



UNIVERSIDAD EAFIT

Abierta al mundo

Acreditada Institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional

ISSN 1692-0694

**EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”
EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**
**Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación
y problemas más relevantes de la fórmula
del art. 29 inciso 3**

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ

Grupo de Investigación

GRUPO DE ESTUDIOS PENALES (GEP)

Comentarios: Favor dirigirlos a **sescoba5@eafit.edu.co**

Los contenidos de este documento son responsabilidad de los autores.

Está autorizada la reproducción total o parcial de este material siempre y cuando se cite la fuente.

**A mi familia y a todas las personas
que me han ayudado a ser lo que soy y a
trabajar por lo que quiero ser**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	1
ABSTRACT	1
PALABRAS CLAVE	1
AUTORA	2
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	2
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	2
GRUPO DE INVESTIGACIÓN	2
I. INTRODUCCIÓN	3
II. EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL ORDENAMIENTO PENAL COLOMBIANO	7
A. Antes del código penal de 2000	7
B. La regulación del “actuar en lugar de otro” en el Código Penal de 2000	12
III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”	14
A. El “actuar en lugar de otro” como problema derivado de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas	14
B. El “actuar en lugar de otro” como problema derivado de la inactividad del representado	15
C. El “actuar en lugar de otro” como un problema de responsabilidad por el hecho ajeno	15
D. El “actuar en lugar de otro” como problema de escisión de los elementos del tipo en los delitos especiales propios	15
IV. FUNDAMENTO DE LA EXTENSIÓN DE LA AUTORÍA EN VIRTUD DE UNA CLÁUSULA DE “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”	18
A. Fundamento formal: teoría de la representación o de la disociación	18
B. Fundamento material del “actuar en lugar de otro”	21
B1. La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, de Schönemann	21
B2. La teoría del dominio social, de GRACIA MARTÍN	23
C. Fundamento de la cláusula del “actuar en lugar de otro” en el Código Penal Colombiano	24

V.	LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 29, INCISO 3º DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO	26
A.	¿La cláusula del “actuar en lugar de otro” abarca al representante legal de la persona natural?	26
B.	¿Puede aplicarse la cláusula del “actuar en lugar de otro” en los supuestos de subapoderamiento y de actuaciones en lugar de otro en el seno de grupos empresariales?	27
C.	¿Tiene aplicación la cláusula del “actuar en lugar de otro” en los delitos especiales impropios?	28
D.	¿Es aplicable la fórmula del “actuar en lugar de otro” a los supuestos de delitos con “tendencias subjetivas egoístas”?	30
E.	Utilidad de la fórmula del “actuar en lugar de otro” para solucionar los supuestos denominados de “autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado”	31
F.	El problema de la concurrencia de la cláusula general y la cláusula particular del “actuar en lugar de otro” en la legislación colombiana	33
G.	¿Es aplicable la fórmula del “actuar en lugar de otro” para los supuestos en los cuales el sujeto realiza actos de participación y no de autoría?	35
	COMENTARIO FINAL	37
	BIBLIOGRAFÍA	39

RESUMEN

Este trabajo presenta un panorama general en torno a la figura del “actuar en lugar de otro”, introducida como novedad en el ordenamiento jurídico penal colombiano, a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 2000. Debido a la reciente introducción de esta figura, son escasos los desarrollos doctrinales referidos a la misma; por tal motivo, en las secciones iniciales del trabajo se realiza una aproximación a sus antecedentes, fundamento y ámbito de aplicación, acudiendo en gran medida a la doctrina extranjera pero sin perder de vista las particularidades que presenta la cláusula contenida en el artículo 29, inciso 3º del C.P.; cláusula que parece extender la autoría a aquellos sujetos representantes de una persona natural o jurídica, que realizan el hecho previsto como punible pero no ostentan la calidad exigida por el tipo penal, aunque ésta sí concurre en el representado. La última sección del trabajo se dedica a presentar algunos aspectos problemáticos derivados de la cláusula referida, así como posibles soluciones a los mismos, a través de una interpretación restrictiva de la fórmula legal analizada.

ABSTRACT

This work provides a general view about the concept “acting instead of another person”, which was introduced as a novelty in colombian criminal law after the Criminal Code of 2000 came into effect. The doctrine developments concerning this concept are scant due to its recent introduction; this is why the first sections of this work are intended to approach its history, foundation and scope of application based mainly on the foreign doctrine. However, this approach also takes into account the special features presented by the clause of Article 29-3 of the CC., which seems to extend authoring to those subjects, representing a legal or natural person, who make the fact defined as punishable but do not hold the quality demanded by the criminal type, no matter this quality concurs with the represented person. The last section of this work presents some problematic aspects derived from the mentioned clause, as well as their possible solutions through a restrictive interpretation of the analyzed legal formula.

PALABRAS CLAVES

Derecho penal, Autoría, Actuar en lugar de otro, Delitos especiales, Representación fáctica, Representación legal.

AUTORA

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ

Abogada de la Universidad EAFIT
E-mail: sescoba5@eafit.edu.co

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

CORRUPCIÓN Y DELINCUENCIA ECONÓMICA: PROBLEMAS COMUNES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Investigador principal: Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta

Asistentes de investigación: Susana Escobar Vélez y Maximiliano Aramburo Calle

Auxiliar de investigación: Diana María Restrepo Rodríguez.

Colaboradoras: Diana Patricia Arias Holguín y Rolly Andrea García Téllez

Financiación: Universidad EAFIT.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO PENAL ECONÓMICO

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

GRUPO DE ESTUDIOS PENALES [GEP] - UNIVERSIDAD EAFIT

Grupo reconocido por Colciencias – Categoría C

Director: Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta [jsotoma@eafit.edu.co]



I INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se inscribe dentro de un proyecto de investigación más amplio, cuyo eje central viene constituido por los problemas de autoría y participación en el ámbito de la criminalidad económica. Dicho ámbito concentra en la actualidad gran parte de la atención doctrinal, debido a las dificultades que genera la imputación de responsabilidad penal en presencia de estructuras jerarquizadas y de división funcional del trabajo dentro de las organizaciones empresariales¹.

Estas dificultades han generado, incluso, el cuestionamiento de la eficacia de las categorías dogmáticas tradicionales. En este sentido, resulta ilustrativa la opinión

¹ En este sentido, cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general*, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985, pp.59-60. El autor afirma que en la actualidad, y debido a la descentralización y división de funciones y la organización jerárquica de su ejercicio en el campo económico y financiero, el ámbito de protección de la norma pasa a ser controlado por varios sujetos y, por consiguiente, se dificulta la identificación del sujeto de la imputación jurídico-penal. Así mismo, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro' en el derecho penal peruano", en: *Nuevo Foro Penal*, N° 62, Bogotá, Temis, 1999, pp.127-128; del mismo autor, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp.36-37; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pp.38-42.

de GRACIA MARTÍN, quien sostiene que en la criminalidad económica, "...la aplicación de los instrumentos dogmáticos de imputación tradicionales tropieza con dificultades adicionales y superpuestas a las generales de todo instrumento jurídico"².

² GRACIA MARTÍN, LUIS, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español", en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín oficial del Estado, 1995, p.83. En este mismo sentido, MAZUELOS COELLO, JULIO F., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'", en GARCÍA CAVERO, PERCY (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Perú, Ara Editores, 2002, p.456. El autor advierte que "...las construcciones doctrinales creadas para explicar los clásicos delitos contra la vida o el patrimonio no son igualmente útiles en el estudio de conductas delictivas propias de la criminalidad de empresa, cuyas peculiaridades morfológicas no fueron tomadas en consideración en aquella elaboración científica". Véase también, SCHÜNEMANN, BERND, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal de la empresa", en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLI, fascículo 2, 1988, p.545; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "¿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 organizada y empresarial?", en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp.501-531; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Ahora bien, uno de los principales problemas de imputación de responsabilidad penal en el ámbito de la criminalidad económica, se deriva de las actuaciones de los órganos de representación empresariales, encaminadas a la comisión de conductas punibles y, particularmente, de *delitos especiales*³. Esto último nos introduce en lo que la doctrina ha denominado como "actuar en lugar de otro"⁴, y que puede ilustrarse con un ejemplo: El gerente (G) de la empresa (E) ocultó los bienes pertenecientes a dicha empresa, con el fin de perjudicar al acreedor (A) de la misma. El artículo 253 del C.P. colombiano consagra el tipo penal de alzamiento de bienes, en los siguientes términos: "El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión..." (Cursivas nuestras). De la redacción del artículo se desprende que la conducta típica sólo puede ser realizada por el deudor y propietario de los bienes (E), contra los intereses de su acreedor (A); por lo tanto, estamos en presencia de un *delito especial propio*⁵.

En el ejemplo propuesto, es claro que la deudora y propietaria de los bienes es la empresa y que éstos se ocultaron para perjudicar a los acreedores de la misma. Así, la empresa (E) ostenta la calidad exigida por el tipo penal, pero es el gerente (G) –*extraneus*– quien realiza

la conducta prevista como punible. En consecuencia, y de no existir una cláusula que consagre la fórmula del "actuar en lugar de otro", la conducta realizada no generaría responsabilidad penal: la empresa, como persona jurídica, no actuó ni responde penalmente⁶, y el gerente no ostenta la calidad exigida por el tipo especial propio, razón por la cual su conducta es atípica. La situación descrita evidenciaría, por lo tanto, lo que un sector de la doctrina ha optado por denominar como "laguna de punibilidad"⁷ provocada por la escisión de los

³ Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, pp.285-286.

⁴ O "actuar en nombre de otro", "actuar por otro", "actuar para otro", "actuar en representación de otro", "actuar en interés de otro"; sin embargo GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., p.194, defiende la denominación de "actuar en lugar de otro", pues considera que es la que mejor idea da de "...una sustitución o reemplazamiento" desde un punto de vista material, mientras que las demás denominaciones abonan las tesis de una teoría de la representación formal que, como se verá luego, el autor rechaza. En este trabajo también optamos por la expresión "actuar en lugar de otro", acogiendo los planteamientos de este autor.

⁵ Propio, en tanto la calidad exigida para el sujeto activo (deudor, propietario) fundamenta la tipicidad de la conducta. Si el sujeto activo no ostenta dicha calidad, la conducta es atípica y por ende, el sujeto no responde penalmente. Por el contrario, en los delitos especiales impropios, la inexistencia de la calidad en el sujeto activo conlleva a que éste responda por el delito común. Más adelante se profundizará en esta clasificación y en las diversas interpretaciones doctrinales alrededor de la misma.

⁶ El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es otro de los que actualmente ocupan la atención de la doctrina. Algunos autores consideran que las personas jurídicas sí deben responder penalmente, mientras que otros rechazan esta posibilidad. Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., pp.9-11; este autor sostiene que "(l)a acción es 'ejercicio de una actividad finalista', esto es, ejercicio de una actividad dominada por la voluntad con dirección a un resultado determinado, y la omisión es la no realización de una acción cuando se tiene posibilidad concreta de realizarla. Al carecer la persona jurídica de una voluntad en el sentido del Derecho penal, debe negarse a aquélla la capacidad para ser sujeto activo del delito por incapacidad de acción" (p.9). Al proseguir con el análisis en torno a la capacidad o no para delinquir de las personas jurídicas, afirma que "[l]a acción fáctica, natural, dominada por la voluntad, única que interesa al Derecho penal para la constatación de la realización del tipo, no ha podido ejecutarla la persona jurídica, sino sólo la persona física que ha obrado y contratado en su nombre (órgano o representante de la persona jurídica). Esta acción, sin embargo, no puede valer como si fuera la de la persona jurídica" (p.11). Nosotros adherimos a la posición de este autor y consideramos como insostenible la responsabilidad penal de las personas jurídicas; sin embargo, esta discusión excede los propósitos del presente trabajo. Sobre el debate actual en torno a este problema, y defendiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.

⁷ Parece existir unanimidad en la doctrina al aceptar que la cláusula del "actuar en lugar de otro" tiene como fin primordial el cubrimiento de una laguna de punibilidad. En este sentido, LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Granada, Editorial Comares, 2002, p.173; MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'..." Op.cit., p.129; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p.60; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "El actuar en lugar de otro en el Código penal español", en GARCÍA CAVERO, PERCY (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Perú, Ara Editores, 2002, p.398; SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, "La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano", en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

elementos del tipo, pues éstos “...aparecen repartidos entre diversos sujetos”⁸; en el ejemplo que nos ocupa, se reparten entre (E) y (G).

En este punto se hace necesaria una advertencia: las actuaciones en lugar de otro no se presentan exclusivamente en los supuestos de representación de personas jurídicas, pues también pueden existir actuaciones en lugar de una persona natural⁹. De esta manera, el ejemplo precedente podría adaptarse sin dificultades al supuesto en el cual un sujeto actúa en lugar de una persona natural -bien sea ésta responsable o no penalmente- y oculta los bienes que le pertenecen a dicha persona, para defraudar a los acreedores de la misma. Como puede observarse, en este supuesto se presenta también una escisión de los elementos del tipo entre la persona natural y quien actúa en lugar de ella; en consecuencia, de no existir una cláusula de “actuar en lugar de otro” o de no prever ésta las actuaciones en lugar de una persona natural¹⁰, se presentaría también la llamada *laguna de punibilidad*¹¹.

enero-junio de 2004, pp.172, 174 y 176; SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, Burgos, Universidad de Burgos, 2002, p.26; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...* Op.cit., p.216; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal de la empresa...*, Op.cit., pp.42-43; GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., pp.15 y 85. Este autor, además de la función de colmar lagunas de punibilidad, le atribuye a la figura del “actuar en lugar de otro” la función de “*reajuste o corrección de la calificación del hecho*” (p.85).

⁸ GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...” Op.cit., p. 84.

⁹ Cfr., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*Op.cit., p.215.

¹⁰ Como sucede, por ejemplo, con la cláusula del “actuar en lugar de otro” en el Código Penal peruano. Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Perú, Ara Editores, 2003, pp.92 y 117. Este autor cuestiona el hecho de que en la regulación peruana del “actuar en lugar de otro” no se tuvieran en cuenta las actuaciones en lugar de una persona natural (p.117).

¹¹ Más que una laguna de punibilidad, lo que se presenta en los casos de actuación en lugar de otro es una desigualdad valorativa, toda vez que conductas de *intraneus* que el legislador ha optado por sancionar penalmente, representan igual desvalor de acción y de resultado que las mismas conductas realizadas por los representantes *extraneus* y que, de no existir la cláusula del “actuar en lugar de otro”, no serían

El comentario que antecede, además de ilustrar sobre el ámbito de aplicación de la figura del “actuar en lugar de otro”, sirve para demostrar que la misma no es consecuencia de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión que se abordará en la siguiente sección pero que desde ya se adelanta, con el fin de ir delimitando los contornos de la figura que nos ocupa.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto –como ya se ha advertido– que las actuaciones en lugar de otro no son exclusivas del ámbito de representación de las personas jurídicas, también lo es que en dicho ámbito encuentran su grado de manifestación más evidente¹², en especial dentro de aquellas organizaciones dedicadas a la actividad económica. En este sentido GRACIA MARTÍN indica que “[e]n el Derecho Penal económico la gran mayoría de los delitos se configuran como especiales, al tipificar comportamientos de sujetos que participan en el tráfico económico desde determinadas posiciones formalizadas y, a veces, cuasiinstitucionalizadas”¹³, lo que genera, en consecuencia, un mayor número de actuaciones en lugar de otro.

Esta realidad ha motivado a que en el desarrollo de una investigación sobre los problemas de autoría y participación en la criminalidad económica, se incluya el estudio de la figura del “actuar en lugar de otro”. Aunado

sancionadas. Sin embargo, la desigualdad valorativa también podría resolverse despenalizando las conductas de los *intraneus* (por eso no se trata siempre de una “laguna de punibilidad”, pues la misma situación podría ser vista como un “exceso de punición”), aunque no desconocemos que esta opción parece menos probable desde la actual dirección político-criminal del legislador.

¹² Así lo pone de presente SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...” Op.cit., p.393. Además, como advierte GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., p.26, la figura del “actuar en lugar de otro” tuvo su razón primigenia en la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. En este sentido afirma que “...la razón del desarrollo de esta figura es más limitada, y se reduce a los vacíos de punibilidad generados por la irresponsabilidad de las personas jurídicas y la comisión de delitos especiales por parte de sus órganos y representantes”.

¹³ GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...” Op.cit., p.91

a lo anterior, el análisis de la figura aludida cobra especial relevancia en el contexto colombiano, donde la cláusula que la consagra constituye una novedad introducida por el actual Código Penal, ley 599 de 2000.

En esta medida, el desarrollo del “actuar en lugar de otro” en la doctrina nacional es todavía escaso¹⁴, y la doctrina extranjera no abarca en toda su dimensión las particularidades de interpretación y aplicación que surgen en el contexto jurídico-penal colombiano. Atendiendo a lo anterior, este trabajo se propone realizar una aproximación inicial al fundamento y ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro”, tomando como referente los desarrollos doctrinales -en su mayoría foráneos- alrededor de esta figura, pero sin desconocer las singularidades que la misma presenta en el Código Penal colombiano.

¹⁴ Son representativos los siguientes trabajos, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...” Op.cit; del mismo autor, “El fundamento de la pena en el actuar por otro”, en: CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ (Comp.), *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 385-400. También, VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Bogotá, Temis, 2002, pp.451-452.



II

EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL ORDENAMIENTO PENAL COLOMBIANO

A. ANTES DEL CÓDIGO PENAL DE 2000

Antes de la entrada en vigencia del C.P. de 2000, no existía en el ordenamiento penal colombiano una cláusula general que regulara los supuestos de actuaciones en lugar de otro. Sin embargo -y así lo pone de presente SUÁREZ SÁNCHEZ¹⁵, sí existían cláusulas particulares, que se aplicaban exclusivamente a determinados delitos. Dentro de estas cláusulas, el autor alude a la establecida en el art. 422 del C.P. de 1936, aplicable a los delitos relativos a la quiebra y cuyo tenor literal establecía: *“Los gerentes o directores de una sociedad anónima, que cometan algunos de los hechos de que tratan los artículos anteriores, incurrirán en las sanciones allí establecidas y en multa de cincuenta a dos mil pesos”*¹⁶. Dichos artículos se referían a conductas realizadas por “el comerciante declarado en quiebra”¹⁷, ésto es, consagraban delitos especiales propios; la cláusula del art. 422 extendía la autoría, para estos delitos, a sujetos que no ostentaban la calidad especial exigida por los respectivos tipos penales.

¹⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...”, Op.cit, p.181.

¹⁶ *Ibid.*, p.181.

¹⁷ *Ibid.*, pp.181-182, nota al pie N° 13.

Por otra parte, en vigencia del C.P. de 1980, “...los artículos 22 de la Ley 383 de 1997 y 125 de la ley 488 de 1998 (...) crearon cláusulas particulares de actuación en lugar de otro para delitos cometidos por agentes retenedores y autorretenedores de impuestos, tasas y contribuciones”¹⁸. Nótese, sin embargo, que esta regulación se introdujo sólo de manera muy reciente, pocos años antes de la entrada en vigencia del C.P. de 2000.

Esta escasa y tardía regulación de actuaciones en lugar de otro en vigencia del C.P. de 1980, explica que la doctrina de ese momento prácticamente no se ocupara de los supuestos en los cuales, quien actuaba en lugar de una persona jurídica o natural, realizaba la conducta prevista como punible sin que concurriera en él, pero sí en su representado, la cualidad especial exigida por el tipo penal.

Al parecer, sólo SUÁREZ SÁNCHEZ se ocupaba expresamente de dichos supuestos para destacar que en éstos la única alternativa era la atipicidad de la conducta del actuante por otro. Así, afirmaba que “...frente a nuestro ordenamiento no es posible considerar como autor a quien careciendo de la calificación específica que fundamenta la punibilidad,

¹⁸ *Ibid.*, pp.181-182.

obre en nombre o representación de otro en quien sí concurre tal especificación o cualificación personal. Si el representante de una sociedad, verbigracia, en perjuicio del acreedor prendario abandona, oculta, transforma, enajena o por cualquier otro medio dispone de la prenda, no realiza acción típica de disposición de bien propio gravado con prenda (art. 364 C.P.), porque no fue él quien constituyó el gravamen, ni quien dispuso de ella. Ello conduce a la conclusión de que tal representante no puede ser considerado como partícipe, porque la sociedad no es autora, dado que entre nosotros las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de hechos punibles. Por tanto, *dicho comportamiento, se mire por donde se mire, resulta impune con relación a tal delito, (...)*. Este vacío sólo se puede llenar legalmente con una norma similar a la del artículo 31 del Código Penal Español (...)¹⁹ (cursivas nuestras).

En igual sentido VELÁSQUEZ, aunque sin hacer explícita referencia a la relación de representación o de actuación en lugar de otro²⁰, partía del siguiente cuestionamiento, de cuya respuesta se deduce su posición frente al problema planteado: "¿qué sucede si un empleado oficial se vale de un particular para apoderarse de una elevada suma de dinero perteneciente a las arcas del Estado? Por supuesto, el *extraneus* no puede ser autor por no tener la calidad exigida en la ley, así tenga el dominio del hecho; y el *intraneus* no es autor directo por no haber realizado por sí mismo el hecho, ni tampoco puede ser considerado instigador, dado que para ello se requiere la existencia de un autor. Para evitar tal situación, la doctrina afirma la existencia de un 'supuesto especial' de autoría mediata, tesis insostenible de *lege lata* por ser contraria al principio de legalidad, pues tal hipótesis no ha sido prevista por la ley; por ello parece más coherente afirmar que en estos supuestos ambos intervinientes son impunes, a no ser que se trate de una hipótesis de peculado por extensión (...). Desde

¹⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría y Participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, 1998, pp.225-226.

²⁰ Aunque en otro capítulo de su obra alude brevemente y de *lege ferenda* a la figura del "actuar en lugar de otro". Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte general*, Bogotá, Temis, 1994. p.303.

luego, para evitar absoluciones politicocriminalmente inconvenientes, lo más indicado sería prever en la ley dicha situación de manera expresa; lo mismo en relación con eventos originados en los delitos de intención y de propia mano"²¹.

Como se deduce del fragmento transcrito, este autor tampoco encontraba una solución diferente a la no responsabilidad penal del *extraneus* en los supuestos aquí analizados; solución que, en nuestro sentir, se compadecía con el principio de legalidad y mostraba como evidentes los problemas de imputación de responsabilidad penal que surgían en estos casos. De ahí que SUÁREZ SÁNCHEZ y VELÁSQUEZ considerasen como necesaria la introducción de una regulación expresa que abarcara los supuestos planteados; los mismos que dejaba por fuera la legislación vigente para esa época.

En igual dirección parecía transitar FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien sin hacer mención expresa del problema que nos ocupa, señalaba –refiriéndose a los eventos de coautoría- que "[e]l coautor es un autor y por tanto para ser tal se precisan las calidades típicas de éste. En los delitos especiales o propios, y en los de comisión por omisión, sólo el *intraneus* (sujeto calificado) puede ser autor o coautor, en tanto que el *extraneus* o no calificado sólo puede ser partícipe (instigador o cómplice)"²².

Así, de sus planteamientos se concluye que no aceptaba la posibilidad de atribuir responsabilidad penal como autor del delito especial a quien, careciendo de la calidad exigida, realizaba la conducta prevista como punible, actuando en lugar del sujeto calificado o *intraneus*.

Por su parte, REYES ECHANDÍA, al referirse a los supuestos de complicidad en los tipos de sujeto activo calificado afirmaba que "...si bien el *extraneus* no puede ser autor de un delito cuyo tipo legal cualifica el agente –*intraneus*– porque carece de dicha cualificación, en cambio, puede

²¹ *Ibid.*, pp.543-544.

²² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*. Bogotá, Temis, 1982, p.536.

ser cómplice, dado que la punibilidad de este (sic) no depende directamente del tipo de la parte especial que describe la conducta y la incrimina...”²³.

Dentro de esta misma línea parecía inscribirse SALAZAR MARÍN²⁴, quien al abordar el tema de los elementos personales que fundamentan el injusto, se indagaba acerca de cómo debía responder el *extraneus* que cooperaba con el sujeto calificado. Así, señalaba que no podía tratarse como coautor, aunque su contribución material fuera de mucha importancia, pues carecía de la calidad especial exigida por el tipo penal²⁵. Lo anterior lo llevaba a sostener que “[s]i por la especialidad del delito la ley restringe el círculo de autores, lo único que parece posible para el extraño es el tratamiento de partícipe, por haber contribuido en la comisión de un delito especial”²⁶, y añadía: “Obviamente es una contribución eficaz, consciente y voluntaria, que a pesar de no lograr ubicación en el modelo legal con todos sus pormenores por defección de algunos de sus elementos (falta la calidad en el sujeto), ha de situarse ahí sin violentar el principio de legalidad, pues allí está la norma ‘amplificadora’ de la conducta propia de la participación”²⁷.

Los últimos dos autores parecían encontrar solución a los supuestos planteados, a través de la atribución de responsabilidad penal al *extraneus* a título de partícipe en el delito especial. PEÑA OSSA²⁸ rechazaba esta solución por considerarla contraria al principio de legalidad “...pues si el catálogo punitivo reclama para algunas de sus descripciones que sean realizadas por sujetos activos cualificados, la ampliación de su

radio de acción a través del dispositivo amplificador de la participación, sólo puede legalmente afectar las actividades de determinación o de coadyuvancia de quienes tengan esa misma exigencia típica, pues igual función de garantía cumple el tipo penal con relación a su autor, que su mecanismo extensivo respecto de los partícipes”²⁹. En consonancia con este planteamiento, el autor sostenía que en los delitos especiales propios “... siendo la categoría especial del agente elemento *sine qua non* para la existencia del delito, la intervención del *extraneus* sería atípica”³⁰.

Vistas así las cosas, del análisis precedente se deduce que antes de la entrada en vigencia del C.P de 2000, -y no obstante la casi nula referencia expresa al tema del “actuar en lugar de otro” por parte de los tratadistas colombianos- las opiniones doctrinales conducían a la no atribución de responsabilidad penal para el *extraneus* actuante en lugar de otro en los delitos especiales propios, aunque algunos autores optaran por imputarle responsabilidad penal a través del dispositivo amplificador de la participación. Cabe señalar además, que el problema aquí planteado sólo se presentaba en estos delitos, toda vez que en los supuestos de delitos especiales impropios, el agente podía ser declarado responsable penalmente por el delito común subyacente al especial, y en los delitos comunes³¹, al no exigirse una calidad especial en el sujeto activo, el agente respondía por el respectivo delito común.

²⁹ *Ibid.*, p.31.

³⁰ *Ibid.*, p.33.

³¹ Frente al tema de los delitos comunes, véase, entre otros, GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo...”, *Op.cit.*, p.91. Este autor sostiene que “[s]egún la opinión dominante, en tanto el delito cometido en el curso de una actuación para una empresa pertenezca al grupo de los denominados delitos comunes no se plantearán especiales problemas de imputación jurídico penal. Se aplicarán las reglas generales de autoría y participación. En estos delitos los problemas que se plantearán serán los que se deriven a partir de la escisión entre acción y responsabilidad que tiene lugar en toda actividad que, como la de la empresa, se desarrolla conforme al principio de la división del trabajo y con arreglo a una forma de organización jerárquica. Es decir, problemas de identificación del o los autores responsables y problemas de prueba” (p.91). En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro en el Código penal español”, *Op.cit.*, pp.398-400.

²³ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal*, Parte general. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 10ª edición, 1986, pp.190-191.

²⁴ Cfr. MARÍN SALAZAR, MARIO, *Autor y partícipe en el injusto penal*, Bogotá, Temis, 1992, pp.169 y ss.

²⁵ *Ibid.*, pp.169-170.

²⁶ *Ibid.*, p.174.

²⁷ *Ibid.*, p.177.

²⁸ Cfr. PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, “La participación en los delitos especiales”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 55, Bogotá, Temis, 1992, pp.17-34.

Ahora bien, si eran escasos los planteamientos doctrinales alrededor de las actuaciones en lugar de otro, al parecer la situación no variaba mucho en cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales. No obstante, se tiene conocimiento de un fallo de la Corte Suprema de Justicia referenciado por SUÁREZ SÁNCHEZ, y en el cual no se casó una sentencia condenatoria "...proferida contra los representantes legales de una sociedad por haber dispuesto, en nombre de la misma, de unos bienes que ésta había gravado con prenda sin tenencia del acreedor, con el argumento de que los representantes legales habían sido autores del delito patrimonial, a pesar de que *la calidad de deudor la tenía sólo la persona jurídica y carecían de la misma sus representantes*"³² (cursivas nuestras).

Así, en contravía con las soluciones doctrinales arriba mencionadas, la Corte Suprema consideró *autores* de un delito especial (disposición de bien propio gravado con prenda) a quienes no ostentaban la calidad requerida por el tipo, y por lo tanto no podían ser autores del mismo; decisión que desconoció el principio de legalidad, al no existir una cláusula ni general ni particular que permitiera extender la autoría al *extraneus* que actuaba en lugar del *intraneus*.

Esta práctica jurisprudencial no fue exclusiva de nuestro ordenamiento. En países como España³³, Alemania³⁴ y Perú³⁵, antes de la introducción de la cláusula del "actuar en lugar de otro" se produjeron decisiones similares,

³² SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, "El fundamento de la pena en el actuar por otro", Op.cit., pp.391-392 La sentencia comentada proviene de la Sala de Casación penal de la C.S.J, con fecha del 31 de mayo de 1987, magistrado ponente Jorge Carreño Luengas.

³³ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal...*, Op.cit., p.57; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "El actuar en lugar de otro en el Código penal español", Op.cit., pp.395-397; GRACIA MARTÍN, LUIS, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa...", Op.cit., pp.93-95; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Administración desleal e insolvencia punible, problemas de imputación personal", en: NIETO MARTÍN, ADÁN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p.355.

³⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., p.207.

fundamentadas, entre otros, por los siguientes criterios de *lege lata* que ha expuesto con claridad GRACIA MARTÍN³⁶:

a. *La interpretación fáctica de los conceptos extrapenales del tipo*³⁷: según los defensores de este método, los elementos normativos del tipo, problemáticos para el actuar en lugar de otro, se debían interpretar de conformidad con un punto de vista fáctico-naturalístico en sentido penal. Así por ejemplo, un representante de un empresario aparecía como un empresario *fáctico*. Por esta vía, a la persona que actuaba se le podía hacer directamente responsable como autor, debido a la posibilidad de afirmar la tipicidad total frente a ella³⁸.

Un sector doctrinal rechaza este criterio, niega la viabilidad de interpretar fácticamente los elementos típicos de la autoría, descriptivos de un *status* personal, y añade que mientras no exista una definición expresa en la ley, que delimite un sentido específicamente penal de un término jurídico, habrá que acudir al sentido originario de estos términos, pues una interpretación fáctica de los mismos constituiría una analogía *in malam partem*, proscrita en el Derecho penal³⁹.

Cabe destacar, sin embargo, que algunos autores –entre ellos GRACIA MARTÍN⁴⁰– rescatan como aspecto positivo de la perspectiva fáctica, el haber identificado el fenómeno del "actuar en lugar de otro" como un problema de asunción fáctica del ejercicio de funciones

³⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.78.

³⁶ En este punto, tomamos como referente los desarrollos de GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., pp.207-249, quien realiza una exposición detallada de los mecanismos utilizados por la jurisprudencia y doctrina alemanas para resolver los problemas de actuación en lugar de otro, cuando no existía una cláusula general al respecto.

³⁷ Cfr. también, GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.39 y ss.

³⁸ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., pp.211-212.

³⁹ *Ibid.*, pp.221-223.

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, pp.224-227. El autor rescata el valor "de *lege ferenda* e institucional" del método de interpretación fáctica para la

propias de un *status* determinado. En esta medida, la perspectiva fáctica trazó los lineamientos para un posterior fundamento material de la fórmula del “actuar en lugar de otro”.

b. *Apelación a la teoría del destinatario de la norma*⁴¹: a través de esta teoría se señalaba que los representantes legales eran destinatarios de la norma, en sustitución de sus representados incapaces de acción⁴². Esta solución también es rechazada por quienes sostienen que todos los sujetos son destinatarios de todas las normas, pero lo realmente decisivo es en quiénes se concreta la norma especial como un deber de acción. En este sentido se afirma que “[d]e la redacción legal de los tipos resulta inequívoco, sin embargo, que las acciones de quienes actúan en lugar de las personas idóneas quedan excluidas de la amenaza penal”⁴³.

c. *Apelación a un principio general de Derecho*⁴⁴: para los defensores de este planteamiento, en las cláusulas particulares de actuación en lugar de otro se reflejaba un principio general de Derecho, según el cual, eran penalmente responsables los órganos o representantes legales cuando actuaban en lugar del sujeto idóneo⁴⁵.

interpretación de la cláusula del actuar en lugar de otro (p.224). En este sentido advierte que “...en la *asunción fáctica* del ejercicio de facultades inherentes a una titularidad o *status* radica (...) la problemática de las actuaciones en lugar de otro” (p.225). Con ésto, el autor quiere resaltar que los razonamientos de la interpretación fáctica son correctos, y que sólo critica de ésta la pretensión de ampliar de *lege lata* la autoría cuando no se ha previsto una cláusula de actuación en lugar de otro, pues esto contraría el principio de legalidad (pp.225-227). En la misma dirección, GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.42; para este autor, la propuesta de la perspectiva fáctica es meritoria en tanto permitió “descubrir que en las actuaciones en lugar de otro se presenta una *asunción fáctica*, por parte del actuante, de la posición del titular del estatus exigido por el delito especial”.

⁴¹ Véase también, LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general...*, Op.cit., p.219

⁴² Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit pp.238-243

⁴³ *Ibid*, p.245

⁴⁴ *Ibid*, pp.246-247.

⁴⁵ Cfr. también, GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.34 y ss. Dicho principio, según este autor, postulaba que “...en lugar de los sujetos criminalmente irresponsables, eran

También esta solución ha sido rechazada por considerarla incompatible con la prohibición de analogía *in malam partem*. En este sentido, se afirma que el hecho de introducir disposiciones particulares demuestra que en los casos restantes existe una “laguna de punibilidad”. Además, se advierte que en el Derecho penal, los principios generales del Derecho tienen un alcance muy limitado, debido a la vigencia del principio de legalidad⁴⁶.

De la anterior exposición cabe concluir que, sea cual fuere el criterio al cual acudió la Corte Suprema de Justicia colombiana para fundamentar el fallo que se mencionó anteriormente –interpretación fáctica, ampliación de los destinatarios de la norma o apelación a un principio general de Derecho–, ninguno de estos criterios satisfacía los requerimientos del principio de legalidad y, por ende, la decisión del alto tribunal fue errada, ante la inexistencia –para el momento de los hechos– de una cláusula general del “actuar en lugar de otro” en el ordenamiento penal colombiano. En este supuesto se imponía entonces la no responsabilidad penal de los representantes legales como autores del delito de disposición de bien propio gravado con prenda.

Así, con el análisis de la decisión de la Corte Suprema, unido a la enunciación de los distintos criterios a los cuales pudo apelar para sustentar el fallo, se ha querido poner de presente el desencuentro entre la doctrina y el pronunciamiento jurisprudencial con relación al tema del “actuar en lugar de otro”. De manera adicional, se ha evidenciado la necesidad de una regulación expresa de las actuaciones en lugar de otro, que permitiera solucionar los supuestos planteados, sin soslayar el principio de legalidad⁴⁷.

responsables sus representantes legales y, en el caso de las personas jurídicas, los órganos de ésta” (p.35).

⁴⁶ *Ibid*, pp.248-249.

⁴⁷ En este mismo sentido, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.249-250, quien afirma que “...de *lege lata* no es posible la aplicación de un criterio satisfactorio para penar la acción de quien actúa en lugar de otro, de manera directa por los correspondientes tipos penales (p.249). Luego indica que debido al principio de legalidad, tipicidad y prohibición de analogía *in malam partem*, debe existir una regulación expresa de las actuaciones en lugar de otro (p.250).

B. LA REGULACIÓN DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO" EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000

El Código Penal de 2000 introdujo como novedad en el ordenamiento penal colombiano, una cláusula del "actuar en lugar de otro", ubicada en la Parte General; dicha cláusula se encuentra consagrada en el artículo 29, inciso 3º, y está redactada en los siguientes términos:

"También es autor⁴⁸ quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado".

Según la redacción del precepto, puede deducirse que el legislador colombiano tomó en cuenta elementos de las fórmulas alemana⁴⁹, española⁵⁰ y peruana⁵¹, para

⁴⁸ Considera equívoca la expresión "También es autor...", utilizada en esta norma: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "La problemática de la codelinencia en el Código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el 'interviniente' del artículo 30, párrafo final", en: *Derecho penal y Criminología*, N° 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp.61-62, pues explica que la regla del "actuar en lugar de otro" no constituye "...una nueva forma de autoría". Así, siguiendo los planteamientos de este autor, es claro que el actuante por otro puede serlo como autor directo, mediato o coautor. Estos últimos tres conceptos sí constituyen formas de autoría, a diferencia del "actuar por otro".

⁴⁹ Parágrafo 14 del StGB, que establece, "Si alguien actuare, 1) como órgano autorizado para representar a una persona jurídica o como un miembro de dicho órgano, 2) como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista o 3) como representante legal de otro, se aplicará entonces también al representante la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a los atributos, relaciones o circunstancias personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el representado.

Si, por indicación del titular de una empresa o por indicación de una persona autorizada al efecto, alguien estuviese, 1) encargado de dirigir total o parcialmente el establecimiento, o 2) encargado expresamente, bajo su propia responsabilidad, de atender tareas que incumben al titular del establecimiento, y hubiese actuado con base en ese encargo, se aplicará entonces también a los encargados

construir una cláusula propia; sin embargo, la adopción de diversos elementos presentes en cada una de las mencionadas fórmulas, parece haber contribuido a que la redacción final de la norma adolezca de defectos y contradicciones que más adelante se señalarán.

Por ahora, baste con indicar que la cláusula contenida en el inciso 3º del art. 29, constituye un mecanismo de extensión de la autoría⁵², pues implica la ampliación de los alcances del concepto de autor para incluir en éste a aquellos sujetos -miembros u órganos de representación autorizados o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo, o de persona natural cuya representación voluntaria se detente- que sin ostentar la calidad especial exigida por el tipo penal, realizan la conducta prevista como punible⁵³.

la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento.

Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 será también de aplicación aunque el acto jurídico que debía fundamentar la autorización para la representación o para el encargo hubiese sido inválido".

⁵⁰ Artículo 31 del C.P español de 1995, "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

⁵¹ Artículo 27 del C.P peruano de 1991, "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

⁵² En este sentido, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, "La autoría en el actuar por otro...", Op.cit, p.183.

⁵³ Utilizaremos aquí la expresión "prevista como punible", bajo el entendido de que la expresión "conducta punible", utilizada en la formulación legal, es equívoca, toda vez que si el hecho fue realizado por un *extraneus*, en principio la conducta que éste realiza sin ostentar las calidades especiales exigidas por el tipo penal es atípica, aunque luego opere el fenómeno de la extensión de la autoría en virtud de la cláusula de "actuar en lugar de otro". En este mismo sentido, pero refiriéndose a la legislación peruana, que exige que el *extraneus* realice el tipo legal de un delito, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., pp.147-149, quien afirma

Ahora bien, mientras con la inclusión de la fórmula del “actuar en lugar de otro”, el legislador colombiano parecía haberse decantado por el sistema de cláusula general⁵⁴, se advierte sin embargo en la Parte Especial, la consagración de una cláusula particular de actuación en lugar de otro⁵⁵, ubicada en el inciso 3º del artículo 402 –referido al delito de Omisión de agente retenedor-, la cual dispone:

“Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”.

En este punto es necesario advertir la problemática que se presenta frente a la aplicación de la cláusula particular y la cláusula general: ¿Cabe aplicarlas de manera concurrente, o la una prima sobre la otra? La pregunta la reservamos para la sección final de este trabajo, que se ocupa de esbozar los principales problemas que plantea la fórmula del “actuar en lugar de otro” en el C.P. colombiano.

Este es entonces el panorama actual de la regulación del “actuar en lugar de otro” en la legislación colombiana. A continuación, nos ocuparemos del análisis del ámbito de aplicación y el fundamento de la fórmula consagrada en el artículo 29, inc. 3º, para concluir con la enunciación de algunos de los problemas más relevantes que se derivan de la redacción de dicha fórmula en el Código Penal.

que es imposible que el extraneus realice el tipo legal del delito, pues precisamente le falta la calidad exigida por el delito especial (pp.147-148) y de ahí la necesidad, precisamente, de la cláusula del actuar en lugar de otro. El autor considera que el precepto debería referirse, por lo tanto, al “hecho previsto como delito” (p.149).

⁵⁴ Para una exposición de los dos sistemas legislativos –cláusula general y disposiciones específicas en la Parte especial-, véase, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., pp.254 y ss.

⁵⁵ Así, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano”, Op.cit., pp.180-181, sostiene que el legislador colombiano, además de la cláusula general del “actuar en lugar de otro”, consagró una cláusula especial en el art. 402 del C.P. actual, mezclando así los dos sistemas, el de cláusula general y el de cláusula particular, aunque afirma que ambas cláusulas pueden aplicarse, y se extiende para este delito el ámbito de sujetos activos. Así mismo, VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal...*, Op.cit., p.451, afirma además que la figura del “actuar en lugar de otro” también “...ha sido prevista o desarrollada en los arts. 318, inc.2º; 324...”, lo cual sin embargo no parece ser cierto, como tendremos la oportunidad de plantearlo en la última sección de este trabajo.



III

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”

La doctrina penal de otros países se ha preocupado por establecer el ámbito de aplicación de la fórmula de actuaciones en lugar de otro, y para dicha tarea se ha valido de diferentes teorías, explicadas de manera completa por GRACIA MARTÍN⁵⁶. Aquí se enuncian, sin pretensión de exhaustividad, algunas de las más importantes:

A. EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Los defensores de esta teoría sostienen que la inclusión de una cláusula de “actuar en lugar de otro”, atiende al hecho de que las personas jurídicas no responden penalmente, y por lo tanto, deben responder por ellas sus representantes. Las críticas a esta teoría se presentan desde dos frentes principales: por un lado, se advierte que la cláusula del “actuar en lugar de otro” nada tiene que ver con el problema de la responsabilidad

⁵⁶ Para una mayor ilustración con respecto al tema, véase, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., pp.6-59.

penal de las personas jurídicas, toda vez que el actuante en lugar de una persona jurídica responde por su propia acción, con independencia de que se admita o no la responsabilidad de ésta⁵⁷; de otro lado, se afirma que las actuaciones en lugar de otro pueden presentarse tanto frente a la representación de las personas jurídicas como de las personas naturales⁵⁸, lo cual demuestra que el problema no es exclusivo del ámbito de aquéllas.

⁵⁷ Cfr. *Ibid*, p.25. Así mismo, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., pp.140-141, quien afirma que el hecho de que “...los entes colectivos no sean penalmente responsables no presupone que se tenga que regular el ‘actuar en lugar de otro’, presupone simplemente que las personas naturales no podrán ser consideradas como partícipes de las jurídicas, habida cuenta de la accesoriedad de la participación. Por el contrario, las necesidades político-criminales que se toman en cuenta cuando se discute la conveniencia de imponer penas a las personas jurídicas (...) son totalmente distintas a las que se toman en consideración cuando se discute sobre la conveniencia del ‘actuar en lugar de otro’...”. Véase también, BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001, p.106; LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general...* Op.cit., pp.285-288; SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...”, Op.cit., pp.174-176; SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones...* Op.cit., pp.20, 29.

⁵⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Op.cit., p.21.

B. EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA INACTIVIDAD DEL REPRESENTADO

Con respecto a esta teoría, GRACIA MARTÍN sostiene que para la opinión dominante es esencial en la figura del actuar en lugar de otro, la no actuación del representado. En este sentido afirma que “...la actuación en lugar de otro se plantea como problema específico jurídico-penal en los casos en los que aquél que no cumple en su propia persona determinados elementos que la correspondiente figura de delito exige para poder ser sujeto activo o autor, o, en general, que no realiza ciertos elementos típicos, lleva a cabo la actividad prohibida por la norma, u omite la mandada y produce el resultado que dicha norma quería evitar en representación, interés o en nombre de un sujeto que cumple formalmente aquellos requisitos personales típicos, pero que *no actúa* en el caso concreto ni tiene conocimiento de la actuación que su representante ha llevado a cabo”⁵⁹.

El autor critica esta posición y advierte que, contrario a lo postulado a partir de ella, la no actuación del representado no es la base dogmática de la figura del actuar en lugar de otro. Para fundamentar su afirmación sostiene que la responsabilidad penal de quien actúa en lugar de otro no exonera al representado que ha delegado sus atribuciones, razón por la cual ambas responsabilidades pueden coexistir⁶⁰.

⁵⁹ *Ibid*, pp.28-29.

⁶⁰ *Ibid*, p.66. En este mismo sentido, el autor afirma que “[l]a actuación del representado, incluso de acuerdo con el representante, no debe llevar sistemáticamente a la deducción de una responsabilidad del representante como partícipe (cómplice o cooperador necesario). Esto tendrá lugar sólo si éste ha llevado a cabo únicamente actos de participación y no de autoría. Véase también, en el mismo sentido, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...”, *Op.cit.*, p.174, quien sostiene que la cláusula del actuar por otro busca imputar la responsabilidad por la comisión de un delito especial, a quien es su verdadero realizador pero no ostenta la calidad especial exigida, que sí concurre en el representado. En este sentido, aclara que se trata de responsabilidad por el hecho propio y no por el ajeno, y que pueden subsistir la responsabilidad del representado y la del representante.

C. EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO UN PROBLEMA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

A esta postura, que identifica la responsabilidad del actuante en lugar de otro con la responsabilidad por el hecho ajeno, se le opone el argumento consistente en que “[e]l término ‘actuar’ exige que el que deba ser declarado criminalmente responsable por haber realizado una actuación típica en lugar de otro haya ejecutado él mismo directa o mediatemente la acción típica”⁶¹. A lo anterior se añade que el “actuar en lugar de otro” sería un supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno si se buscara la imputación de responsabilidad al representado calificado, por la acción realizada por su representante, lo cual, como se ha visto, no coincide con el contenido de la figura analizada⁶².

D. EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DE ESCISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS

Si las anteriores teorías se muestran insuficientes para delimitar el ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro”, esto parece derivarse de que terminan atribuyendo responsabilidad penal por el hecho ajeno, y en esta medida, contrarían la naturaleza de la responsabilidad penal como responsabilidad por el hecho propio⁶³.

⁶¹ *Ibid*, p.45. En este mismo sentido, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, *Op.cit.*, p.139, quien afirma que la conducta del representante “...tiene que ser subjetivamente típica, esto es, tiene que haber actuado dolosamente y, en su caso, con los elementos subjetivos que el tipo especial exija” y añade que, por ende, no se trata de responsabilidad penal por el hecho ajeno sino por el hecho propio.

⁶² *Ibid*, p.49.

⁶³ *Cfr*, *Ibid*, p.35. GRACIA MARTÍN afirma que la figura del actuar en lugar de otro no puede desconocer el principio de personalidad de la responsabilidad penal, e insiste en que una responsabilidad penal por el hecho de otro no puede tener cabida en un Estado democrático de Derecho.

Frente a esta situación, se postula que el “actuar en lugar de otro” surge de un problema de escisión de los elementos del tipo⁶⁴, toda vez que el sujeto que ha realizado la conducta, no posee la calidad especial de autoría que exige el tipo, y quien posee tal calidad no se ha comportado como autor directo o mediato del hecho⁶⁵.

Con lo afirmado parece claro que el ámbito de aplicación de la fórmula del “actuar en lugar de otro” se explica entonces de manera satisfactoria a partir de la escisión de los elementos del tipo. Sin embargo, todavía no se han confrontado estos planteamientos con la regulación colombiana, para poder afirmar que la misma responde al fenómeno de escisión referido y no a un problema de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, de inactividad del representado o de responsabilidad por el hecho ajeno. Esta es la razón que nos lleva a detenernos en cada uno de estos problemas, para ver si los mismos logran o no explicar la cláusula del artículo 29, inc.3°.

En primer lugar, una explicación del “actuar en lugar de otro” a partir del problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, está descartada de plano en el ordenamiento penal colombiano. En efecto, la cláusula

⁶⁴ Cfr. MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., p.134, quien afirma que la cláusula del “actuar en lugar de otro” (se refiere a la peruana) busca “...superar la escisión de los elementos del tipo del delito especial imputando al representante el elemento especial de la autoría mediante un criterio normativo” (p.134). En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...”, Op.cit., p.392, quien también relaciona la figura con la llamada “escisión de los elementos del tipo”, consistente en que el *extraneus* realiza el hecho, pero el *intraneus* ostenta la calidad exigida. Según el autor, el resultado de esta norma, como “cláusula de transferencia” es transferir al *extraneus* los elementos objetivos de autoría que no concurren en él. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., p.217.

⁶⁵ En este sentido, GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo...”, Op.cit., p.93, quien expone que “[p]uesto que en ninguno de los dos sujetos concurre la totalidad de los elementos del tipo, sino que éstos *aparecen repartidos entre ambos*, ninguno de los dos puede ser penado por no verificarse en ellos de un modo personal el supuesto de hecho descrito por el precepto de la Parte Especial. (...)La laguna de punibilidad que produce esta escisión de los elementos del tipo sólo puede ser colmada por el legislador mediante la introducción de disposiciones específicas de extensión de la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado”.

que regula las actuaciones en lugar de otro en el C.P., se refiere tanto a la actuación en lugar de una persona jurídica, como de un ente colectivo “sin tal atributo” o una persona natural; de esta manera, si la cláusula estuviera consagrada como respuesta a la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, no haría referencia, además, a las personas naturales y los entes colectivos sin personalidad jurídica. Adicionalmente, aunque se admitiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cláusula seguiría teniendo aplicación en tanto ambas responsabilidades –como ya se ha explicado– podrían concurrir⁶⁶.

En segundo lugar, un análisis del criterio de la inactividad del representado como génesis del “actuar en lugar de otro”, arroja resultados similares a los anteriores. Así, es claro que del tenor literal del precepto no se desprende tal exigencia, esto es, no se señala que para atribuir responsabilidad al actuante por otro, deba concurrir la inactividad del representado. Lo anterior conduce a plantearse, por ejemplo, la posibilidad de que una persona natural que ostenta la calidad exigida por el tipo penal, induzca a su representante para que realice en lugar de ella la conducta prevista como punible o le preste a su representante una contribución para la realización de la misma; en este caso, el representado (del cual ya no puede predicarse “inactividad”) podría responder penalmente como inductor o cómplice, sin que esto implique la exclusión de la responsabilidad penal, a título de autor, de quien actúa en su lugar, en virtud de la cláusula del “actuar en lugar de otro”. Esta posibilidad da cuenta de que la aplicación de la fórmula del “actuar en lugar de otro” es independiente de la inactividad del representado frente a la conducta punible respectiva, y por lo tanto, dicha fórmula no se explica satisfactoriamente a partir de este criterio.

Por último, el criterio de responsabilidad por el hecho ajeno tampoco puede explicar la consagración de la cláusula del “actuar en lugar de otro” en el ordenamiento colombiano, por dos razones fundamentales: la primera, porque a la luz de los principios que informan el sistema penal, nadie puede ser responsable penalmente por el

⁶⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.66.

hecho ajeno⁶⁷; la segunda, porque la fórmula del “actuar en lugar de otro”, tal como está redactada en el C.P. colombiano, exige del actuante en lugar de otro que *realice* la conducta, es decir, el sujeto *extraneus* responde por *su* conducta, nunca por una ajena. En esta medida, si el representante de la persona natural o jurídica no realiza la conducta prevista como punible, no podrá ser considerado penalmente responsable a título de autor de la respectiva conducta, atendiendo únicamente a su condición de representante.

La insuficiencia de los tres criterios precedentes para explicar la formulación legal del “actuar en lugar de otro” en Colombia, conduce al examen del criterio de escisión de los elementos del tipo, para verificar su consonancia con la redacción de la cláusula contenida en el C.P. colombiano. En ella se establece, de un lado, la realización de la conducta por parte del representante, y de otro, la concurrencia en el representado –y no en el representante- de “los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva”. Dicho de otro modo, se describe la dispersión de los elementos del *tipo especial propio*⁶⁸ entre ambos sujetos, representante y representado. De ahí que pueda afirmarse, por consiguiente, que la regulación colombiana del “actuar en lugar de otro” se compadece con éste último criterio de escisión, pues a partir de él se logra explicar la estructura y el ámbito de aplicación de la figura analizada.

En este punto, consideramos necesario detenernos en la afirmación precedente, referida a que el ámbito de aplicación de la fórmula del “actuar en lugar de otro” se restringe a supuestos de delitos especiales propios, pues tal afirmación merece establecer previamente qué se entiende por delitos especiales y, dentro de éstos, por delitos especiales propios e impropios.

Siguiendo este orden, puede decirse que los delitos especiales son aquellos que exigen en el sujeto activo

⁶⁷ Cfr. Artículo 12 del C.P. colombiano, “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

⁶⁸ Existe una discusión en torno a la posibilidad de aplicación de la cláusula también en los delitos especiales impropios. Esa discusión se retomará en la última sección de este trabajo.

una determinada calidad fundamentadora del injusto o que agrava o atenúa la punibilidad. Ahora bien, para la definición de delitos especiales propios e impropios resulta pertinente la explicación de MAZUELOS COELLO en el sentido de que “...en el caso del delito especial propio hay un deber específico para el sujeto activo, luego la cualidad especial exigida para el autor es *fundante* del injusto y no de la punibilidad, mientras que en el caso de los delitos especiales impropios la cualidad especial o deber para el sujeto activo es *cofundante* del injusto, esto es, si no concurre de todos modos se realiza un injusto o delito, por lo que el delito especial impropio implica un delito cualificado o privilegiado, o bien, agravado o atenuado”⁶⁹ (cursivas del texto). En igual sentido, GARCÍA CAVERO explica que en los delitos especiales propios “el elemento especial de autoría opera *fundamentando* la pena”, mientras que en los especiales impropios “sólo opera *agravando* la penalidad”⁷⁰ (cursivas nuestras).

De ahí entonces se sostiene que cuando la cláusula del artículo 29 se refiere a elementos que *fundamentan* la penalidad de la figura punible, alude sólo a la categoría de delitos especiales propios.

Con todo, si la pregunta por el ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro” parece estar resuelta con la ubicación del fenómeno en los supuestos de escisión de los elementos del tipo especial propio entre dos sujetos, representante y representado, aún queda por resolver el interrogante acerca del fundamento de extensión de la autoría a un sujeto no cualificado, por la realización de la conducta que exigía tal cualificación, en lugar de quien sí la ostentaba. De eso nos ocupamos en la siguiente sección.

⁶⁹ MAZUELOS COELLO, JULIO F., “La responsabilidad penal de los órganos...”, Op.cit., p.477

⁷⁰ GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.87. En la misma línea, MARÍN SALAZAR, MARIO, *Autor y participe en el injusto penal...*, Op.cit., pp.163 y ss. En el ordenamiento penal colombiano, un ejemplo de delito especial propio lo constituye el prevaricato por acción (art. 413), que exige en el sujeto activo la calidad de servidor público, como fundamentadora del injusto; un ejemplo de delito especial impropio sería el de peculado por apropiación (art.397), que exige en el sujeto activo la calidad de servidor público, como cofundamentadora del injusto, toda vez que si el sujeto activo no ostenta dicha cualidad, responde por el delito patrimonial común.



IV FUNDAMENTO DE LA EXTENSIÓN DE LA AUTORÍA EN VIRTUD DE UNA CLÁUSULA DE “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”

Para explicar la extensión de la autoría a través de la aplicación de una cláusula de “actuar en lugar de otro”, se han planteado numerosas teorías que pueden ser reunidas en dos grupos, atendiendo a la naturaleza del fundamento que invocan, bien sea éste formal o material. Aquí se exponen las más representativas, partiendo de la clasificación antedicha.

A. FUNDAMENTO FORMAL: TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN O DE LA DISOCIACIÓN

Según los seguidores de esta teoría⁷¹, el requisito para que pueda presentarse una actuación en lugar de otro es la existencia de un vínculo formal de representación entre representante y representado⁷². En

⁷¹ Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones...*, Op.cit., p.66, quien destaca entre los mismos a OCTAVIO DE TOLEDO, BUSTOS RAMÍREZ y BACIGALUPO.

⁷² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Autoría y participación*, Madrid, Ediciones Akal, 1996, p.99, también parece seguir esta teoría, pues sostiene que la representación debe ser “expresa y ‘jurídicamente eficaz’”, con lo cual excluye los supuestos de representación tácita y aquellos en los cuales la representación se confirió de manera viciada. Con respecto a este último supuesto, el autor cita a BACIGALUPO, quien señala que en los casos en los cuales el

efecto, al construir un paralelo entre la representación derivada del mandato civil y el “actuar en lugar de otro”, sostiene que a través del vínculo referido se *transmiten* los elementos especiales del representado al representante, convirtiendo a este último en el destinatario de la norma contenida en el tipo especial⁷³.

GRACIA MARTÍN, uno de los principales contradictores de esta teoría, advierte que la misma parece ser mayoritaria en Alemania y se deriva, a su vez, de la teoría de los *delitos de infracción de deber*⁷⁴. En este sentido, señala

representante actúa bajo la creencia de que su designación es jurídicamente eficaz, se presenta el interrogante de si dicho error se traduce en una “tentativa (de autor inidóneo)” o en un “delito putativo”.

⁷³ Cfr. MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., pp.134-135; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*Op.cit., pp.218 y ss. Véase también, SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones...*, Op.cit., p.60, quien señala que, según la teoría analizada “...por efecto de la representación, se trasfiere al representante la cualidad o característica especial de autoría que en principio compete al representado”.

⁷⁴ GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., p.99 (nota al pie N° 52). LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general...*, Op.cit., p.8,

que los defensores de la teoría de la representación parten de la idea de que "...los delitos con especiales elementos de autoría tienen su fundamento en la infracción de un deber especial que, de acuerdo con la normativa extrapenal, incumbe sólo al sujeto que se encuentra en una determinada posición, como por ejemplo la de empresario. Ello explica que el tipo de la Parte Especial haya limitado la autoría a esa categoría de sujetos. Ahora bien, es frecuente que sujetos que no se encuentren originariamente en aquella posición representen al sujeto idóneo en el *cumplimiento de los deberes que le incumben*. Puesto que la infracción de estos deberes constituye el fundamento de los elementos especiales de la autoría y dicha infracción es la que está sancionada con pena, se comprende que quien ha asumido la tarea de cumplimiento de los deberes de otro que están garantizados con pena se ha colocado en la misma posición del sujeto idóneo y en el caso de infringirlos habrá realizado el mismo injusto"⁷⁵.

En la línea expuesta, se ha afirmado que el fundamento último de esta teoría se encuentra en lo que BLAUTH denominaba como *deber secundario*, esto es, el cumplimiento de los deberes del representado, cuya fuente vendría dada por la ley o los estatutos en el caso de los representantes legales y los órganos, o por un "negocio de representación" en el supuesto de representación voluntaria⁷⁶.

A la teoría que se viene analizando, parece adscribirse también ROXIN⁷⁷, quien por primera vez acuñó la denominación de "delitos consistentes en la infracción de un deber"⁷⁸. En este sentido, diferencia entre delitos

se adscribe expresamente a la teoría de los delitos de infracción de deber, porque la considera más adecuada para solucionar los problemas de actuación en lugar de otro.

⁷⁵ *Ibid.*, p.98.

⁷⁶ *Ibid.*, pp.98-99.

⁷⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Perú, Ara Editores, 2003, pp.55-56.

⁷⁸ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998. Para una aproximación a la "Teoría de los delitos de infracción del deber", véase: Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Arias Holguín, Diana Patricia, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la

de dominio y delitos consistentes en la infracción de un deber extrapenal; entiende que sólo estos últimos interesan para el "actuar en lugar de otro", y advierte que a ellos se refiere precisamente la norma que regula esta figura (parágrafo 14 del StGB). Según este autor, para que pueda darse una actuación en lugar de otro es preciso que el deber del sujeto cualificado pueda trasladarse al representante, razón por la cual excluye el "actuar en lugar de otro" en los supuestos de deberes personalísimos, pues la fundamentación de la figura radica en la posibilidad de transferir el cumplimiento del deber a los representantes o sustitutos⁷⁹.

Estos son pues, a grandes rasgos, los planteamientos de la teoría de la representación. Como era de esperarse, no han sido ajenos a las críticas de un sector importante de la doctrina, que percibe en esta teoría un obstáculo para la cabal comprensión del fundamento del "actuar en lugar de otro". Dentro de estas críticas se mencionan aquí las más relevantes para efectos del análisis que nos ocupa.

En primer lugar, GRACIA MARTÍN pone en evidencia una contradicción entre la teoría de la representación y una de las premisas de las que ésta parte: la teoría de los delitos de infracción de deber. Cabe anotar que el autor mencionado rechaza la existencia de los delitos de infracción de deber, y considera a los delitos especiales también como delitos de dominio⁸⁰. Sin embargo establece que, aún partiendo de la teoría de los delitos de infracción de deber, la teoría de la representación no puede explicar el fundamento del "actuar en lugar de otro". En este sentido indica que "...si en los delitos consistentes en la infracción de un deber 'el fundamento

teoría de los delitos de infracción del deber", en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 15, Bogotá, Legis, 2006, pp. 133 y ss.

⁷⁹ *Ibid.*, p.56.

⁸⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.112-115. Con respecto a los delitos especiales, el autor señala que "(...)no puede aceptarse como correcta la expresión 'delitos consistentes en la infracción de un deber', pues no sólo la infracción de un deber, sino también, y además, *la forma de ejecución de la acción típica*, da *consistencia* a dichos tipos". (pp.114-115). Advierte también que para estos delitos no debe prescindirse del criterio del dominio del hecho en la delimitación de la autoría.

de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del *papel social* que desempeña, resulta difícil admitir que la teoría de la representación pueda fundamentar una extensión de la autoría de los delitos especiales a los representantes del sujeto idóneo, pues el papel social de este último es, sin duda, distinto del de su representante y por ello también y muy probablemente las exigencias de conducta de uno y de otro serán distintas⁸¹.

Otra de las críticas más fuertes consiste en que la teoría de la representación reproduce el problema que la cláusula del "actuar en lugar de otro" pretende solucionar. En efecto, "[l]a razón por la que esta disposición es necesaria radica en que sujetos que carecen del elemento formal de la autoría del delito, tal como lo ha expresado el legislador, materialmente entran con el bien jurídico en la misma relación que el sujeto idóneo"⁸², y esta situación queda excluida si se parte de un fundamento formal⁸³.

La teoría de la representación también ha sido objeto de críticas por reducir el ámbito de aplicación del "actuar en lugar de otro" a los eventos en los que media un vínculo formal de representación y, en esta medida, por no lograr explicar los supuestos de representación fáctica, subpoderamiento, actuaciones en lugar de otro en el seno de grupos empresariales y en los supuestos de delitos con tendencias subjetivas egoístas⁸⁴. Detengámonos en cada uno de estos supuestos, para analizar los argumentos que un sector de la doctrina ha esbozado frente al tema.

⁸¹ GRACIA MARTÍN, LUIS, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...", Op.cit., pp.99-100.

⁸² *Ibid.*, p.105.

⁸³ En la misma línea, al criticar la regulación peruana del "actuar en lugar de otro", GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.91, señala que ésta "...no parece recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales lo que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro..."

⁸⁴ Para una exposición detallada de estas críticas, véase, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit.; del mismo autor, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...", Op.cit. Véase también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., pp.220 y ss.

En lo concerniente a la representación fáctica o de hecho, se dice que la teoría de la representación fracasa, porque precisamente estos supuestos se corresponden con la *inexistencia de un vínculo formal* entre "representante" y "representado", de tal manera que, siguiendo los planteamientos de dicha teoría, no es posible que se trasladen desde el representado hacia el representante, los elementos especiales de autoría exigidos por el tipo penal⁸⁵.

Ahora bien, en los eventos de subpoderamiento, el fracaso de la teoría parece también evidente, como lo manifiesta GRACIA MARTÍN a través del siguiente planteamiento: en primer lugar, este autor distingue entre los fenómenos de sub-representación o subpoderamiento y de sustitución. En esta última, se dice, el representante, autorizado para hacerlo, nombra a otro representante "que actúa en nombre y representación del principal(...)"⁸⁶; en este supuesto, la fórmula de la representación no fracasa porque el segundo representante actúa en lugar del sujeto idóneo.

Lo mismo no sucede con la sub-representación, en la cual el representante nombra a su vez un representante para sí, pero la actuación de éste no tiene efectos jurídicos privados válidos frente al representado (inicial) sino frente al representante de éste. En dicho supuesto, sí puede quebrarse la teoría de la representación, pues el segundo representante no actúa en lugar del sujeto cualificado sino del primer representante que no es cualificado. Para solucionar estos casos, el legislador tendría que prever una subcláusula de "actuaciones en lugar del que actúa en lugar de otro"⁸⁷, y así sucesivamente, ya que el sub-representante podría nombrar también a otro representante.

En lo relativo a las actuaciones en lugar de otro dentro de grupos empresariales, el fracaso de la fórmula de la representación se mantiene; situación que se explica

⁸⁵ Cfr. MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., p.135.

⁸⁶ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.125.

⁸⁷ *Ibid.*, p.129.

por lo siguiente: en las uniones de empresas existe una sociedad madre y unas sociedades hijas o filiales, y por encima de las sociedades unidas se encuentra un centro de poder que se halla jurídico-formalmente desvinculado de aquellas. En este contexto, no existe relación de representación formal entre el órgano-centro de poder que ostenta el dominio del hecho y la sociedad en la que concurre la cualidad especial; por consiguiente, la fórmula de la representación no puede abarcar dichos supuestos, debido a su excesivo formalismo⁸⁸.

Por último, en los delitos delimitados por una tendencia subjetiva egoísta⁸⁹, esto es, los que requieren "...que la conducta se realice en interés propio (aquellos cuya redacción contiene la frase *el que en provecho propio*)"⁹⁰, la teoría de la representación también se revela insatisfactoria porque "(...)las tendencias, los motivos y, en general, los elementos subjetivos del tipo son elementos contemporáneos a la ejecución de la acción típica y sólo pueden concurrir en el que ejecuta la acción típica directamente o tiene el dominio del hecho"⁹¹, pero nunca podrán ser transmitidos a partir de un vínculo de representación.

B. FUNDAMENTO MATERIAL DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO"

Las críticas expuestas han llevado a algunos autores a proponer un fundamento del "actuar en lugar de otro", que supere el excesivo formalismo de la teoría de la representación y que atienda, como criterio decisivo, más que a un determinado *status* o a la relación interna entre representante y representado, a la asunción fáctica de las funciones propias de dicho *status* y a la relación material externa del actuante en lugar de otro con el bien

⁸⁸ *Ibid.*, p.123

⁸⁹ *Ibid.*, p.141. GRACIA MARTÍN considera que en estos tipos delictivos se genera un supuesto de actuación en lugar de otro porque el sujeto beneficiado por la acción no actúa, y al sujeto que ha actuado materialmente le falta un elemento típico, en este caso, una tendencia subjetiva egoísta.

⁹⁰ MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., p.135.

⁹¹ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.157.

jurídico protegido; de ahí que se afirme que su punto de partida es un fundamento material⁹². Dentro de este conjunto de teorías que pueden agruparse bajo el rótulo de "materiales", se destacan dos: la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, de SCHÜNEMANN, y la teoría del dominio social, de GRACIA MARTÍN.

B.1. LA TEORÍA DEL DOMINIO SOBRE EL FUNDAMENTO DEL RESULTADO, DE SCHÜNEMANN

Comencemos por destacar que SCHÜNEMANN concibe a los delitos especiales también como delitos de dominio y rechaza, por consiguiente, la teoría de los llamados delitos de infracción de deber. En esta línea, plantea la necesidad de desarrollar un concepto tipológico de dominio del hecho y elige como punto de partida el dominio sobre el propio comportamiento en la autoría directa. Como otras expresiones del concepto tipológico de dominio del hecho, alude al dominio ejercido sobre otros (autoría mediata) y al dominio común a través de división de tareas (coautoría)⁹³.

Sin embargo, este autor va más lejos y afirma que la misma tipología puede aplicarse a los delitos impropios de omisión y a los delitos especiales, "...buscando otras expresiones del tipo del dominio"⁹⁴. En este punto sostiene que si ROXIN no siguió este camino, se debió al estado de la dogmática penal en el momento en que fue escrita su obra⁹⁵; momento en el cual la teoría formal del deber era la dominante para los delitos de comisión por omisión⁹⁶.

⁹² Para MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., p.138, es pacífico el entender que el "actuar en lugar de otro" responde a una "argumentación material", a la relación de dominio sobre un bien jurídico; relación que genera una posición de garante.

⁹³ SCHÜNEMANN, BERND, "El dominio sobre el fundamento del resultado, base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, p.19

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Se refiere a *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cuya primera edición alemana data de 1963.

Señala además que la teoría formal en los delitos impropios de omisión fue abandonada, al menos en Alemania, toda vez que la equiparación de la omisión con el hacer activo en el Derecho penal, requería de criterios penales específicos. Para este autor, dicha equiparación se presenta cuando el sujeto asume el *dominio sobre el fundamento del resultado*, que se expresa en un dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, o en un dominio sobre una fuente de peligro para éste. Lo anterior, según él, se compadece con la voluntad del legislador, pues la amenaza de pena debe dirigirse a aquellos sujetos que "...toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico"⁹⁷, esto es, a quienes dominan el suceso. En este sentido, concluye que la infracción de un deber extrapenal no fundamenta la autoría en los delitos impropios de omisión, sino que esa infracción generalmente acompaña al ejercicio de dominio relevante para el Derecho penal.

Lo que resulta más importante para efectos del presente análisis es que, según este autor, las nociones anteriores pueden aplicarse también en los delitos especiales, y de esta manera introduce la figura del "actuar en lugar de otro", como vía de solución. Así, advierte que "...el representante puede ser calificado también como autor con buen derecho sólo si se ha colocado en la posición del otro bajo aspectos que sean relevantes para la integridad del bien jurídico, y ha atraído sobre sí aquellos atributos que ofrecen el fundamento de la punibilidad en la tipificación del respectivo delito especial por parte del legislador"⁹⁸.

Lo anterior, afirma este autor, muestra un criterio de equivalencia o correspondencia como el utilizado en la regulación de la posición de garante en los delitos impropios de omisión. En efecto, si el Derecho penal se fundamenta en la protección de bienes jurídicos, lo realmente importante es portar una función y no un *status*;

al asumir esa función se cumplen los presupuestos para el merecimiento de pena. Por tal razón, el autor sostiene que gran parte de los delitos especiales son de garantía, y en esa medida "la posición de autor consiste en una posición de garante penal"⁹⁹.

En conclusión, la postura de SCHÜNEMANN frente al problema que nos ocupa podría sintetizarse, en sus propias palabras, afirmando que "...el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo [que en los delitos impropios de omisión], no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión"¹⁰⁰.

⁹⁹ *Ibid.*, p.23. Para un examen más detallado de la tesis desarrollada por SCHÜNEMANN en lo relativo al "actuar en lugar de otro", véase, GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.342 y ss; GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.57-60; MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., pp.136-137; SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones...*, Op.cit., pp.68-69; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., pp.219 y ss.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.24. En contra, LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general...*, Op.cit., p.253, quien rechaza el criterio de la posición de garante para la actuación en lugar de otro, tanto en los supuestos de comisión activa como en los de omisión. En este sentido advierte que "...el garante no sólo debe tener el dominio del hecho, sino que también debe ostentar la condición especial exigida por el tipo, por lo que no habrá problema alguno para que sea considerado autor, ni tampoco para subsumir la conducta del mismo en el correspondiente tipo penal. Por el contrario, cuando el garante carece de la condición de autor, no puede ser considerado como tal, ni tampoco puede tener la posición de garante, a pesar de que éste domine la ejecución de su propia acción, porque el dominio del hecho sólo puede tenerlo el autor especialmente determinado -"el sujeto del deber"- y no quien carece tanto de la condición de autor como del dominio del hecho o posición de garante". El autor concluye que los delitos especiales propios son delitos de infracción de deber y no delitos especiales de garante. Consideramos, en contra de lo expresado por este autor, que la posición de garante puede asumirse aún sin tener la cualidad especial exigida por el tipo penal, pues el dominio del hecho que fundamenta dicha posición se puede dar sin que concorra en el sujeto tal cualidad; en efecto, esta es la situación que se presenta en las actuaciones en lugar de otro. Por eso sostenemos que nadie puede ser considerado autor si no ostenta el dominio material del hecho, mientras que sí puede serlo -en virtud de la cláusula del "actuar en lugar de otro"- si no ostenta la cualidad especial.

⁹⁶ *Ibid.*, p.19

⁹⁷ *Ibid.*, p.22

⁹⁸ *Idem.*

B.2. LA TEORÍA DEL DOMINIO SOCIAL, DE GRACIA MARTÍN

Como ya se ha advertido, GRACIA MARTÍN considera insuficiente el método de los delitos de infracción de deber para la interpretación de los delitos especiales, y sostiene también que los mismos son delitos de dominio. En consonancia con lo anterior, afirma que si la infracción de un deber extrapenal fuera lo decisivo en estos delitos, el injusto se reduciría al desvalor de acción y el Derecho penal dejaría de ser un Derecho penal de acto para convertirse en un Derecho penal de autor¹⁰¹.

Lo anterior lleva a este autor a plantear que, en contra de la infracción de deber, el método adecuado para encontrar el criterio de equivalencia consiste en examinar si en los delitos especiales el autor cualificado ostenta determinada relación con el bien jurídico protegido; si un *extraneus*, bajo ciertas circunstancias, entra en esa misma relación con el mismo bien jurídico, se puede formular un juicio de equivalencia o de identidad¹⁰².

Al momento de abordar con detalle este criterio de identidad, el autor se refiere a la tesis de SCHÜNEMANN, según la cual el “ejercicio del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”¹⁰³ es el fundamento de la posición de garante. El autor rechaza esta tesis pues considera que la fuente material de la posición de garante no es la del dominio actual sobre la causa fundamental del resultado, en tanto no todo el que posee tal dominio es garante¹⁰⁴. Así, afirma que “[d]ominio ‘actual’ sobre la causa fundamental del resultado y, por consiguiente, posición de garante pueden tenerlo todos los extraños al círculo de la autoría del delito especial”, y añade:

“(…)Todos los extraños, sin excepción, serían actuantes en lugar de otro en cuanto ejercieran el dominio sobre la causa fundamental del resultado que, como se ha dicho, a todos es accesible”¹⁰⁵. Por esta razón, el autor afirma que el criterio establecido por SCHÜNEMANN resulta demasiado amplio y, en esta medida, inadecuado para fundamentar el juicio de equivalencia¹⁰⁶.

Al considerar como insatisfactorio este criterio, introduce lo que para él constituye el fundamento material de la posición de garante y, por lo tanto, del deber de actuar: el llamado *dominio social*¹⁰⁷. Éste, sostiene, a diferencia del criterio de SCHÜNEMANN, es más normativo que ontológico y se refiere al “dominio sobre la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido”¹⁰⁸. Para explicar el criterio de dominio social, GRACIA MARTÍN indica que los bienes jurídicos se encuentran en una estructura social, que puede ser general o específica; en esta última, la lesión sólo pueden realizarla aquellos sujetos que actúan en la respectiva estructura¹⁰⁹. Así, habrá dominio social cuando la persona se encuentra en la estructura social y puede lesionar el bien jurídico; por lo tanto, en principio, quien actúa en lugar de otro es ajeno a la estructura, pero “...por un acto fáctico de asunción entra en ese ámbito y puede lesionar el bien jurídico del mismo modo que un *intraneus* natural de la estructura social”¹¹⁰, esto es, adquiere el mismo dominio social de ese *intraneus* y por eso es responsable penalmente¹¹¹.

¹⁰¹ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.333.

¹⁰² Cfr. *Ibid.*, p.338. Véase también, GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., p.118. Se trata, dice este autor, de “descubrir el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos y comprobar si ese mismo fundamento existe cuando el hecho es realizado por un sujeto que no ocupa la posición formal de la que el legislador se ha servido para acotar el círculo de autores del delito”.

¹⁰³ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.343.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.343-345.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.348.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.349.

¹⁰⁷ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., pp.120-121.

¹⁰⁸ GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.61

¹⁰⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., p.371. El autor afirma que “(…)los delitos de dominio social se caracterizan porque la acción típica presenta una *calidad específica* consistente en que es realizada en el ejercicio de una función que es monopolio de una cierta clase de sujetos”.

¹¹⁰ CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.61-62

¹¹¹ Al respecto GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., p.118, señala que “...la integración de otros sujetos distintos del formalmente idóneo en el círculo de autores de los tipos especiales sólo puede justificarse

De lo anterior se desprende que para este autor, los delitos especiales son "delitos especiales de garante" porque, como él mismo lo explica, "si el criterio del 'dominio social', que es posible concretarlo en el 'dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico', en el sentido de que éste se encuentra bajo la dependencia del sujeto, es presupuesto de la posición de garante, y el 'dominio social' es la *ratio essendi* de los delitos con especiales elementos de la autoría, tenemos que estos delitos son 'delitos especiales de garante'¹¹².

En el mismo orden de ideas, esta posición puede resumirse afirmando que lo determinante para acceder al dominio social típico "...no son las competencias *formales* del sujeto que ha sido facultado para el ejercicio de una función en un ámbito de dominio social ajeno, sino las competencias fácticas, esto es, el conjunto de posibilidades de acción que se han puesto en manos del sujeto"¹¹³. Así, la mejor manera de establecer cuándo un *extraneus* accede al dominio social típico es comprobar si el ejercicio de la función le hace responsable de la integridad del bien jurídico en cuestión, esto es, si ha asumido posición de garante que está implícita en el elemento de la autoría¹¹⁴.

Ahora bien, una vez abordados los fundamentos de la teoría del dominio social de GRACIA MARTÍN, es posible afirmar —a diferencia de lo señalado por este último— que sus planteamientos no difieren en gran medida de los

a partir de la demostración de que la conducta de aquellos —a diferencia de la de otros *extranei*— es *materialmente idéntica* a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo especial".

¹¹² GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.376, quien más adelante advierte que no todos los delitos con elementos especiales de autoría están fundamentados por el "dominio social específico del autor sobre el bien jurídico y la posición de garante" (p.403). En los tipos que no lo están, no se puede plantear una actuación en lugar de otro, y el autor cita como ejemplos el parricidio, infanticidio, violación, tipos de traición, que no son delitos de dominio social aunque no se excluye que algunos sean delitos especiales de garante. En estos delitos, el elemento especial de la autoría no es expresión del "ejercicio de una función social o institucional" (...) "[s]e trata siempre de *cualidades personales* tan inseparables de la persona que son inintercambiables" (p.406).

¹¹³ *Ibid.*, p.393.

¹¹⁴ *Ibid.*, p.394.

expuestos por SCHÜNEMANN. En efecto, ambos autores tienen un mismo punto de partida: el fundamento material que se sustenta en un juicio de equivalencia entre la conducta del *extraneus* y la del sujeto idóneo; y un mismo punto de llegada: la aplicación de la cláusula del "actuar en lugar de otro" en los supuestos en los cuales el *extraneus* ha asumido fácticamente una posición de garante sobre el bien jurídico o, lo que es igual, ha asumido una función de dominio sobre el bien jurídico protegido, propia de un determinado *status*.

C. FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO" EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Para responder al interrogante acerca del fundamento de la cláusula de actuaciones en lugar de otro en el C.P. colombiano, se hará alusión a dos argumentos derivados de la propia redacción de la fórmula: la consagración de la representación fáctica y la identidad de pena para el *extraneus* actuante por otro y un autor que sí ostenta la calidad exigida por el tipo penal.

Con respecto a lo primero, y aún admitiendo —como se expondrá luego— que la redacción de la fórmula en el C.P. colombiano es equívoca, lo cierto es que ésta sí consagra la representación fáctica al referirse al "miembro u órgano de representación autorizado o *de hecho*" (cursivas nuestras), y esto representa un aspecto positivo frente a otras regulaciones como la peruana, que no se refieren *expresamente* al representante fáctico¹¹⁵.

¹¹⁵ Véase, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro'...", Op.cit., pp.144-145. Sin embargo este autor propone una interpretación para incluir a los representantes de hecho. En este sentido afirma que el precepto utiliza la expresión "como" (quien actúa como...), y frente a tal expresión se debe tomar postura, atendiendo a dos posibilidades (dos acepciones de la palabra, avaladas por la Real Academia Española), la primera, que dicha expresión equivalga a la de "en calidad de" (p.144); la segunda, que la expresión "como" se utilice en término comparativo, lo cual permitiría incluir en el precepto a los representantes de hecho (p.145). El autor afirma que desde un criterio material, como el de la última posibilidad mencionada, se puede interpretar de *lege data* el artículo 27 e incluir los supuestos de administrador de hecho (p.145).

Así, al consagrar los supuestos de representación fáctica, el C.P. colombiano se inscribe en una teoría material¹¹⁶, según la cual -como se ha mostrado *supra*- lo relevante no es el vínculo formal que exista entre el actuante en lugar de otro y su representado, sino la asunción de la posición de garante por parte de aquél, frente al bien jurídico protegido, de tal forma que la conducta del *extraneus* sea equivalente a la del autor idóneo¹¹⁷.

Ahora bien, con respecto a lo segundo, esto es, a la identidad de pena para el *extraneus* actuante por otro y un autor que sí ostenta la calidad exigida por el tipo penal, se advierte que la cláusula del “actuar en lugar de otro”, como mecanismo de extensión de la autoría, implica la imposición al *extraneus* actuante en lugar de otro, de la pena del autor idóneo¹¹⁸. Esta identidad de penas sólo puede explicarse en virtud de una teoría material, que fundamenta la extensión de la autoría a través de un criterio de identidad de las conductas del autor *extraneus* y del *intraneus*.

Así, la infracción de un deber que le incumbía al representado –aunque el representante no tenga el dominio del hecho-, o la simple ostentación de la calidad formal de representante, no podrían justificar que a éste se le impusiera la pena prevista para el autor idóneo. En este mismo sentido “...no es ni mucho menos evidente que la lesión de un bien jurídico mediante el incumplimiento de los deberes que incumben a otro tenga el mismo significado y sea igualmente insoportable –y, por ello, merecedora y necesitada de pena- que la realizada mediante el incumplimiento de deberes propios”¹¹⁹. Se advierte entonces que el tratamiento del *extraneus* como autor, y la consecuente identidad de pena, sólo pueden derivarse de un mismo desvalor de acción y de resultado de su conducta, de un criterio de equivalencia material; de lo contrario, tal identidad de pena estaría injustificada y atendería a criterios de responsabilidad objetiva¹²⁰.

¹¹⁶ En este mismo sentido, pero refiriéndose a la regulación española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., pp.225-226, quien señala que “[c]on la mención del ‘administrador de hecho’ se ofrece ahora un importante punto de apoyo para la admisión de una orientación material en la línea de la teoría del dominio” (p.225), y luego agrega que “...es evidente que se introduce en la cláusula del actuar por otro un elemento que no se aviene con la teoría de la representación, habida cuenta de que la inclusión de los ‘representantes fácticos’ es una de las características esenciales que acompañan al criterio material” (p.226).

¹¹⁷ Así también, a través de una interpretación sistemática del C.P. colombiano, se puede admitir que éste opta por una teoría material –y no formal- de la posición de garante, para la cual lo determinante es la efectiva asunción de dominio sobre la fuente de riesgo para el bien jurídico y no la existencia de un vínculo formal. En esta medida, la confusión de teorías de la posición de garante, presente en el artículo 25 que regula la omisión, se resolvería a favor de la teoría material.

¹¹⁸ El inciso 4º del art. 29 del C.P. consagra: “El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

¹¹⁹ GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., p.99.

¹²⁰ Véase también, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...”, Op.cit., p.412, quien alude a la posibilidad planteada por algún sector doctrinal, de atenuar la pena del actuante en lugar de otro, al no concurrir en él los elementos especiales de autoría. En este sentido afirma que la propuesta de atenuación debía ser rechazada si se parte de una “tesis de la identidad”.



V ALGUNOS PROBLEMAS RELEVANTES DE LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 29, INCISO 3°, DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Hasta aquí hemos realizado una exposición de los principales planteamientos doctrinales en torno al ámbito de aplicación y el fundamento de la cláusula del “actuar en lugar de otro”. En lo que sigue, nos ocuparemos de analizar la regulación de esta figura en el Código Penal colombiano y de enunciar algunos problemas que creemos se derivan de su formulación legal. Con esto, más que ofrecer soluciones, se pretende mostrar un panorama de discusión –todavía incipiente- y motivar a la doctrina nacional a abordar la problemática planteada alrededor de una figura que, tal vez por su novedad dentro del ordenamiento, no ha sido estudiada en toda su dimensión.

A. ¿LA CLÁUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” ABARCA AL REPRESENTANTE LEGAL DE LA PERSONA NATURAL?

Lo primero que debe advertirse es que la redacción de la cláusula del “actuar en lugar de otro”, dista de ser precisa. Como muestra de lo anterior, en la cláusula se alude al “*miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente*” (cursivas

nuestras). Surgen entonces dos comentarios: en primer lugar, el tenor literal del artículo hace pensar que los términos “miembro u órgano de representación autorizado o de hecho” también se refieren a la persona natural, lo cual resulta, a todas luces, antitécnico: las personas naturales no poseen órganos o miembros de representación, sino *representantes*. En segundo lugar –y es el tema que nos ocupa en este apartado-, cuando la cláusula se refiere a la representación de la persona natural, la restringe a la representación voluntaria. Si la deficiencia anterior parecía no ser tan trascendental al momento de aplicar la cláusula, no sucede lo mismo con este último defecto, pues al referirse expresamente a la representación *voluntaria*, podría entenderse que el representante *legal* de la persona natural está excluido, lo cual no se muestra coherente con el propósito de la fórmula.

No obstante, quienes se han ocupado del tema en nuestro país, parecen estar conformes con la redacción de la fórmula y admiten, sin reparos, que la misma es aplicable a “...la persona natural o física que realice la conducta de conformidad con lo estipulado en la respectiva cláusula, o sea, cuando actúa en representación (de hecho, de derecho, *legal o voluntaria*) de otra (jurídica, ente sin tal atributo o natural)...”¹²¹ (cursivas nuestras).

Cabría entonces interpretar la cláusula de tal manera que se entienda que el término “autorizado o de hecho” cobija también al representante de la persona natural; sin embargo, esto no deja de presentar inconvenientes desde el respeto al principio de legalidad, y no alcanza a explicar por qué después se hace referencia expresa a la representación “voluntaria” de la persona natural, pero no a la legal. En este sentido, el art. 31 del C.P español resulta más coherente al referirse al “administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica” o a quien actúe “en nombre o representación *legal o voluntaria* de otro” (cursivas nuestras). Una regulación así, no plantea dudas acerca de la aplicación de la cláusula al representante, tanto legal como voluntario, de la persona natural.

B. ¿PUEDE APLICARSE LA CLÁUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN LOS SUPUESTOS DE SUBAPODERAMIENTO Y DE ACTUACIONES EN LUGAR DE OTRO EN EL SENO DE GRUPOS EMPRESARIALES?

Al admitir el fundamento material de la cláusula del “actuar en lugar de otro”, no existen inconvenientes para aceptar que la misma sea aplicable en los supuestos de subapoderamiento (o representante del representante) y de actuaciones en lugar de otro dentro de grupos empresariales¹²². De esta manera, y como ya se advertía, aún sin existir un vínculo formal, el actuante en lugar de otro puede asumir fácticamente las funciones propias del *status* exigido por el tipo penal; en palabras de GRACIA MARTÍN, puede acceder al dominio social típico.

¹²¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “El fundamento de la pena en el actuar por otro”, Op.cit., p.396. Véase también VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, Op.cit., pp.451-452, quien parece transitar en la misma línea, pues no se plantea el interrogante que aquí nos ocupa, acerca de la representación legal de las personas naturales.

¹²² Para el caso español, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...”, Op.cit., p.435, afirma que en los supuestos de actuación en lugar de otro en grupos empresariales “...puede llegar a hacerse responsable al sujeto que domina efectivamente la unidad económica, aun cuando no sea administrador de derecho y ni siquiera accionista de ninguna de las sociedades concretas”.

En el C.P. colombiano, estos supuestos estarían abarcados por la representación de hecho a la que alude la fórmula del inciso 3º del artículo 29. Esta interpretación, sin embargo, es rechazada por SUÁREZ SÁNCHEZ, quien señala que si los representantes “... delegan la representación en otro que actúa en lugar del representante no es autor porque no se extiende a él el tipo para cobijarlo como autor por actuar por otro, pues la ley no castiga como tal a quien actúa en lugar del que actúa por otro”¹²³.

No se pueden dejar pasar de largo las afirmaciones de este autor, sin poner de presente la contradicción que encierran. Él mismo ha expuesto, en líneas precedentes a la acabada de citar, que comparte la idea de que los delitos especiales son delitos de dominio; dominio “objetivo, positivo y normativo”¹²⁴. A lo anterior ha añadido que el criterio material de equivalencia viene dado, citando a GRACIA MARTÍN, por el “acceso al dominio social típico”¹²⁵. Pues bien, este criterio es precisamente el que permite abarcar dentro de la cláusula del “actuar en lugar de otro” los casos de subapoderamiento. Adicionalmente, la fórmula no tendría que referirse a quien actúa en lugar del que actúa en lugar de otro -como lo afirma el autor-, pues si se acoge el aludido criterio material, y sin acudir a una interpretación extensiva, quien actúa en lugar del que actúa en lugar de otro -y en esta medida accede al dominio social típico a partir de la asunción fáctica de las funciones del *status* del primer representado-, entonces estará actuando en lugar de éste. Sostener lo contrario implica desvirtuar el fundamento de las actuaciones en lugar de otro, pues si se entiende que los casos de subapoderamiento no están comprendidos por la formulación legal, sería suficiente con que los representantes delegaran su representación para eludir los efectos de una cláusula como la del artículo 29.

Luego, desde el punto de vista del fundamento material no hay duda de que el representante del representante actúa en lugar de aquél. Las dificultades se presentan,

¹²³ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...”, Op.cit., p.192.

¹²⁴ *Ibid.*, p.190

¹²⁵ *Ibid.*, p.192

más bien, en la ambigüedad de la regulación legal, que podría llevar a entender –como lo advertimos en el literal anterior- que la representación “de hecho” se encuentra referida sólo a las personas jurídicas y entes colectivos, y no a las personas naturales; en este caso, ya no se trataría de que el Código Penal no admita en el artículo 29 al representante del representante, sino de que sólo lo hace cuando el representado es una persona jurídica o ente colectivo. De admitirse esta interpretación, quedaría por fuera el evento de representación del representante de una persona natural.

C. ¿TIENE APLICACIÓN LA CLÁUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN LOS DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS?

Habiéndose delimitado *supra* los conceptos de delitos especiales propios e impropios, se puede analizar si estos últimos están abarcados por la fórmula del “actuar en lugar de otro”, tal como aparece redactada en el C.P. colombiano. En este sentido, la cláusula se refiere a los “elementos especiales que *fundamentan* la penalidad de la figura punible respectiva” (cursivas nuestras) y que no deben concurrir en el actuante en lugar de otro pero sí en su representado. Siguiendo las definiciones planteadas más arriba, es claro que la cláusula sólo está haciendo referencia a los delitos especiales propios, cuyos elementos especiales *fundamentan* la penalidad de la figura punible. Para abarcar también a los delitos especiales impropios, tendría que variarse la redacción de la fórmula legal, de tal manera que incluyera también a los elementos que *modifican* la pena, pues en los mencionados delitos el injusto se *fundamenta* a partir del delito común; así, si el sujeto no ostenta la cualidad especial exigida, responderá por el respectivo delito común que está en la base de todo delito especial impropio.

La interpretación precedente no es aceptada por SUÁREZ SÁNCHEZ, quien sostiene que la actual redacción de la cláusula del “actuar en lugar de otro” en el C.P. colombiano, permite que ésta se aplique –además de los delitos especiales propios- a los delitos especiales impropios. Para sustentar su postura, el autor sostiene que por *elementos especiales que fundamentan la*

penalidad debe entenderse “...los objetivos de la autoría de los delitos especiales”, esto es, “...los que hacen que un delito tenga la condición especial y no común...”¹²⁶ y añade que comprenden “...los que *fundamentan la tipicidad de delito especial propio e impropio*, porque se trata de elementos especiales de la figura respectiva del tipo especial; de modo que es difícil aceptar que comprendan dichos elementos especiales a las circunstancias que modifican la punibilidad agravando o atenuando un tipo”¹²⁷ (cursivas nuestras).

Al parecer, las dos interpretaciones que se han expuesto llegan a soluciones diferentes porque parten de una concepción también diferente de lo que debe entenderse por delitos especiales propios e impropios. Mientras para la primera de ellas, los elementos especiales de los tipos especiales impropios no fundamentan la penalidad sino que la modifican, para la segunda, dichos elementos fundamentan la tipicidad.

Consideramos más acertada la primera de las interpretaciones, que excluye a los delitos especiales impropios del ámbito de aplicación de la cláusula del “actuar en lugar de otro” y que ha encontrado respaldo en gran parte de la doctrina. Así, por ejemplo, MEINI MÉNDEZ¹²⁸ y GARCÍA CAVERO¹²⁹ parten de la redacción de la cláusula en el C.P. peruano para concluir que la misma no incluye a los delitos especiales impropios al referirse a “elementos especiales que fundamentan la penalidad”.

En este sentido, el primero de los autores advierte que “...en los delitos especiales impropios no existen *elementos especiales que fundamenten la punibilidad*, sino elementos especiales que agravan o disminuyen la punibilidad de un delito común”¹³⁰. No obstante, si bien

¹²⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro...”, Op.cit., p.193.

¹²⁷ *Ibid.*, p.194.

¹²⁸ MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., pp.131-132.

¹²⁹ GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp. 87-88.

¹³⁰ *Ibid.*, p.132. Ya antes el autor ha advertido que los delitos especiales propios son “...aquellos en que la cualidad especial del

es cierto que ambos autores afirman que la exclusión de los delitos especiales impropios del ámbito de aplicación de la fórmula, no genera lo que ellos denominan como “laguna de punibilidad”¹³¹ porque la conducta puede castigarse mediante el delito común, ambos coinciden en proponer una nueva redacción de la fórmula referida, de tal manera que ésta incluya a los delitos especiales impropios, y se evite lo que se ha llamado una “laguna de agravación”¹³².

En España, por su parte, la doctrina mayoritaria también excluye a los delitos especiales impropios del ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro”¹³³. Los partidarios

sujeito es determinante para la existencia del delito de tal forma que faltando la misma el hecho es atípico”, y los impropios “...aquellos en que la calidad especial del autor sirve para atenuar o agravar la pena dado que, a diferencia de los especiales propios, tienen un correlativo delito común” (p.131). Lo anterior lo establece para concluir que “...no resulta necesaria la aplicación del ‘actuar en lugar de otro’ cuando se trate de delitos especiales impropios, porque en estos supuestos no existe ni existirá laguna de punibilidad, habida cuenta de que quien realiza la conducta puede ser sancionado mediante la imputación de responsabilidad por el delito común que sirve de ‘base’ al delito especial impropio”.

¹³¹ MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’... Op.cit., p.132; GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...* Op.cit., pp.87-88.

¹³² MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., p.132. Véase también, GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.113-115. Este autor considera como un defecto de la regulación del “actuar en lugar de otro”, el no incluir a los delitos especiales impropios en su ámbito de aplicación. Advierte que no encuentra justificación para dicha exclusión, pues resulta incoherente beneficiar a un representante con la pena común al resto de ciudadanos, cuando su actuación se equipara a la de un *intraneus*.

¹³³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...”, Op.cit., p.392; BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho penal económico...*, Op.cit., p.99; SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones...*, Op.cit., p.57, quien restringe la aplicación del art. 31 del C.P. español a los delitos especiales propios. En este sentido afirma, “...en los delitos especiales impropios, la cualidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, pero nunca su conducta queda impune, pues el sujeto responde por el delito común”; a lo anterior añade que en los delitos especiales impropios no hay laguna de punibilidad y que además en estos “...no es indispensable la relación de equivalencia (...) porque, aunque falten esas cualidades para ser sujeto activo –criterio formal- el mismo responde por el delito común, de ahí que no sea necesario que tenga el acceso al ejercicio del dominio por el actuante en lugar

de esta corriente afirman que en los delitos especiales impropios, si bien “...tampoco será posible considerar sujetos activos de los mismos a las personas físicas que no ostentan la calidad exigida por el tipo y recayente en la personificación en cuyo nombre actúan tales personas físicas, siempre cabrá estimar que éstas son sujetos activos del delito común que subyace al especial impropio”¹³⁴.

Con respecto a la regulación alemana, es importante destacar lo expuesto por GRACIA MARTÍN¹³⁵, quien explica que en ésta, la cláusula del actuar en lugar de otro no puede ser aplicada a delitos especiales impropios, porque según la disposición legal, “...la responsabilidad del que actúa en lugar de otro, entra en juego en relación únicamente con los tipos que incorporan elementos personales que *fundamentan* la pena”; y añade: “No cabe, pues, en el Derecho positivo alemán, la aplicación de dicho precepto a los delitos con elementos personales que únicamente *modifican* la pena, o, en general, a los delitos especiales impropios”¹³⁶.

Sin embargo, cabe anotar que a este autor tampoco le parece correcta la restricción de la figura del actuar en lugar de otro a los delitos especiales propios, y considera que debe extenderse a los delitos especiales impropios y a las “...figuras agravadas o privilegiadas por una condición personal, si el que actúa ha entrado en la esfera social o jurídica descrita por dicha condición”¹³⁷.

de otro”; también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal...*, Op.cit., p.56; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Autoría y participación...*, Op.cit., pp.95-96; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., p.214; LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general...*, Op.cit., p.243. Este último autor cita a BAJO FERNÁNDEZ, quien advierte “...que es obligado entender que si en lo (sic) delitos especiales impropios la ley contiene una prescripción específica para quienes no reúnen las condiciones propias del delito especial (tipo común), implica una interpretación extensiva insatisfactoria la aplicación de la pena del delito especial al extraneus”.

¹³⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal...*, Op.cit., p.56.

¹³⁵ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., p.104.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

Esto lo fundamenta en un juicio de equivalencia entre la acción desplegada por el sujeto y la acción descrita por la norma.

De todo lo anterior se concluye que, si bien desde un fundamento material es viable predicar que la cláusula del “actuar en lugar de otro” *debería* aplicarse también en los supuestos de delitos especiales impropios, la redacción de la cláusula en el C.P. colombiano, al referirse a elementos que *fundamentan* la penalidad, deja por fuera estos eventos.

Quizás la confusión se presenta porque se entiende que todo elemento del delito, por el hecho de serlo, fundamenta la penalidad, lo cual en el caso de los delitos especiales impropios no es del todo cierto pues, se insiste, si bien en ellos el elemento especial conforma la figura punible respectiva, y en tal medida se podría decir que “fundamenta” la pena del delito especial impropio, en realidad no fundamenta la penalidad del hecho como tal, pues el mismo seguiría siendo punible, como delito común, incluso si no concurre la calidad especial¹³⁸. Sostener lo contrario, significa desconocer la configuración de los delitos especiales y la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos sancionatorios.

D. ¿ES APLICABLE LA FÓRMULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” A LOS SUPUESTOS DE DELITOS CON “TENDENCIAS SUBJETIVAS EGOÍSTAS”?

Los delitos con “tendencias subjetivas egoístas”¹³⁹, son aquellos en los cuales “...sólo es típica la acción si el

autor obra en propio provecho o interés, mientras que una actuación en provecho o interés de otro es atípica”¹⁴⁰. Su redacción se caracteriza por incluir expresiones como “en provecho propio” o “en interés propio”. Cabe advertir, desde ya, que una primera mirada al C.P. colombiano, muestra que éste no contiene delitos con tendencias subjetivas egoístas, pues la expresión que se utiliza es “en provecho propio o ajeno”, o “en provecho suyo o de un tercero”¹⁴¹, lo que excluye la “tendencia egoísta” en estos tipos penales y, por lo tanto, los releva de la problemática planteada. Sin embargo, lo anterior no obsta para que se realice un análisis de los delitos con tendencias subjetivas egoístas con el fin de establecer si la cláusula del “actuar en lugar de otro” les es aplicable, toda vez que el legislador podría incluirlos en cualquier momento o modificar la redacción de los existentes, en orden a añadirles el elemento egoísta.

Comencemos por afirmar –junto con SILVA SÁNCHEZ– que los *elementos especiales* a los que se refiere la formulación legal, aluden a “...determinados ‘*elementos objetivos*’ (relaciones, condiciones o cualidades especiales) de autoría”¹⁴² y no a posibles estados anímicos o elementos subjetivos que deben concurrir en el autor al momento de ejecutar la conducta.

Al parecer, lo anterior es claro incluso para quienes defienden la aplicación del “actuar en lugar de otro” en los supuestos de delitos con tendencias subjetivas egoístas, toda vez que proponen reformar la redacción legal de la cláusula, de tal manera que incluya estos supuestos. Así, por ejemplo, GRACIA MARTÍN resalta la necesidad de introducir la fórmula del “actuar en lugar de otro” en los mencionados delitos, o excluir el elemento subjetivo egoísta presente en los mismos¹⁴³

¹³⁸ Se trata, en últimas, de la distinción entre elementos y circunstancias del delito, que no pocas confusiones ha generado en nuestro medio, en relación con las denominadas “circunstancias específicas”; sobre el particular, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y GALLEGU GARCÍA, GLORIA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código penal colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, N°61, Bogotá, Temis, 1999, pp.35-39, en especial nota al pie N°6.

¹³⁹ Cfr, GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., pp.100-101

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ Así, por ejemplo, en los siguientes artículos del C.P. 193, 194, 239, 244, 246, 249, 251, 258, 262, 263, 296, 327, 397, 405, 406, 409, 411, 412, 419, 420, 431, 432.

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “El actuar en lugar de otro...”, Op.cit., p.392.

¹⁴³ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit, pp.152-153.

(esto último como sucede, según entendemos, en el C.P. colombiano). En la misma línea parece inscribirse MEINI MÉNDEZ, quien sin afirmar expresamente la necesidad de incluir los supuestos de delitos con tendencias subjetivas egoístas en la cláusula de actuaciones en lugar de otro, propone una reforma al artículo 27 del C.P. peruano, en los siguientes términos:

“El representante legal o de hecho de una persona jurídica o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta, será considerado como autor, aun cuando el o los elementos que fundamentan o agravan la pena, no concurren en él pero sí en la persona a quien representa, *a pesar de que el hecho previsto como delito requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin*” (cursivas nuestras)¹⁴⁴.

En síntesis, puede decirse que si bien la legislación penal colombiana parece no incluir delitos con tendencias subjetivas egoístas y, en esa medida, el problema de las actuaciones en lugar de otro frente a dichos delitos no se plantea aún, la redacción de la cláusula del artículo 29, inciso 3º no permite su aplicación a los mencionados delitos. Así, si se pretende ampliar el ámbito de aplicación, de tal manera que éstos queden abarcados, sería necesario reformar dicha redacción, tal como lo han puesto de presente los últimos dos autores mencionados¹⁴⁵.

¹⁴⁴ MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, “El ‘actuar en lugar de otro’...”, Op.cit., p.150.

¹⁴⁵ GRACIA MARTÍN, LUIS, “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...”, Op.cit., pp.123-124, reitera su propuesta de regulación del “actuar en lugar de otro”, con ciertas correcciones de estilo. La propuesta del autor es la siguiente, “1. Si el fundamento o la magnitud de la pena dependieren de la realización u omisión de la acción en el ejercicio de funciones definidas por características especiales que describan al autor, también se aplicará el precepto penal que así lo determina al que, careciendo personalmente de aquellas características, hubiera asumido realmente el ejercicio de aquellas funciones y realizare u omitiere la correspondiente acción. 2. Si un precepto penal requiere la realización u omisión de la acción en provecho propio, será también autor del hecho el que actuare en provecho de quien haya derivado la función en cuyo ejercicio realizare el hecho”.

Sin embargo, aún así subsiste otra vía de solución propuesta por ROXIN¹⁴⁶ cuando acude al tipo de hurto para analizar el supuesto de instrumento doloso sin intención. Este autor advierte que el “ánimo de apropiación” no implica la consecución de un interés propio, de una ventaja o lucro personal; lo relevante, según él, es “...que el que se apropia determine sin coacción y autónomamente si va a quitarle la cosa definitivamente a su dueño, si la va a transmitir y quién va a recibirla”, y luego añade que “el motivo de su obrar es indiferente”¹⁴⁷. Por esta vía, una expresión como la de actuar “en provecho propio” puede interpretarse de tal manera que en los supuestos en los cuales el sujeto actúa movido por satisfacer un interés ajeno, simultáneamente está obteniendo provecho propio: su provecho lo encuentra en satisfacer dicho interés. Así, en los delitos con tendencias subjetivas egoístas, no sería necesaria la aplicación de la cláusula del “actuar en lugar de otro” pues concurre en el autor el elemento subjetivo que exige el tipo penal.

E. UTILIDAD DE LA FÓRMULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” PARA SOLUCIONAR LOS SUPUESTOS DENOMINADOS DE “AUTORÍA MEDIATA POR UTILIZACIÓN DE UN INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO”

Los supuestos de la llamada “autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado”, son aquellos en los cuales el *intrañeus* no realiza la acción típica pero está en connivencia con su representante no cualificado, quien realmente ejecuta esta acción¹⁴⁸. Aquí el problema consiste en que el sujeto que domina el hecho no ostenta la calidad especial, y por lo tanto su conducta sería atípica; y el sujeto cualificado, al ser atípica la conducta del *extraneus*, no puede responder como partícipe, atendiendo al principio de accesoriedad de la participación.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.372.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.372.

¹⁴⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.108. Utilizamos un ejemplo que da cuenta del problema a abordar: “(A) persona natural, induce a (B) para que éste se alce con los bienes de (A) en perjuicio de sus acreedores (los de A), y (B) realiza dicha conducta.

Si se asume la teoría de los delitos de infracción de deber, estos supuestos no representan ningún problema, pues "[e]l obligado positivamente es autor inmediato – tampoco aquí es necesario denominarlo autor mediato-, mientras que el 'instrumento' –al faltarle la cualificación– sólo habrá de responder como partícipe"¹⁴⁹.

El problema se presenta entonces para quienes encontramos más de un argumento de rechazo a la teoría de los delitos de infracción de deber, por considerar no sólo que llega a soluciones insatisfactorias¹⁵⁰, sino también contrarias al principio de legalidad¹⁵¹. En efecto, si se parte –como aquí se hace- del criterio del dominio del hecho, para que un sujeto sea considerado autor de un delito especial deberá reunir dos condiciones: además de ostentar la calidad exigida por el tipo penal (haciendo todavía abstracción de la existencia de la cláusula del "actuar en lugar de otro"), tendrá que haber dominado

¹⁴⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRÉLLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 209. Este autor critica además la solución de ROXIN, quien considera como autor *mediato* –en estos supuestos- al sujeto cualificado. En este sentido SÁNCHEZ-VERA afirma que en los delitos de infracción de deber "...el dominio del hecho es un criterio que no desempeña papel alguno en la determinación de las distintas formas de intervención delictiva (...). Y es que, en efecto, si en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho no es criterio determinante, tampoco servirá como pauta para afirmar la autoría mediata y, con ello, no es posible establecer una vinculación – en base (sic) al criterio del dominio del hecho- entre el hombre de detrás y el de delante" (p.207).

¹⁵⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., pp.332 y ss. Dentro de las críticas de este autor a los delitos consistentes en la infracción de un deber, se destaca la siguiente, "En estos delitos, como en todos, existe también un desvalor del resultado, entendido éste como la lesión o peligro del bien jurídico. Lo injusto de los delitos especiales, como del respeto (sic) de los delitos, sólo queda constituido plenamente cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado. Si lo decisivo en estos delitos fuera, como pretende ROXIN, la infracción del deber extrapenal, no habría más remedio que deducir que lo injusto de estos delitos se agota en el desvalor de acción, esto es, en la infracción de un deber" (p.333). Véase también: Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Arias Holguín Diana Patricia, Op.cit., pp. 139 y ss.

¹⁵¹ Así lo expone GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966, pp.296-298, quien señala que "[e]l principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice expresamente" (p.298).

el hecho; de otro lado, si el sujeto –incluso *intraneus*- intervino en la comisión de la conducta punible pero sólo con actos de participación y no de autoría, sólo podrá responder como partícipe. Aplicado esto al problema planteado, ambas conductas –como ya se dijo- resultan atípicas, dado que el *extraneus*, si bien domina el hecho, carece de la calidad exigida por el tipo; y el *intraneus*, aunque ostenta la calidad, carece del dominio del hecho.

Tradicionalmente, los seguidores de la teoría del dominio del hecho han tratado de resolver el problema planteado, acudiendo a la fórmula de la "autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado"¹⁵². Sin embargo, esta solución resulta tan discutible como la propuesta por los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber, toda vez que se trata como "instrumento" a quien domina el hecho y como "autor" a quien sólo realiza actos de participación, contradiciendo de manera ostensible el principio de legalidad¹⁵³.

GRACIA MARTÍN también rechaza la solución de la "autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado" "...pues el supuesto autor mediato no tiene el dominio del hecho"¹⁵⁴. En este orden de ideas, sostiene que la sola circunstancia de que el *intraneus* posea la cualificación de la autoría, no implica que domine el hecho concreto, que lo sigue teniendo el *extraneus* que es quien gobierna la decisión de si el hecho se va a ejecutar o no. Así, la conducta del *intraneus* es de auténtica inducción y por lo tanto de participación¹⁵⁵. Además, "...la calificación de la conducta del *intraneus* como de autoría mediata o como de inducción no puede depender de que el ejecutor doloso sea un *extraneus* o *intraneus* respectivamente"¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. JESCHECK, H.H./WEIGEND T., *Tratado de derecho penal...*, Op.cit., p.721.

¹⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice...*, Op.cit., p.298. En igual sentido, VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal...*, Op.cit., pp. 543-544

¹⁵⁴ GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p. 109.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 110

¹⁵⁶ *Idem.*

En realidad, los casos de ejecutor doloso no cualificado que actúa de acuerdo con el *intraneus*, se pueden resolver a través de la figura del “actuar en lugar de otro”¹⁵⁷. En efecto, “...si el problema en los supuestos de instrumento doloso no cualificado es únicamente la falta de cualificación personal típica en el supuesto instrumento –que, en puridad, no es tal porque actúa dolosamente-, y la figura del actuar en lugar de otro le otorga a efectos penales el grado de *intraneus*, forzoso será reconocer que el problema desaparece”¹⁵⁸.

No obstante, cabe reconocer que este planteamiento soluciona aquellos casos en los cuales media entre el sujeto idóneo y el que actúa en su lugar una relación típica que permite afirmar la existencia del “actuar en lugar de otro” desde el punto de vista jurídico-penal, pero no los casos en los que no pueda afirmarse dicha relación.

De todas maneras, la existencia de una cláusula general de actuaciones en lugar de otro resuelve la mayoría de supuestos de la llamada autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado. Así, el *extraneus* que realiza la conducta prevista como punible, actuando en representación del *intraneus*, se entenderá que actúa en lugar de éste y por lo tanto realiza el tipo en calidad de autor; el *intraneus*, por su parte, responderá como inductor o cómplice, si es del caso, atendiendo al grado de participación en el hecho, pues la aplicación de la cláusula del “actuar en lugar de otro” no excluye la concurrencia de la responsabilidad del sujeto representado.

A la anterior solución, como se dijo antes, se le podría objetar que sólo opera para los casos en los cuales existe un vínculo representativo formal entre el sujeto actuante en lugar de otro y su representado; sin embargo, partiendo de un fundamento material del “actuar en lugar de otro”, los supuestos en los cuales no existe tal vínculo formal pueden quedar cobijados por la representación fáctica, si concurren los demás presupuestos que permitan demostrar que el sujeto *extraneus* accedió

al dominio social típico, o asumió fácticamente la posición de garante sobre el bien jurídico protegido. Por consiguiente, los casos en los cuales no concurren dichos presupuestos no son punibles, pero esto no debe entenderse como una “laguna de punibilidad”, sino más bien como la consecuencia de una razonable decisión del legislador.

F. EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DE LA CLÁUSULA GENERAL Y LA CLÁUSULA PARTICULAR DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Expone VELÁSQUEZ que el C.P. colombiano no sólo consagra las actuaciones en lugar de otro en el artículo 29, inc. 3º, sino también en cláusulas particulares ubicadas en la Parte Especial, lo cual implica reconocer tácitamente la concurrencia de una cláusula general y varias cláusulas particulares¹⁵⁹.

En primer término, VELÁSQUEZ encuentra una cláusula particular de “actuar en lugar de otro” en el artículo 318, inciso 2º¹⁶⁰. No obstante, ésta no parece ser una cláusula de actuaciones en lugar de otro porque en realidad se refiere a un delito común¹⁶¹, el tipo penal de urbanización ilegal, que no exige una calidad especial en el sujeto activo; por esta razón, la fórmula remite más bien a un problema de *responsabilidad de los órganos y directivos de la empresa por la comisión de delitos comunes*¹⁶². En

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal...*, Op.cit., p.451

¹⁶⁰ Que para el delito de Urbanización ilegal dispone: “Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la junta directiva cuando hayan participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora descrita”.

¹⁶¹ El artículo 318, en su primer inciso consagra, “El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹⁶² Para un análisis detallado sobre este tema, véase, MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, *Responsabilidad penal del empresario...*, Op.cit.;

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.112.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p.116.

este sentido, parece que la disposición contenida en el artículo 318 consagra una cláusula de equivalencia en virtud de la cual se le asigna responsabilidad penal a los representantes legales y miembros de la junta directiva de una persona jurídica, que hayan tomado parte en la decisión que origina la respectiva conducta punible¹⁶³.

Tampoco consideramos que se consagre un problema de actuación en lugar de otro en la segunda de las cláusulas mencionadas por VELÁSQUEZ, contenida en el artículo 324¹⁶⁴. En efecto, resulta claro que esta disposición consagra una circunstancia de agravación específica para el delito de lavado de activos, que también es un delito común, lo cual resulta suficiente para mostrar que nada tiene que ver con la fórmula del "actuar en lugar de otro", pues ni opera como mecanismo de extensión de la autoría, ni hace referencia a un delito que exija en el sujeto activo un elemento especial que fundamente la penalidad de la figura punible.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., pp.196 y ss. También, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 33-145.

¹⁶³ Cabe anotar que esta disposición debe interpretarse también a partir del criterio del dominio que, como ha puesto de presente la doctrina [MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico...*, Op.cit., pp.204-205, remitiéndose a un planteamiento de SILVA SÁNCHEZ], "...comporta la exigencia de algo más que una genérica posición de garantía en el empresario u órgano directivo con respecto a los delitos que puedan ejecutarse en el seno de la actividad empresarial. De ahí que no todos los directivos vayan a responder por omisión de los hechos delictivos cometidos en el ámbito de la empresa". Sostener lo contrario, esto es, imputar responsabilidad penal por el hecho de ostentar el *status* de representante legal o miembro de la junta directiva, es dar paso a la imputación de responsabilidad objetiva, proscrita en nuestro ordenamiento.

¹⁶⁴ Que dispone: "Circunstancias específicas de agravación. Las penas privativas de la libertad previstas en el artículo anterior [que consagra el delito de lavado de activos] se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos y de la mitad a las tres cuartas partes cuando sean desarrolladas por los jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones".

En suma, del análisis precedente se deduce que la única cláusula particular de actuación en lugar de otro que consagra el C.P. colombiano parece ser la contenida en el artículo 402, referida al delito de omisión de agente retenedor¹⁶⁵; delito especial propio que exige en el sujeto activo la calidad de agente retenedor o autorretenedor. Por lo tanto, la problemática de la concurrencia de cláusulas se analizará sólo frente a esta disposición, tal como lo hace SUÁREZ SÁNCHEZ.

En efecto, este autor considera que la regulación legal de las actuaciones en lugar de otro "...resulta aparentemente contradictoria pero conduce a no tener como superflua ninguna de las dos cláusulas, pues hay que aplicar tanto la general que permite resolver todos los supuestos del actuar por otro, la cual tiene como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador al miembro u órgano de representación de la persona jurídica o de ente colectivo sin tal atributo, como también la cláusula particular mencionada, que tiene como autor del mismo delito a las 'personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones', la cual no excluye la responsabilidad del representante; con lo cual se amplía el círculo de autores del mencionado delito contra la administración pública, porque no sólo lo serán los representantes de las personas jurídicas sino también los encargados de la obligación de retener los correspondientes impuestos, tasas o contribuciones públicas"¹⁶⁶.

Contrario a lo que opina este autor, no parece correcto aplicar ambas cláusulas y extender el ámbito de autores del delito referido. En efecto, el delito de omisión de agente retenedor permite, al ser un delito especial propio, la aplicación de la cláusula general del "actuar en lugar de otro", y ésta resulta suficiente para abarcar todos los supuestos de actuaciones en lugar de otro que puedan presentarse. Vistas así las cosas, y desde un

¹⁶⁵ Esta cláusula consagra, "Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones".

¹⁶⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, "La autoría en el actuar por otro...", Op.cit., p.181.

fundamento material, sólo la persona o personas que asuman fácticamente la función que le corresponde al agente retenedor o autorretenedor en el seno de la persona jurídica, podrán ser responsables penalmente como autores del delito consagrado en el artículo 402, con independencia de que sean miembros de un órgano directivo, representantes legales, o cualquier otra persona natural que actúe como representante de hecho al asumir tal función.

De ahí que la cláusula particular sea superflua y, de aplicarse, generaría la atribución de responsabilidad objetiva. Esto se explica porque con la aplicación de la cláusula general ya se está responsabilizando a los sujetos realmente “encargados” de realizar la consignación de los tributos retenidos, es decir, a quienes ostentaban el dominio material o “dominio social típico” al asumir fácticamente las funciones correspondientes al *status* de agente retenedor o autorretenedor. Si además de aplicar esta cláusula, se acude a la cláusula particular, los sujetos que a través de ésta sean considerados responsables penalmente, no habrán sido entonces quienes ostentaban el dominio del hecho, y por lo tanto se les estará tratando como autores por el simple hecho de poseer un *status* o cargo formal, lo que contradice de manera ostensible la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Lo mismo sucedería de aplicar inicialmente la cláusula particular, pues los sujetos que en virtud de ésta fueran responsables penalmente, tendrían que ser aquellos que realmente ostentaran la posición de garante sobre el bien jurídico protegido, si se atiende, claro está, a la prohibición de responsabilidad objetiva y a la interpretación de la cláusula a partir de un fundamento material y no formal. Así, de aplicarse simultáneamente la cláusula general, no se logra entender qué otros sujetos -diferentes a los anteriores- serían responsabilizados a partir de la misma, sin incurrir en un juicio de responsabilidad objetiva. En síntesis, como ya se había advertido, la cláusula general del “actuar en lugar de otro” basta para la atribución de responsabilidad en este supuesto, y por lo tanto –a diferencia de lo sostenido por SUÁREZ SÁNCHEZ-, la inclusión de una cláusula particular, además de innecesaria, resulta inconveniente.

G. ¿ES APLICABLE LA FÓRMULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” PARA LOS SUPUESTOS EN LOS CUALES EL SUJETO REALIZA ACTOS DE PARTICIPACIÓN Y NO DE AUTORÍA?

Con independencia de la discusión en torno a la punibilidad del partícipe *extraneus* en los delitos especiales propios¹⁶⁷, resulta necesario indagar acerca de la posibilidad de aplicar la cláusula del “actuar en lugar de otro” a los *extraneus* que actúan en lugar de un partícipe cualificado, esto es, que acceden al dominio social específico de un *intraneus* que realiza conductas de participación en un delito especial propio.

En esta medida, y sin remitirnos todavía a la regulación colombiana, parece claro que desde un fundamento material de la fórmula de las actuaciones en lugar de otro, y atribuyendo a ésta una función de “reajuste de la calificación del hecho”¹⁶⁸, adicional a la de colmar “lagunas de punibilidad”, es posible aplicar la cláusula del “actuar en lugar de otro” al partícipe *extraneus* que actúa en lugar de un partícipe *intraneus*.

En consonancia con lo anterior, se ha considerado que la cláusula de actuaciones en lugar de otro equipara formalmente conductas que se muestran equivalentes desde una perspectiva de antijuridicidad material, y por esta razón se ha llegado a admitir que dicha cláusula “...extiende a los actuantes en lugar de otro el régimen de la participación de *intranei* cuando sus conductas no fundamentan una autoría...”, esto es, “...nivela valorativamente la participación de los actuantes en

¹⁶⁷ Cfr. sobre el tema en Colombia, entre otros, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL, “La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXV, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 71-95; MARÍN SALAZAR, MARIO, *Autor y partícipe...*, Op.cit., pp.127 y ss.; PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, “La participación en...”, Op.cit., pp.17-34. Con carácter general, recientemente en la doctrina española, ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRÉLLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber...*, Op.cit.

¹⁶⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro...*, Op.cit., p.270.

lugar de otro equiparándolos, a todos los efectos, a los *intranei*¹⁶⁹.

Si bien esta postura resulta coherente con el fundamento y la función que se le atribuye al “actuar en lugar de otro”, no parece ajustarse a la consagración de la figura en el C.P. colombiano. Esto, básicamente, porque la fórmula legal acude a la expresión “También es autor...”, lo que estaría excluyendo de su ámbito de aplicación las conductas de quienes realizan actos de participación y no de autoría. Si con la fórmula se pretendiera abarcar las conductas de los partícipes, así tendría que consagrarse expresamente. Además, la ubicación de la norma en el artículo que regula la autoría –y no la participación- puede operar como un indicio de que el legislador colombiano restringió su aplicación, precisamente, al ámbito de la autoría.

Y es que no puede ignorarse que la norma objeto de análisis está extendiendo la punibilidad a sujetos que – de no existir dicha norma- no responderían penalmente; de ahí que sea imperiosa su interpretación restrictiva, mientras no varíe su redacción de tal forma que incluya expresamente a los partícipes¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Esta problemática, sin embargo, no ha sido abordada por la doctrina nacional, pese a la relevancia de la misma para el tratamiento del partícipe *extraneus* en los delitos especiales. Por ejemplo, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “El fundamento de la pena en el actuar por otro”, Op.cit., p.397, indica que la cláusula del “actuar en lugar de otro” hace posible “...la punición como autor de sujeto determinado que no pertenece al círculo personal del tipo, siempre y cuando su conducta en lo objetivo fundamente autoría; de lo contrario sería participación”. Sin embargo no profundiza en el tratamiento que recibiría el partícipe.



COMENTARIO FINAL

Pese a los defectos que presenta la actual redacción de la fórmula del “actuar en lugar de otro”, algunos de los cuales se han señalado en este trabajo, debe reconocerse que la cláusula del artículo 29, inciso 3° del C.P. colombiano, posee amplias ventajas frente a otras regulaciones, al referirse expresamente a la realización de la conducta por parte del actuante por otro, y al abarcar las actuaciones en lugar de personas naturales y los supuestos de representación fáctica, posibilitando así, entre otros aspectos, la interpretación de la fórmula a partir de un fundamento material. También es preciso destacar que a partir de la introducción de la cláusula analizada, se hace posible solucionar algunos de los problemas de imputación de responsabilidad penal

que se presentan, en mayor medida, en el ámbito de la criminalidad económica.

Cabe señalar, por último, que con los distintos problemas esbozados en este trabajo, no se pretende agotar la temática relacionada con la regulación del “actuar en lugar de otro” en el ordenamiento penal colombiano. Por el contrario, lo planteado no es más que un compendio de interrogantes alrededor de una figura que, por su reciente introducción en el Código Penal, no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina e incluso –nos atrevemos a afirmarlo- por parte de los aplicadores del Derecho en Colombia.



BIBLIOGRAFÍA

- BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001.
- CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL, “La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXV, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 71-95.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “La problemática de la codelincuencia en el Código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el ‘interviniente’ del artículo 30, párrafo final”, en: *Derecho penal y Criminología*, N° 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp.45-77.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1982.
- GARCÍA CAVERO, PERCY, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, Ara Editores, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.
- GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general*, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985; “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español”, en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín oficial del Estado, 1995, pp.81-124.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
- LINARES ESTRELLA, ÁNGEL, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Autoría y participación*, Madrid, Akal, 1996.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- MARÍN SALAZAR, MARIO, *Autor y participe en el injusto penal*, Bogotá, Temis, 1992.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- MAZUELOS COELLO, JULIO F., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'", en GARCÍA CAVERO, PERCY (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Lima, Ara Editores, 2002, pp.453-502.
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO, "El 'actuar en lugar de otro' en el derecho penal peruano", en: *Nuevo Foro Penal*, N° 62, Bogotá, Temis, 1999, 127-158; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "¿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 organizada y empresarial?", en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp.501-531; "Administración desleal e insolvencia punible, problemas de imputación personal", en: NIETO MARTÍN, ADÁN (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp.353-374.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, Rafael Castellanos, 1986.
- PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, "La participación en los delitos especiales", en: *Nuevo Foro Penal*, N° 55, Bogotá, Temis, 1992, pp.17-34.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal, Parte general*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 10ª edición, 1986.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- SÁNCHEZ DOMINGO, MARIA BELÉN, *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho penal*, Burgos, Universidad de Burgos, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRÉLLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- SCHÜNEMANN, BERND, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal de la empresa", traducción de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascurain Sánchez, en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLI, fascículo 2, 1988; "El dominio sobre el fundamento del resultado, base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", traducción de Mariana Sacher, en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, pp.13-25.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "El actuar en lugar de otro en el Código penal español", en GARCÍA CAVERO, PERCY (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Lima, Ara Editores, 2002, pp.389-451.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la "Teoría de los delitos de infracción del deber"", en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N°15, Bogotá, Legis, 2006, pp. 133 y ss.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y GALLEGO GARCÍA, GLORIA, “Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código penal colombiano”, en: *Nuevo Foro Penal*, N°61, Bogotá, Temis, 1999.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano”, en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, pp.171-195; “El fundamento de la pena en el actuar por otro”, en: CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ (Comp.), *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; *Autoría y Participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, 1998, pp.385-400.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Bogotá, Temis, 2002; *Derecho Penal, Parte general*, Bogotá, Temis, 1994.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.

TÍTULOS PUBLICADOS EN ESTA COLECCIÓN

Copia disponible en: www.eafit.edu.co/investigacion/cuadernosdeinv.htm

Cuaderno 1 - Marzo 2002

**SECTOR BANCARIO Y COYUNTURA
ECONÓMICA EL CASO COLOMBIANO
1990 - 2000**

Alberto Jaramillo, Adriana
Ángel Jiménez, Andrea Restrepo Ramírez,
Ana Serrano Domínguez y Juan Sebastián
Maya Arango

Cuaderno 2 - Julio 2002

**CUERPOS Y CONTROLES, FORMAS
DE REGULACIÓN CIVIL. DISCURSOS Y
PRÁCTICAS EN MEDELLÍN 1948 - 1952**

Cruz Elena Espinal Pérez

Cuaderno 3 - Agosto 2002

UNA INTRODUCCIÓN AL USO DE LAPACK

Carlos E. Mejía, Tomás Restrepo y Christian
Trefftz

Cuaderno 4 - Septiembre 2002

**LAS MARCAS PROPIAS DESDE
LA PERSPECTIVA DEL FABRICANTE**

Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 5 - Septiembre 2002

**INFERENCIA VISUAL PARA LOS
SISTEMAS DEDUCTIVOS LBPCO, LBPC Y
LBPO**

Manuel Sierra Aristizábal

Cuaderno 6 - Noviembre 2002

**LO COLECTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE
1991**

Ana Victoria Vásquez Cárdenas,
Mario Alberto Montoya Brand

Cuaderno 7 - Febrero 2003

**ANÁLISIS DE VARIANZA DE LOS
BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS
MANUFACTURERAS EN COLOMBIA,
1995 - 2000**

Alberto Jaramillo (Coordinador),
Juan Sebastián Maya Arango, Hermilson
Velásquez Ceballos, Javier Santiago Ortiz,
Lina Marcela Cardona Sosa

Cuaderno 8 - Marzo 2003

**LOS DILEMAS DEL RECTOR: EL CASO
DE LA UNIVERSIDAD EAFIT**

Álvaro Pineda Botero

Cuaderno 9 - Abril 2003

INFORME DE COYUNTURA: ABRIL DE 2003

Grupo de Análisis de Coyuntura Económica

Cuaderno 10 - Mayo 2003

GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

Escuela de Administración

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 11 - Junio 2003

**GRUPOS DE INVESTIGACIÓN ESCUELA DE
CIENCIAS Y HUMANIDADES, ESCUELA DE
DERECHO, CENTRO DE IDIOMAS Y
DEPARTAMENTO DE DESARROLLO
ESTUDIANTIL**

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 12 - Junio 2003

**GRUPOS DE INVESTIGACIÓN -
ESCUELA DE INGENIERÍA**

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 13 - Julio 2003

**PROGRAMA JÓVENES INVESTIGADORES –
COLCIENCIAS: EL ÁREA DE LIBRE COMERCIO
DE LAS AMÉRICAS Y
LAS NEGOCIACIONES DE SERVICIOS**

Grupo de Estudios en Economía y Empresa

Cuaderno 14 - Noviembre 2003

BIBLIOGRAFÍA DE LA NOVELA COLOMBIANA

Álvaro Pineda Botero, Sandra Isabel Pérez,
María del Carmen Rosero y María Graciela Calle

Cuaderno 15 - Febrero 2004

PUBLICACIONES Y PONENCIA 2003

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 16 - Marzo 2004

**LA APLICACIÓN DEL DERECHO
EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS
CONSTITUCIONALIZADOS**

Gloria Patricia Lopera Mesa

Cuaderno 17 - Mayo 2004

**PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS A
GRAN ESCALA PARA LA MICROEMPRESA:
HACIA UN MODELO VIABLE**

Nicolás Ossa Betancur

Cuaderno 18 - Mayo 2004

**ARTÍCULOS RESULTADO DE LOS
PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR
LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA DE
PRODUCCIÓN QUE SE GRADUARON EN EL
2003**

Departamento de Ingeniería de Producción

Cuaderno 19 - Junio 2004

**ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO
REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE
INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON
EN EL AÑO 2003**

Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 20 - Junio 2004

**ARTÍCULOS RESULTADO DE LOS PROYECTOS
DE GRADO REALIZADOS POR LOS
ESTUDIANTES DE INGENIERÍA DE PROCESOS QUE
SE GRADUARON EN
EL 2003**

Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 21 - Agosto 2004

**ASPECTOS GEOMORFOLÓGICOS DE LA AVENIDA
TORRENCIAL DEL 31 DE ENERO DE 1994 EN LA
CUENCA DEL RÍO FRAILE Y
SUS FENÓMENOS ASOCIADOS**

Juan Luis González, Omar Alberto Chavez,
Michel Hermelín

Cuaderno 22 - Agosto 2004

**DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN LAS TEORÍAS
DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO**

Marleny Cardona Acevedo, Francisco Zuluaga Díaz,
Carlos Andrés Cano Gamboa,
Carolina Gómez Alvis

Cuaderno 23 - Agosto 2004

GUIDELINES FOR ORAL ASSESSMENT

Grupo de investigación Centro de Idiomas

Cuaderno 24 - Octubre 2004

**REFLEXIONES SOBRE LA INVESTIGACIÓN DESDE
EAFIT**

Dirección de investigación y Docencia

Cuaderno 25 - Septiembre 2004

**LAS MARCAS PROPIAS DESDE
LA PERSPECTIVA DEL CONSUMIDOR FINAL**

Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 26 - Febrero 2005

PUBLICACIONES Y PONENCIAS -2004-

Dirección de investigación y Docencia

Cuaderno 27 - Marzo 2005

EL MERCADEO EN LA INDUSTRIA DE LA CONFECCIÓN - 15 AÑOS DESPUÉS -

Belisario Cabrejos Doig

Cuaderno 28 - Abril 2005

LA SOCIOLOGÍA FRENTE A LOS ESPEJOS DEL TIEMPO: MODERNIDAD, POSTMODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN

Miguel Ángel Beltrán, Marleny Cardona Acevedo

Cuaderno 29 - Abril 2005

“OXIDACIÓN FOTOCATALÍTICA DE CIANURO”

Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 30 - Mayo 2005

EVALUACIÓN A ESCALA DE PLANTA PILOTO DEL PROCESO INDUSTRIAL PARA LA OBTENCIÓN DE ACEITE ESENCIAL DE CARDAMOMO, BAJO LA FILOSOFÍA “CERO EMISIONES”

Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 31 - Junio 2005

LA DEMANDA POR FORMACIÓN PERMANENTE Y CONSULTORÍA UNIVERSITARIA

Enrique Barriga Manrique

Cuaderno 32 - Junio 2005

ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON EN EL AÑO 2004

Escuela de Ingeniería
Departamento de Ingeniería Mecánica

Cuaderno 33 - Julio 2005

PULVERIZACIÓN DE COLORANTES NATURALES POR SECADO POR AUTOMIZACIÓN

Grupo de Investigación Desarrollo y Diseño de Procesos -DDP-
Departamento de Ingeniería de Procesos

Cuaderno 34 - Julio 2005

“FOTODEGRADACIÓN DE SOLUCIONES DE CLOROFENOL-CROMO Y TOLUENO-BENCENO UTILIZANDO COMO CATALIZADOR MEZCLA DE DIÓXIDO DE TITANIO (TiO₂), BENTONITA Y CENIZA VOLANTE”

Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-
Edison Gil Pavas

Cuaderno 35 - Septiembre 2005

HACIA UN MODELO DE FORMACIÓN CONTINUADA DE DOCENTES DE EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL USO PEDAGÓGICO DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Claudia María Zea R., María del Rosario Atuesta V., Gustavo Adolfo Villegas L., Patricia Toro P., Beatriz Nicholls E., Natalia Foronda V.

Cuaderno 36 - Septiembre 2005

ELABORACIÓN DE UN INSTRUMENTO PARA EL ESTUDIO DE LOS PROCESOS DE CAMBIO ASOCIADOS CON LA IMPLANTACIÓN DEL TPM EN COLOMBIA

Grupos de Investigación:
Grupo de Estudios de la Gerencia en Colombia
Grupo de Estudios en Mantenimiento Industrial (GEMI)

Cuaderno 37 - Septiembre 2005

PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS A GRAN ESCALA PARA LA MICROEMPRESA COLOMBIANA

Nicolás Ossa Betancur
Grupo de Investigación en Finanzas y Banca
Área Microfinanzas

Cuaderno 38 - Noviembre 2005

PROCESO “ACOPLADO” FÍSICO-QUÍMICO Y BIOTECNOLÓGICO PARA EL TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES CONTAMINADAS CON CIANURO

Grupo de Investigación Procesos Ambientales y Biotecnológicos -GIPAB-

Cuaderno 39 - Febrero 2006

LECTURE NOTES ON NUMERICAL ANALYSIS

Manuel Julio García R.

Department of Mechanical Engineering

Cuaderno 40 - Febrero 2006

MÉTODOS DIRECTOS PARA LA SOLUCIÓN DE SISTEMAS DE ECUACIONES LINEALES SIMÉTRICOS, INDEFINIDOS, DISPERSOS Y DE GRAN DIMENSIÓN

Juan David Jaramillo Jaramillo, Antonio M. Vidal Maciá,
Francisco José Correa Zabala

Cuaderno 41- Marzo 2006

PUBLICACIONES, PONENCIAS, PATENTES Y REGISTROS 2005

Dirección de Investigación y Docencia

Cuaderno 42- Mayo 2006

A PROPÓSITO DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO PENAL “MODERNO” Y LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Diana Patricia Arias Holguín

Grupo de Estudios Penales (GEP)

Cuaderno 43- Junio 2006

ARTÍCULOS DE LOS PROYECTOS DE GRADO REALIZADOS POR LOS ESTUDIANTES DE INGENIERÍA MECÁNICA QUE SE GRADUARON EN EL AÑO 2005

Departamento de Ingeniería Mecánica

Escuela de Ingeniería

Cuaderno 44- Junio 2006

EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PROBLEMAS MÁS RELEVANTES DE LA FÓRMULA DEL ART. 29 INCISO 3

Susana Escobar Vélez

Grupo de Estudios Penales (GEP)

