmente relevante bastará para afirmar que concurre “doble dolo” con respecto a cualquier infracción que pueda acabar cometándose. En consecuencia, esta posible respuesta plantea problemas de proporcionalidad, en la medida en que lleva a tratar igual al que sabe a ciencia cierta que está participando en un delito muy grave que a quien, pensando que interviene en un hecho penalmente relevante no determinado, descubre que finalmente el autor ha aprovechado su aportación para la ejecución de un delito de especial gravedad.

3. Inclusión en el concepto de dolo de los casos de ignorancia deliberada

La doctrina de la ignorancia deliberada proviene del Derecho penal angloamericano, donde se la conoce desde hace más de un siglo como la “teoría de la *willful blindness*” (literalmente, “ceguera intencionada”)¹⁶. En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que

se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia.

En las últimas décadas esta teoría ha desempeñado en los Estados Unidos un importante papel en el castigo de los delitos vinculados con el narcotráfico, donde es frecuente que las figuras delictivas aplicables exijan que el sujeto obre “con conocimiento” de la naturaleza estupefaciente de las sustancias con las que trafica¹⁷. En los sistemas del *common law*, que desconocen la figura del dolo eventual, la doctrina de la ignorancia deliberada permite castigar en aquellos casos en los que, sin tener un conocimiento cierto de la clase de sustancias que está transportando, puede concluirse que el acusado obró en la sospecha más o menos fundada de que podían ser drogas tóxicas, pero prefirió no cerciorarse de ello. Precisamente han sido los delitos contra la salud pública, junto con el blanqueo de capitales, la principal vía de entrada de esta doctrina en Derecho español.

3.1. La doctrina de la ignorancia deliberada en el Tribunal Supremo español y su aplicación al caso del testafarro

En varias decenas de resoluciones dictadas a partir del año 2000, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y diversas audiencias provinciales vienen entendiendo que la doctrina de la *willful blindness* tiene perfecta cabida en el sistema jurídico español y que los casos de desconocimiento provocado son supuestos de auténtico dolo aunque pueda faltar en ellos el grado de conocimiento que esta figura exige¹⁸. Si bien inicialmente la voluntad del sujeto de no conocer más de lo que ya sabía era considerado por el Tribunal como un mero indicio de la concurrencia del elemento de aceptación que, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, exige el dolo eventual, en numerosas

16 Una perspectiva histórica de esta doctrina, surgida en Inglaterra en 1861 y acogida en los Estados Unidos en 1899, en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 63-93, con las oportunas referencias de los precedentes judiciales y la discusión académica. Entre los trabajos más destacados en lengua inglesa cabe citar Robbins, *JCLC*, 81 (1990), pp. 191-234; Charlow, *TLR*, 70 (1992), pp. 1351-1429; Marcus, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2231-2257; Husak/Callender, *WLR*, 29 (1994), pp. 29-69; y Luban, *GLJ*, 87 (1999), pp. 957-980.

17 Ragués i Vallès, *La ignorancia*, p. 74 ss. Entre los precedentes cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativa al caso *Turner v. United States* (396 U.S. 398 [1970], pp. 416-417) y la sentencia del caso *United States v. Jewell*, dictada en 1976 por el Tribunal de Apelaciones del 9 Circuito federal (532 F. 2d 697 [9th Cir. 1976]), que suele considerarse el *leading case* en esta materia.

18 Para una panorámica, con las oportunas referencias acerca de esta jurisprudencia, no exenta de contradicciones y aspectos confusos, cfr. Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 21-61. Existe incluso una sentencia (la STS de 20 de julio de 2006, ponente Baciagalupo Zapater) que, apartándose de varias decenas de precedentes, rechaza por completo esta doctrina.

resoluciones posteriores la “voluntad de no saber” se ha convertido para la Sala Segunda en un auténtico sustitutivo del conocimiento¹⁹.

Por citar un ejemplo, en la *STS de 30 de abril de 2003*²⁰ se desestimó la alegación de un sujeto que fue detenido cuando transportaba droga y que afirmó en su descargo haber creído que el objeto de transporte era dinero en lugar de sustancia estupefaciente. Según la Sala, la situación de ignorancia deliberada que concurre en casos como este –el sujeto pudo y debió saber qué estaba transportando– viene a ser un equivalente del conocimiento efectivo, afirmando en tal sentido: “la explicación de que el objeto del viaje era blanquear unos millones de ptas. en Canarias no se compadece ni con la presencia de una maleta rígida con el sobrepeso de los tres kilos y medio de cocaína que ocultaba, pues el hipotético dinero a transportar no pesaría más de medio kilo, ni tampoco se compadece con el importe que iba a recibir por dicho transporte pues ni era precisa tan rocambolesca operación ni es ilícito llevar tal cantidad de una parte a otra del territorio nacional, ello le llevó a la Sala sentenciadora a estimar acreditado el elemento interno del conocimiento de la realidad de lo transportado. *A la misma conclusión se llegaría por virtud del principio de “Ignorancia Deliberada”* según el cual, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar”²¹.

En algunos supuestos, esta doctrina ha permitido al Tribunal superar los problemas de prueba que le planteaban, precisamente, ciertos casos de testaferreros que habían alegado en su descargo el desconocimiento de determinadas circunstancias objetivas relevantes de hechos típicos en los que habían intervenido como socios o administradores:

a) En su *Sentencia de 16 de octubre de 2000*²² el Tribunal Supremo aplicó la doctrina a un caso en

el que se acusaba de tráfico de drogas a un sujeto que había aceptado el cargo de administrador meramente formal de una sociedad siendo conocedor –como él mismo reconocería en el procedimiento– “de que a través de dicha empresa podría servir en alguna ocasión para la introducción de drogas” [*sic*]. Tras incautarse la policía en el puerto de Santurce de un contenedor dirigido a dicha empresa en cuyo interior se ocultaban más de cuatrocientos kilos de cocaína, el citado sujeto alegó en su descargo que había sido consciente de la existencia de transporte de droga por medio de la sociedad, pero no podía imaginar que se tratara de cocaína. La Audiencia que le condenó en primera instancia consideró creíble esta alegación, castigándole únicamente como responsable de un delito de tráfico de drogas relativo a sustancias que *no* causan grave daño a la salud (art. 368 CP). Este último extremo sería impugnado en su recurso de casación por el Ministerio Fiscal, siendo estimadas sus alegaciones por la Sala Segunda, que sostuvo la existencia de dolo empleando simultáneamente la figura del dolo eventual y la doctrina de la ignorancia deliberada definida en los mismos términos que en el anterior ejemplo.

b) La *STS de 13 de marzo de 2006*²³ se ocupó de un caso de administradoras pretendidamente formales imputadas junto con los administradores reales. En dicha resolución se revisaba la condena de dos matrimonios que descontaron de una póliza de crédito varias letras en las que la firma del aceptante había sido falsificada. Habiendo sido condenados los cuatro cónyuges por un delito de estafa en concurso con una falsedad documental, las dos esposas alegaron en su descargo que, pese a haber firmado como libradoras, lo hicieron siguiendo las instrucciones de sus maridos y sin preguntar ni saber de qué se trataba. A esta alegación responde la Sala en los siguientes términos:

“La comunión de parentesco, convivencia marital y económica de los cuatro condenados constituye

19 Entre las primeras resoluciones –que vinculan la voluntad de no saber con la aceptación– cabe mencionar la *STS de 10 de enero de 2000* (ponente Giménez García), en la que por vez primera se alude a la “ignorancia deliberada”.

20 Ponente Giménez García.

21 Cursiva añadida. En términos similares se pronuncian las *SSTS de 14 de abril de 2005* (ponente Ramos Gancedo), *21 de septiembre de 2005* (ponente Monterde Ferrer) y *25 de abril de 2007* (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), en las que la invocación de la doctrina de la ignorancia deliberada permite a la Sala soslayar la prueba específica de la concurrencia de los elementos del dolo.

22 Ponente Giménez García.

23 Ponente Giménez García.

indicio de singular potencia acreditativa para tener por cierta la connivencia de los cuatro en la operación analizada, y en concreto resulta indiferente que las esposas tuvieran un dolo directo y completo de toda la operación, o que actuaran con dolo eventual, o incluso con la indiferencia de quien pone la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias –principio de indiferencia–, *o no queriendo saber aquello que puede y debe saberse –principio de la ignorancia deliberada–*²⁴.

- c) Finalmente cabe destacar también la *STS de 10 de noviembre de 2006*²⁵, que resolvió el recurso interpuesto por un sujeto condenado como autor de un delito de insolvencia punible que aceptó, a petición de un tercero, figurar como administrador de una sociedad instrumental empleada posteriormente para despatrimonializar a otra mercantil declarada en quiebra, habiendo intervenido a lo largo de este proceso en el acto de venta de una finca. Ante la alegación del sujeto afirmando no haber tenido conocimiento, ni tampoco entendido, el negocio en el que participaba, responde la Sala:

“Este recurrente realiza unas aportaciones necesarias a la realización de los tipos penales, asumiendo una representación legal, realizando una operación de compraventa de un inmueble de la sociedad que representaba que supuso, en definitiva, el alzamiento de bienes y la quiebra fraudulenta de la sociedad. En esa función, sostiene el recurrente que actuó con total desconocimiento, pues carece de estudios y no entendió al Notario, es decir, entiende que obró sin culpabilidad. En reiterados precedentes hemos declarado que *cuando el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad, la persona que no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre los que actúa, equivale a afirmar que conoce ese origen delictivo pues con su acto de cegar las fuentes de conocimiento se está representando la posibilidad de la ilegalidad de su actuación y decide seguir actuando*, máxime en una actuación

tan normativizada como la adquisición y venta de inmuebles”²⁶.

Estos tres ejemplos demuestran cómo la doctrina de la ignorancia deliberada se ha convertido en un cómodo recurso que permite a los tribunales atribuir la condición de intervinientes dolosos a sujetos que han desempeñado el papel de meros administradores formales en la ejecución de una determinada conducta delictiva, eliminando de este modo las lagunas de punibilidad antes aludidas.

3.2. Dudas acerca de la inclusión de la ignorancia deliberada en el dolo

Aunque la anterior doctrina permite evitar la impunidad en algunos casos de socios y administradores formales, su plena asunción por el Derecho penal español suscita algunas dudas. Estas no se deben, en contra de lo que pudiera inicialmente pensarse, a la compatibilidad de esta propuesta con la legalidad vigente, por cuanto el ordenamiento penal español, a diferencia de otros sistemas jurídicos, *no contiene una definición específica de dolo* y, por lo tanto, el margen de la ciencia para precisar los contornos de esta figura es amplio²⁷. En todo caso, lo que sí puede verse amenazado por esta perspectiva es *el concepto doctrinal de dolo*, mayoritariamente definido como conocimiento (y voluntad): en la medida en que se admite que existen casos de dolo sin conocimiento, esta definición pierde su validez y necesita ser reconstruida en unos términos cuya concreción no resulta precisamente sencilla²⁸.

Sin embargo, más allá incluso de esta última cuestión, la equiparación automática a efectos de atribución de responsabilidad entre conocimiento efectivo y desconocimiento buscado plantea también ciertas dudas en relación con sus consecuencias. En tal sentido, no puede dejar de constatarse la existencia de numerosos casos en los que un sujeto ha querido mantenerse en un estado de desconocimiento y que, pese a tal circunstancia, *parecería excesivo que fueran considerados dolosos*. Así sucede en aquellas situaciones en las que un individuo, ante la sospecha de la existencia de un determinado riesgo, prefiere no investigar tanto como podría: por ejemplo, el encargado de seguridad

24 Cursiva añadida.

25 Ponente Martínez Arrieta.

26 Cursiva añadida.

27 Un estudio más detallado de esta cuestión en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 193-199.

28 Cfr. al respecto Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 205-210. La necesidad de desvincular el concepto de dolo del elemento psíquico del conocimiento había sido ya defendida en Alemania por Jakobs, en *Estudios*, p. 138.

de un tren que oye un ruido extraño en la locomotora pero prefiere no indagar en el sistema de frenado para evitarse las molestias que le supondría el tener que interrumpir la circulación de los demás convoyes. Es evidente que en este caso existe por parte del sujeto una renuncia a obtener un conocimiento más preciso sobre la existencia de un determinado riesgo, pero, de producirse un accidente mortal, difícilmente alguien sostendría que se trata de un homicidio doloso.

Así las cosas, cabe afirmar que, si bien ciertos ejemplos de desconocimiento provocado parecen suscitar una necesidad de castigo no inferior a la propia del dolo eventual, existen otros supuestos que, sin embargo, no merecen mayor sanción que la prevista para situaciones de imprudencia, lo que *obliga a efectuar distinciones dentro de los propios supuestos de ignorancia deliberada*, una difícil tarea que va más allá de las posibilidades de este texto²⁹. Con todo, sin necesidad de dar una respuesta general para tan compleja cuestión, sí cabe sostener, de modo particular, que ciertos supuestos de administración formal de sociedades *suscitan una necesidad de pena no inferior a los supuestos de dolo eventual*. Se trata de aquellos casos en los que el testaferro actúa en la sospecha de estar interviniendo en un hecho delictivo –aunque en su representación no llegue a concretar cuál– y prefiere mantenerse en el estado de incertidumbre antes que renunciar a los beneficios que su conducta le reporta. El grado de indiferencia que se muestra en estos casos hacia el bien jurídico que finalmente se contribuye a lesionar no es inferior al que se constata en las situaciones de dolo eventual y, desde una perspectiva de prevención general –tanto positiva como negativa–, la necesidad de sanción que suscitan aquellos no es inferior a la de estos.

Admitiendo, por lo tanto, que ciertas situaciones en las que intervienen testaferros quedan abarcadas por aquellas formas de ignorancia deliberada merecedoras del mismo tratamiento que el dolo eventual parecen resolverse las lagunas de punibilidad aludidas al inicio de estas páginas. Además, *semejante planteamiento tiene la ventaja de que permite discriminar entre diversos perfiles de testaferro*: así, si se exige

una motivación lucrativa –sin duda relevante a la hora de determinar la necesidad de pena– inequívocamente quedan fuera del ámbito de lo punible aquellos casos en los que el sujeto se ha prestado de manera puntual, ya sea por parentesco o amistad, a colaborar desinteresadamente con el administrador real, unas situaciones en las que claramente las necesidades de prevención son inferiores.

Con todo, la equiparación entre ciertos casos de ignorancia deliberada y de dolo sigue suscitando un *problema serio de proporcionalidad*, similar al constatado *supra* en la propuesta de modificación de la doctrina del “doble dolo”. Dicha equiparación lleva, por lo menos en la *lex lata*, a tratar igual al individuo que actúa con pleno conocimiento de la clase de conducta en la que está colaborando y al que solo lo hace ignorando deliberadamente algunos aspectos de tal conducta, ello aun cuando en el caso del segundo la indiferencia mostrada hacia el interés lesionado sea sensiblemente inferior. Por mostrarlo con un ejemplo, esta perspectiva dispensa el mismo tratamiento a quien acepta el cargo de administrador de una sociedad sabiendo a ciencia cierta que será utilizada para el narcotráfico que a quien solo accede a ello en la representación de que la mercantil tal vez será empleada para fines delictivos indeterminados que prefiere no conocer.

En realidad este problema no se plantea exclusivamente a propósito de la ignorancia deliberada, sino que tiene sus causas en los propios pilares del vigente sistema de imputación subjetiva y su interpretación mayoritaria. Sin ir más lejos, *se constata también en la plena equiparación entre dolo directo y dolo eventual*, que lleva a tratar igual los casos de realización intencionada o con pleno conocimiento de una conducta delictiva y los supuestos de comisión de un hecho típico con una mera representación de la posible concurrencia de sus elementos, ello aun cuando las diferencias de necesidad de pena que suscitan uno y otro caso son notables³⁰. Sin embargo, hoy por hoy este dilema solo puede resolverse, parcialmente y no sin cierto esfuerzo, en el ámbito de la determinación de la pena, aunque los tribunales no parezcan

29 Una propuesta al respecto se formula, no obstante, en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 163-192. Sobre esta cuestión cfr. asimismo los razonamientos de Luban, *GLJ*, 87 (1999), pp. 957-980.

30 Recientemente ha expuesto sólidas razones para cuestionar la equiparación entre las consecuencias de todas las formas de dolo Molina Fernández, en *Rodríguez Mourullo-LH*, p. 739, quien propone introducir “un sistema categorial más rico, que pueda dar cuenta de la progresividad”, como se hace en la imprudencia. En términos parecidos se ha pronunciado en Alemania Schünemann, en *Temas actuales*, p. 100.

en la práctica muy dispuestos a ello³¹. La solución definitiva debería pasar por una redefinición general del sistema de imputación, tanto en la ley como en la ciencia penal, que reconozca como generalmente punibles ciertas configuraciones subjetivas (dolo eventual, algunas modalidades de ignorancia deliberada), pero con unas consecuencias punitivas menos severas que otras formas de dolo.

3.3. Conclusiones

Las conclusiones que se extraen de todas estas consideraciones son básicamente las siguientes: 1) A día de hoy la doctrina de la ignorancia deliberada, tal como viene siendo aplicada por el Tribunal Supremo, *puede ser en la práctica una herramienta útil, sobre todo para quienes en un proceso desempeñan el papel de acusación*, para evitar la impunidad de los hombres de paja cuando esta pretenda basarse en déficits de imputación subjetiva. 2) Sin embargo, desde una perspectiva más teórica no debe olvidarse que esta equiparación *plantea problemas de encaje en el sistema vigente de responsabilidad subjetiva* que distingue únicamente entre imprudencia y dolo y suscita también dudas de proporcionalidad. Hasta que tales problemas no se resuelvan por el legislador, lo que a corto plazo no parece probable, no cabe descartar otras hipotéticas vías de solución para los casos que aquí interesan, entre las que cabe destacar la posibilidad de introducir en la legalidad vigente un precepto creado específicamente para evitar la impunidad de estos hechos.

VI. CREACIÓN DE UN TIPO PENAL ESPECÍFICO

La constatación de que todas las soluciones propuestas en el ámbito de la teoría general de la imputación subjetiva resultan difícilmente viables o, cuando menos, plantean dudas sobre su capacidad para resolver de forma totalmente convincente los problemas que plantean ciertos casos de socios o administradores testaferros invita a pensar en una solución *ad hoc* para tales problemas, ciertamente mucho más modesta en términos sistemáticos que un replanteamiento general del sistema de imputación subjetiva o de la

doctrina de la participación, pero no por ello menos eficaz para evitar la impunidad de los hechos que se consideran necesitados de pena.

1. Propuestas contenidas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006

En cierta medida, tal solución parecía alcanzarse con algunos de los nuevos preceptos contenidos en el decaído Proyecto de Modificación Parcial del Código Penal elaborado el año 2006. Esta propuesta de reforma preveía dos figuras concretas que *a priori* mostraban cierta aptitud para abarcar la clase de situaciones referidas en estas páginas.

a) Por un lado, entre los delitos societarios se introducía un nuevo art. 297 *bis* CP que castigaba a “los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, asociación u organización de cualquier clase, *cuya única o principal función sea encubrir actividades económicas ajenas*, que a tal fin actúen y contraten en interés de la persona física o jurídica encubierta o declaren como propio el patrimonio perteneciente a la misma, en perjuicio de los derechos de terceros o para impedir o dificultar el cumplimiento de las obligaciones de la persona encubierta”. Esta conducta se castigaba con una pena de *prisión de uno a cuatro años*, a la que se añadía la sanción consistente en disolver la persona jurídica y clausurar definitivamente sus locales y establecimientos.

Sobre esta novedad se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto: “De singular importancia político-criminal cabe calificar a la incorporación del delito de creación o mantenimiento de sociedades u organizaciones de cualquier clase que no tengan otro fin, o esa sea el prioritario [*sic*], que actuar en el mercado encubriendo o tapando actividades económicas ajenas, o presenten como propio patrimonio el que es de otro. Ciertamente que esa conducta puede ser realizada también por personas físicas, pero la forma societaria o análoga proporciona mayor opacidad. Los riesgos que entraña el uso de esas sociedades falsas, ficticias, instrumentales, interpuestas o tapaderas, que todas esas valoraciones pueden merecer, para contratar o para actuar son múltiples, y van desde la

31 Así, por ejemplo, la STS de 14 de mayo de 1999 (ponente Bacigalupo Zapater): “las formas del dolo contempladas desde la perspectiva de los factores de la individualización de la pena, no son reveladoras de una distinta gravedad de la culpabilidad”. Con todo, en algunas resoluciones el Tribunal Supremo español se ha pronunciado esporádicamente a favor de la conveniencia de crear un título intermedio de imputación subjetiva: cfr. la STS de 24 de octubre de 1989 (ponente García Ancos) y la STS de 25 de octubre de 1991 (ponente Montero Fernández-Cid) en la que se afirma que “sería conveniente que en el futuro la figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente”.

burla de obligaciones y responsabilidades laborales hasta la de las de carácter mercantil o tributario, pasando por las propias que se derivan del posible encubrimiento de delitos o de blanqueo de dinero. Las exigencias de la lucha contra las organizaciones criminales, pero más específicamente, la que afecta a la elusión de obligaciones y al blanqueo de dinero exigía esta nueva tipicidad, con la que se cierra el Capítulo dedicado a los delitos societarios”.

Esta figura delictiva abarcaba las conductas de los testaferros descritas en las páginas anteriores, resolviendo los problemas de impunidad expuestos en la medida en que, para castigar al hombre de paja, consideraba suficiente, desde un punto de vista subjetivo, que el socio o administrador formal *actuara sabiendo que estaba encubriendo “actividades económicas ajenas”* sin necesidad de conocer con detalle qué clase de actividades. El problema que planteaba este precepto, en todo caso, era de excesiva amplitud, en la medida en que con él se castigaban —con penas de prisión, nada menos— actos de ocultación de actividades económicas que no tenían por qué ser delictivas, con el grave contrasentido que supone tanto el castigar penalmente a quien encubre ciertas actividades y no necesariamente a quien las lleva a cabo, como el crear un tipo de peligro abstracto para proteger ciertos intereses cuya efectiva lesión, sin embargo, no tiene por qué estar amparada por el Derecho penal. Principios básicos de política criminal aconsejan reducir el alcance de esta figura a aquellos casos en los que se encubran actividades ajenas —no forzosamente económicas— que sean en sí mismas constitutivas de infracción penal.

Otro aspecto cuestionable de esta propuesta es que en ella solo se castigaba a quien se presta a figurar como administrador de una sociedad, ya fuera de hecho o de Derecho, pasando por alto que la actividad de encubrimiento de actividades económicas ajenas no solo puede facilitarse mediante la asunción de dicho cargo, sino también por la adquisición de la *mera condición de socio*, que no por fuerza tiene que ir unida a la primera. Finalmente, la redacción propuesta suscitaba dudas desde el punto de vista concursal, al no quedar claro en el art. 297 *bis* el tratamiento que merecían aquellos casos en los que el encubrimiento de actividades ajenas cumpliera los requisitos —objetivos y subjetivos— de un acto de participación en

tales actividades y si en tales circunstancias debía dejar de aplicarse o no este precepto en beneficio del régimen general previsto para los actos de participación punible.

b) Asimismo, en el citado Proyecto se incluía un nuevo título dedicado específicamente a “las organizaciones y grupos criminales”, incorporando al Código un nuevo art. 385 *bis*, que castigaba a “los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos” con una (severa) pena de prisión de dos a seis años, añadiendo que se impondría la pena en su mitad superior “si los delitos fueron contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o el patrimonio”.

En relación con este precepto se sostenía en la Exposición de Motivos del Proyecto: “El nuevo Título XVII *bis* anticipa el contenido del proyecto de Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada aprobado en el Consejo JAI de 25 de abril de 2006. Dicha iniciativa, superadora de la Acción Común 98/733/JAI permitirá reforzar la respuesta frente a este tipo de delincuencia mediante la penalización de la pertenencia o colaboración con grupos y asociaciones delictivas. De ese modo, y, en sintonía con la propuesta efectuada por la propia Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2006, se pretende facilitar la respuesta policial y judicial ante un fenómeno que, sin ser hoy atípico, no gozaba muchas veces de otra respuesta que la genéricamente ofrecida en la regulación de la conspiración para delinquir, que no siempre podía ser fácilmente apreciada por acusadores e instructores”.

Los casos de testaferros expuestos a lo largo de estas páginas podrían quedar abarcados por esta figura interpretando que, al aceptar su condición de socio o administrador, tales sujetos se integran en organizaciones o grupos que tienen por objeto la comisión de delitos. Sin embargo, la concreta redacción del tipo parecía dejar fuera de su alcance algunos supuestos que, partiendo de las premisas político-criminales antes expuestas, deberían ser objeto de castigo: así sucede, por ejemplo, cuando el administrador real que quiere utilizar la sociedad con fines delictivos es un único sujeto, un caso que difícilmente queda abarcado por el concepto de organización o grupo, para el que suele exigirse un mínimo de tres personas³². Ni tampoco parecían quedar abarcados aquellos casos

32 El Derecho español no cuenta con una definición de organización criminal, pero sí, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000, ratificada por España en 2003 [BOE de 29 de septiembre]), que exige en su art. 2 la concurrencia de “tres o más personas”.

en los que la aportación del testafarro se refiere al acto puntual de asunción formal de la condición de socio o administrador, pero permaneciendo por completo al margen de las restantes actividades del grupo, unos supuestos en los que resulta muy difícil afirmar que dicho sujeto está “formando parte” del grupo criminal, máxime teniendo en cuenta las graves –por no decir desproporcionadas– consecuencias previstas por el artículo en cuestión³³.

En todo caso, y más allá de que estas propuestas resuelvan o no de manera totalmente adecuada el problema aquí expuesto, parece evidente que tras ellas se vislumbra una incuestionable voluntad por parte del Ejecutivo de que hechos como los analizados en estas páginas, y otros similares, no permanezcan en la impunidad.

2. Una propuesta personal

Para superar los problemas detectados en los anteriores preceptos, seguidamente se propone un artículo específicamente diseñado para abarcar aquellos casos que a lo largo de estas páginas se han considerado como necesitados de respuesta penal y que, sin embargo, no la tienen garantizada. Se trata, conviene recordar, de aquellos supuestos en los que la conducta realizada por el sujeto consiste en acceder a figurar como administrador o socio de una sociedad mercantil con el conocimiento de que esta será empleada en actividades delictivas, aunque sin llegar a concretar en su representación qué actividades en particular. Semejante tipo podría quedar redactado en los siguientes términos:

“El que, mediando retribución económica o de manera habitual, accediere a figurar formalmente como socio o administrador de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de dos meses y un día a diez meses, siempre que tal conducta no sea en sí misma constitutiva de un acto de autoría, cooperación necesaria o complicidad en los delitos efectivamente cometidos, en cuyo caso se le castigará exclusivamente con la pena prevista para tales formas de intervención delictiva”.

La incorporación al Código Penal de este precepto tendría importantes ventajas para evitar la impunidad de los hechos analizados en este trabajo: en primer lugar, llamaría la atención a fiscales y a jueces sobre el carácter penalmente relevante de estos comportamientos, un recordatorio conveniente a la vista de la pasividad que a menudo se advierte cuando se trata de perseguirlos y castigarlos. Asimismo, con la redacción propuesta se solventarían los problemas de prueba del conocimiento del hecho delictivo concreto en el que colabora el testafarro, bastando con acreditar un conocimiento genérico de estar favoreciendo actividades delictivas. La exigencia de que tal favorecimiento se limite a actividades constitutivas de infracción penal parece mucho más conveniente –en términos de *ultima ratio*– que la ampliación del castigo a todos los casos de ocultación de actividades económicas ajenas, como en el art. 297 *bis* del Proyecto de 2006 reproducido *supra*.

Asimismo, la redacción propuesta aclara los problemas concursales antes expuestos, al establecer que, en caso de que pueda llegar a acreditarse el conocimiento del concreto hecho delictivo en el que el testafarro colabora, debe aplicarse preferentemente la pena prevista para el partícipe en las infracciones cometidas, que por regla general será más grave. Por otra parte, la exigencia de que el sujeto acepte formalmente el cargo “mediando retribución económica o de manera habitual” permite circunscribir el radio de acción de esta figura delictiva a los supuestos que, como antes se ha expuesto, suscitan una mayor necesidad de intervención político-criminal, es decir, aquellos en los que el sujeto ejerce de forma (cuasi) profesional o reiterada semejantes actividades, dejando fuera del tipo a quienes solo ocasionalmente se prestan a realizar dicha conducta y/o lo hacen por razones de parentesco o amistad, unas situaciones en que las necesidades preventivas parecen inferiores.

Finalmente, y en cuanto a la pena, las consecuencias previstas se ajustan a los términos que parecen más proporcionados para una infracción que, después de todo, solo comporta una puesta en peligro en abstracto de bienes jurídicos no necesariamente personales. Por ello, a diferencia del Proyecto de Reforma antes expuesto, se propone que el máximo punitivo

33 En tal caso, no obstante, cabría plantearse aplicar la conducta prevista por el Proyecto en el apartado 3 del art. 385 *bis* consistente en “la colaboración en las actividades de dichas organizaciones o grupos”, siempre que pueda afirmarse que quienes actúan como administradores reales están integrados en tal organización.

no supere los dos años de prisión, para impedir que, como regla general, quienes cometen por primera vez este delito deban ingresar efectivamente en prisión, existiendo asimismo la posibilidad de imponer solo una multa como alternativa en casos de menor gravedad.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo (Sala Segunda)

Sentencia de 24 de octubre de 1989 (ponente García Ancos) (RJ 1989/7744).

Sentencia de 25 de octubre de 1991 (ponente Montero Fernández-Cid) (RJ 1991/7375).

Sentencia de 14 de mayo de 1999 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 1999/5392).

Sentencia de 10 de enero de 2000 (ponente Giménez García) (RJ 2000/433).

Sentencia de 16 de octubre de 2000 (ponente Giménez García) (RJ 2000/9534).

Sentencia de 30 de abril de 2003 (ponente Giménez García) (RJ 2003/4698).

Sentencia de 3 de diciembre de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (RJ 2003/9403).

Sentencia de 18 de octubre de 2004 (ponente Soriano Soriano) (RJ 2005/1114).

Sentencia de 14 de abril de 2005 (ponente Ramos Gancedo) (RJ 2005/4357).

Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (ponente Monterde Ferrer) (RJ 2005/7337).

Sentencia de 13 de marzo de 2006 (ponente Giménez García) (RJ 2006/2238).

Sentencia de 20 de julio de 2006 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2006/8412).

Sentencia de 10 de octubre de 2006 (ponente Delgado García) (RJ 2006/8256).

Sentencia de 10 de noviembre de 2006 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2006/9069).

Sentencia de 1 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007/3246).

Sentencia de 25 de abril de 2007 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (RJ 2007/3327).

Sentencia de 19 de julio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007/4869).

Audiencias Provinciales

SAP-Barcelona (Sección Sexta) de 22 de enero de 2008 (ponente Cugat Mauri) (JUR 2008/138802).

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bajo, Miguel / Bacigalupo, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2001.

Charlow, Robin, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, *Texas Law Review*, 70 (1992), pp. 1351-1429.

Faraldo Cabana, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

Fernández Bautista, Silvia, *El administrador de hecho y de Derecho*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

Ferré Olivé, Juan Carlos, “Sujetos responsables en los delitos societarios”, *Revista Penal*, 1 (1998), pp. 21-29.

García Caveró, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

García Caveró, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima (ARA Editores-Universidad de Piura), 2003.

García Caveró, Percy, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, *Indret*, 3/2006 (www.indret.com).

Gómez Benítez, José Manuel, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, Madrid (Colex), 2001.

Groß, Bernd, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften*, Berlín (Duncker & Humblot), 2007.

Husak, Douglas N. / Callender, Craig A., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, *Wisconsin Law Review*, 29 (1994), pp. 29-69.

Jakobs, Günther, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, trad. C.J. Suárez González, en Id., *Estudios de Derecho penal*, Madrid (Civitas), 1997, pp. 128-146.

Luban, David, “Contrived Ignorance”, *The Georgetown Law Journal*, 87 (1999), pp. 957-980.

Marcus, Jonathan L., "Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness", *The Yale Law Journal*, 102 (1993), pp. 2231-2257.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

Marxen, Klaus, comentario al § 14, en Kindhäuser *et al.*, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* [cit. NK], 2.^a ed., Baden-Baden (Nomos), 2005, pp. 451-475.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Barcelona (Reppertor), 2004.

Molina Fernández, Fernando, "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", en VVAA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Civitas), 2005, pp. 691-742.

Muñoz Conde, Francisco, "Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico o ¿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 económica?", *Revista Penal*, 9 (2002), pp. 59-98.

Núñez Castaño, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", *Revista Penal*, 9 (2002), pp. 106-121.

Ragués i Vallès, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (JMBosch), 1999.

Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007.

Ríos Corbacho, José Manuel, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

Robbins, Ira P., "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81 (1990), pp. 191-234.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Múnich (Beck), 2003.

Schünemann, Bernd, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", trad. M. Sacher y C. Suárez González, en Id., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 97-111.

Schünemann, Bernd, comentario a los §§ 14 y 27, en Laufhütte *et al.*, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* [cit. LK], 12.^a ed., vol. 1, Berlín (De Gruyter), 2006, pp. 874-940 y pp. 2027-2063.

Silva Sánchez, Jesús-María, comentario al art. 31 CP en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid (EDERSA), 2000, pp. 369-414.

Silva Sánchez, Jesús-María, "Ingeniería financiera y Derecho penal", en Puerta Luis (dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, Madrid (CGPJ), 1999, pp. 163-193.

Theile, Hans, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Fráncfort d.M. (Peter Lang), 1999.