

# El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano

*Iván Fabio Meini Méndez\**

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años la atención de la doctrina penal ha girado en torno a la necesidad de idear nuevos mecanismos de control para hacer frente a la delincuencia económica, amén de las particularidades de este tipo de criminalidad que genera claros inconvenientes en la aplicación de los instrumentos utilizados por el derecho penal “clásico” o “nuclear” y de los graves perjuicios que esta genera para la colectividad. Probablemente, dentro de esta orientación, uno de los principales problemas que haya que sortear sea el de dar respuesta a la interrogación de si es necesario adecuar las clásicas categorías de autoría y participación —cuando no crear unas nuevas— a las conductas realizadas en el interior de estructuras empresariales y a partir de ello poder imputar responsabilidad penal a las personas que actúan para y por medio de un ente colectivo, e incluso, al ente colectivo.

La imputación de responsabilidad penal a quienes actúan en el seno de una estructura organizada en función de la división del trabajo y del principio de jerarquía, presenta toda una gama de atractivas dificultades, las mismas que van desde la identificación del sujeto natural, al cual se pretende imputar responsabilidad penal, hasta la conveniencia o no de hacer penalmente responsables a los entes colectivos, pasando por los mecanismos de atribución de responsabilidad penal a los órganos de

\* Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECD. Universidad de Cádiz).

representación de las empresas que se utilizan para cometer, favorecer o encubrir un hecho antijurídico. Tal vez sea este último tema (la responsabilidad penal de los órganos de representación), y en especial cuando se trata de delitos especiales (la responsabilidad penal de los órganos de representación por delitos especiales o "actuar en lugar de otro"), el que resalte en nuestro entorno debido a la escasa dedicación que ha merecido por parte de la doctrina<sup>1</sup> y jurisprudencia nacionales, lo que genera que ocho años después de la entrada en vigencia de nuestro Código Penal existan todavía fuertes incertidumbres sobre sus presupuestos, campo de aplicación, naturaleza jurídica, consecuencias y, sobre todo, la necesidad de su reforma.

En tal sentido, este ensayo pretende contribuir a la discusión que en torno al "actuar en lugar de otro" y a la técnica legislativa utilizada en su redacción debe existir, única manera de sopesar los aspectos positivos y negativos del mencionado precepto —más los segundos que los primeros— y apostar por su modificación.

## 2. APROXIMACIÓN INICIAL

El artículo 27 del Código Penal peruano regula lo que en doctrina se conoce como el "actuar en lugar de otro"; *grosso modo*, una cláusula de extensión de autoría<sup>2</sup> que permite imputar responsabilidad penal a título de autor a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito especial, a pesar de que la cualificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada.

<sup>1</sup> Algunos de los estudios en que se ha analizado el tema son, RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, t. I, 2ª ed., Lima, Grijley, 1995, págs. 286 a 288; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, 2ª ed., Lima, San Marcos, 1998, págs. 221 a 224; FELIPE VILLAVICENCIO, *Código Penal*, Lima, Grijley, 1997, págs. 163 y 164; JAVIER VILLA STEIN, *Derecho penal*, Parte general, Lima, San Marcos, 1998, págs. 197 y 198 y IVÁN MEINI MÉNDEZ, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal", en *Ius et Veritas* (VII-13), págs. 199 y ss.

<sup>2</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en derecho penal II*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986, pág. 84; JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 43; BAJO SUÁREZ, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág. 576; JESÚS SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995; J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed. española), pág. 376 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual de derecho penal económico*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 216. Aproximándose a este concepto RODRÍGUEZ MOURULLO, para quien el "actuar en lugar de otro" no es cláusula de extensión de autoría sino que "permite la *transferencia* de las cualidades que residen en el representado a la persona que actúa en su nombre o representación", en *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) Madrid, Civitas, 1997, pág. 176; OCTAVIO DE TOLEDO, cuando señala que la previsión normativa del "actuar en nombre de otro" es, pues, una cláusula de armonización del ordenamiento que, más que extender la punibilidad en ciertos hechos a determinados sujetos, cubre una laguna de punibilidad originada por la formulación sintética de los tipos". "Las actuaciones en nombre de otro", en: ADPCP (I-1984) pág. 52 y COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 280, cit. (13). En igual sentido, FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., pág. 164.

Literalmente señala el artículo 27 del Código Penal: "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".

Un precepto como este busca colmar una laguna de punibilidad que se presentaba cuando quien actuaba no reunía determinados elementos especiales que requería el tipo del delito especial y, en consecuencia, no podía ser sancionado<sup>3</sup>. Del mismo modo, la persona jurídica representada no podía ser sancionada por reconocerse la incapacidad de los entes colectivos para delinquir, acarreado, en consecuencia, la impunidad de las personas naturales que en su lugar actuaban debido a la accesoriedad de la participación<sup>4</sup>, habida cuenta de que el ente colectivo no puede ser considerado autor de un delito. Como se aprecia, es un precepto cuya aplicación está destinada, fundamentalmente, al campo del derecho penal de la empresa.

La regulación del "actuar en lugar de otro" es novedosa en nuestro medio si se tiene en cuenta que ni el Código Penal peruano de 1924 ni ley penal especial alguna contemplaban una cláusula similar a la contenida en el artículo 27 del Código Penal<sup>5</sup>.

Según lo señalado por el legislador en la exposición de motivos del Código Penal, el antecedente legislativo del artículo 27 del Código Penal se encuentra en el artículo 15 bis del, hoy en día derogado, Código Penal español<sup>6</sup> que fuera adicionado con

<sup>3</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 218; BAJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., pág. 576; JUAN CÓRDOBA RODA, "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en derecho español", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 1987, págs. 135 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, "Las actuaciones...", cit., pág. 52; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996, lec. 7, Marg. 67 y RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287.

<sup>4</sup> La accesoriedad de la participación significa que la conducta del partícipe depende de la del autor. *Vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Aranzadi, 1999, pág. 617 y JUAN BUSTOS, *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pág. 289. De acuerdo con este principio la participación será accesoría de la autoría en el sentido de que el hecho realizado por el autor tiene que ser típico y antijurídico (accesoriedad limitada o media) y, además, culpable (accesoriedad estricta o máxima). La accesoriedad mínima, esto es, aquella referida a que la acción del autor sea solamente típica para que la conducta de partícipe sea relevante para el derecho penal prácticamente ya no encuentra seguidores. *Cfr.* MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pág. 118. Sin importar por cuál contenido de accesoriedad se opte: mínima, media o limitada, o máxima o estricta, al no tener capacidad de acción las personas jurídicas, sus acciones serán siempre atípicas y las de sus representantes no soportarán juicio alguno de "accesoriedad".

<sup>5</sup> Según PEÑA CARRERA, antes de la entrada en vigencia del Código Penal en 1991 los tribunales penales recurrían a una interpretación *in malam partem* para sancionar al representante de una persona jurídica cuando de delitos especiales propios se trataba, trasladando sin más la cualificación de la empresa representada a su representante. *Vid.* *Tratado...*, cit., pág. 287. Igual situación se presentó en España antes de la incorporación del art. 15 bis en el Código Penal con ocasión de la Reforma Urgente y Parcial de 1983. *Vid.* COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pág. 278.

<sup>6</sup> Artículo 15 bis del Código Penal español (derogado): "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no con-

ocasión de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, y en el artículo 31 de la Propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983<sup>7</sup>. Estos artículos, a su vez, encontraron su antecedente inmediato en el § 14 del STGB<sup>8</sup>.

Tener en cuenta estos antecedentes históricos es importante no solo porque nos permite evaluar las modificaciones —omisiones y adiciones— realizadas por el legislador nacional a los "moldes" anteriormente citados y opinar sobre la conveniencia o no de las mismas, sino también porque la doctrina extranjera que sobre dichos preceptos se ha pronunciado, puede suplir en un primer momento las lagunas nacionales y orientar nuestra investigación.

### 3. CAMPO DE APLICACIÓN

#### A) Delitos especiales propios

Según la ley la fórmula del "actuar en lugar de otro" es aplicable "(...) aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él —el representante—, pero sí en la representada", esto es, se hace explícita referencia que esta cláusula será utilizada para la imputación de delitos especiales<sup>9</sup> y, dentro de estos, para los delitos especiales propios<sup>10</sup>. Queda claro que no resulta necesario invo-

curra en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

<sup>7</sup> Artículo 31 de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983: "El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurriera en aquel las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderán con arreglo a este, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado".

<sup>8</sup> El § 14 del STGB 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.

Sí, por indicación del titular de una empresa o por indicación de una persona autorizada al efecto, alguien estuviere: 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 este encargo, se aplicará entonces también a los encargados 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 deba fundamentar la autorización para la representación o para el encargo hubiese sido inválido".

<sup>9</sup> Por todos, LUIS GRACIA MARTÍN, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español", en *Hacia un derecho penal económico europeo*. (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann). Madrid, 1995, pág. 100.

<sup>10</sup> Así, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7. Marg. 67; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios...*, cit., pág. 176 y BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código...*, cit., pág. 222.

car esta fórmula en el caso de delitos comunes ya que en estos el tipo de lo injusto del delito no exige elemento especial alguno que fundamente la penalidad (no exige características específicas de autoría o "elementos especiales que fundamenten la punibilidad" en el sentido en que se expresa el art. 27 del C. P.), por lo que la imputación de responsabilidad penal a los órganos de representación de la empresa que hayan tomado parte en la ejecución de un delito común no ofrece mayores problemas que el de determinar el grado de dicha responsabilidad, es decir, determinar si se le califica de autor o partícipe<sup>11</sup>. Así, implícitamente, se descarta el recurso de la fórmula del "actuar en lugar de otro" para los delitos comunes.

Sin embargo, en el caso de delitos especiales es distinto. Son delitos especiales aquellos que solo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas puesto que se produce una limitación —a veces explícita<sup>12</sup>, a veces implícita<sup>13</sup>— de la esfera de posibles autores en sede de tipicidad<sup>14</sup> al requerirse una o algunas cualificaciones que no ostentan todos los seres humanos.

Dentro de la categoría de delitos especiales cabe distinguir, por un lado, a los delitos especiales propios; aquellos en que la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito de tal forma que faltando la misma el hecho es atípico y, por otro lado, a los delitos especiales 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<sup>15</sup>. Ejemplo de los primeros es el delito de prevaricato contenido en el artículo 418 del Código Penal<sup>16</sup> en la medida que solo un juez o un fiscal pueden cometer el delito: si lo comete otra persona el hecho es atípico. Ejemplo de los segundos es el delito de peculado del artículo 387 del Código Penal<sup>17</sup> ya

<sup>11</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUIÁN, *Manual...*, cit., pág. 215.

<sup>12</sup> Por ejemplo la gran mayoría de delitos contra la administración pública ubicados sistemáticamente bajo el rubro "Delitos cometidos por funcionarios públicos", como el delito de abuso de autoridad del art. 376 del C. P. (el funcionario público que ...) y el delito de peculado del art. 387 del C. P. (el funcionario o servidor público que se apropia ...).

<sup>13</sup> Muchas veces y a pesar de que el precepto penal contenga el cliché "el que" se trata de un delito especial dado que el tipo sigue manteniendo características especiales que delimitan el círculo de posibles autores. Por ejemplo, el número 1 del artículo 215 (delito de libramiento indebido: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, el que gira un cheque, cuando: 1. No tenga provisión de fondos o autorización para sobregirarse") en tanto que según la lógica de la norma el girar un cheque sin provisión de fondos presupone ser titular de una cuenta corriente, a la que no se puede acceder sino es cumpliendo determinados requisitos que no todos pueden llevar a efecto.

<sup>14</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 628.

<sup>15</sup> Por todos, QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 629.

<sup>16</sup> Artículo 418 del Código Penal peruano: "El juez o el fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años".

<sup>17</sup> Artículo 387 del Código Penal peruano: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años (...)".

que si la apropiación no es realizada por un funcionario o servidor público todavía se puede sancionar por el delito común de apropiación ilícita del artículo 190 del Código Penal<sup>18</sup>.

En esta línea de pensamiento, se podría sostener 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 una 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<sup>19</sup>. Además, 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.

Sin embargo, si bien no existe una laguna de punibilidad, sí existe una "laguna de agravación", dado que la pena que por razones político-criminales merece el sujeto activo representante en un delito especial impropio no le podrá ser impuesta por no ostentar la cualificación que requiere el delito, y se tendrá que derivar su sanción a la del delito común, con la correspondiente disminución de pena que ello conlleva.

Acorde con lo dicho, el artículo 27 del Código Penal es utilizable exclusivamente para los delitos especiales propios toda vez que solo en estos se exigen *elementos especiales que fundamenten la punibilidad*.

#### B) La escisión de los elementos especiales

El artículo 27 del Código Penal que regula el "actuar en lugar de otro", parte de una situación de *escisión* o de *disociación* de los elementos del tipo del delito especial<sup>20</sup> referida a los casos en que el hecho es realizado por un sujeto "representante", en quien no concurren los elementos especiales que exige el tipo especial propio que sí concurren en el "representado". Esta situación de escisión se presenta con frecuencia en el ámbito empresarial a consecuencia de la división vertical o principio de jerarquía y división horizontal o reparto de funciones<sup>21</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, del representante de una empresa declarada en quiebra que, defraudando a sus acreedores, simula

<sup>18</sup> Artículo 190 del Código Penal peruano: "El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (...)".

<sup>19</sup> El "actuar en lugar de otro" debería ser aplicable tanto a los delitos especiales propios cuanto a los especiales impropios, sin embargo, soy consciente que al amparo de la literalidad del precepto objeto de comentario únicamente es aplicable a los primeros. Sobre el tema, *vid. V.3.g.*

<sup>20</sup> *Vid. LUIS GRACIA MARTÍN, El actuar...*, cit., pág. 127, BAJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., págs. 578 y 579 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 218.

<sup>21</sup> Por todos, BERN SCHÖNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa", en *ADPCP* (1988- III), pág. 531 y JOSÉ PAREDES CASTAÑÓN, en *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. PAREDES/RODRÍGUEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 145 y ss.

pérdidas (delito de quiebra fraudulenta tipificado en el art. 209 C. P. modificado por el decr. leg. 681 de 22 de octubre de 1996<sup>22</sup>) o del representante de una empresa que ostenta una posición monopólica en el mercado que, infringiendo la ley de la materia (decr. leg. 701 —Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia— modificado por el decr. leg. 807), abusa de dicha posición (delito de abuso de poder económico tipificado en el art. 232 del C. P.). Adviértase que en estos casos la cualificación que exige el tipo del delito de quiebra fraudulenta: *comerciante declarado en quiebra*, y la que exige el tipo del delito de abuso de poder económico: *posición monopólica*, no concurren en el representante que simula las pérdidas o en el que infringe la ley de la materia y abusa de la posición monopólica (quienes, en definitiva, actúan), sino en la empresa que representan, siendo del caso que esta última no es quien ha simulado las pérdidas o quien ha infringido la ley de la materia y abusado de la posición monopólica (quienes no actúan).

De no existir un precepto como el artículo 27 del Código Penal no se podría sancionar al representante al no tener la cualificación de *comerciante declarado en quiebra* o al no ostentar una *posición monopólica* en el mercado. Del mismo modo, tampoco se podría sancionar a la persona jurídica por estar vigente en nuestro ordenamiento jurídico el principio *societas delinquere non potest*, lo que impide castigar al representante a título de partícipe en orden, según lo antes dicho, a la accesoriadad de la participación.

<sup>22</sup> Artículo 209 del Código Penal peruano, modificado por decr. leg. 681 de 22 de octubre de 1996: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de uno a tres años conforme el artículo 36, incisos 2º y 4º, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude a sus acreedores:

1. Simule, suponga o contraiga efectivamente deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.
2. Sustraiga u oculte bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o existencia.
3. Conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor.

Si el acto hubiera sido cometido dentro de un proceso de titulación la pena será privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36, incisos 2º y 4º.

La inhabilitación del art. 36, inciso 2º regula la "incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público". La inhabilitación del art. 360, inciso 4º regula la "Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia".

<sup>23</sup> Artículo 232 del Código Penal peruano: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 2º y 4º".

Nótese que en el ordenamiento jurídico peruano, según una *interpretación a contrario* del art. 61 de la Constitución Política del Estado, son lícitos los monopolios salvo los que recaigan sobre la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación. En todo caso, lo que constituye delito es el abuso de los monopolios.

Acorde con esto, lo que se busca con la cláusula del "actuar en lugar de otro" es superar la escisión de los elementos del tipo del delito especial imputando al representante el elemento especial de la autoría mediante un criterio normativo<sup>24</sup>. En esta línea de argumentación, lo importante es la determinación del criterio de imputación que se debe utilizar, lo que guarda directa relación con su naturaleza jurídica.

De este modo, el campo de aplicación de la fórmula del "actuar en lugar de otro", en su versión peruana, queda reducido a los supuestos de delitos especiales propios en que se produzca una situación de escisión de los elementos especiales entre el "representante", persona natural, y el "representado", persona jurídica.

#### 4. ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO"

La categoría del "actuar en lugar de otro" puede ser argumentada desde diversos ángulos, pero habrá que ser cautos en reconocer, por un lado, cuál es el fundamento del precepto del artículo 27 del Código Penal tal cual se encuentra redactado con todos sus defectos y virtudes y, por otro, cuál es el fundamento que debería tener en caso de que se postule su modificación.

Antes bien, se debe llamar la atención de que las teorías que intentan precisar la naturaleza jurídica del "actuar en lugar de otro" parten de que el objetivo perseguido es imputar responsabilidad penal al representante que no reúne las condiciones especiales que exige el tipo especial al recaer estos sobre la persona (jurídica o natural) a la que representa. Como se ve, el fin político criminal no es otro que salvar la laguna de punibilidad que se presenta, mayoritariamente, en la delincuencia económica en mérito a la situación de escisión de los elementos especiales en las estructuras organizadas en función a la división del trabajo y al principio de jerarquía.

##### A) La tesis de la "representación"

Esta tesis intenta justificar el "actuar en lugar de otro" teniendo en cuenta que la mayoría de los preceptos que se encargan de su regulación positiva hacen expresa referencia a una relación de representación entre el *extraneus* que actúa y la persona jurídica que es representada<sup>26</sup>. A partir de ello, se construye un paralelo entre la representación propia del mandato civil y la naturaleza jurídica del "actuar en lugar de otro"<sup>27</sup>, transmitiéndose las características especiales de autoría que ostenta el represen-

<sup>24</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 97.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Así, el § 14 del STGB, el art. 31 del Código Penal español, el art. 27 del Código Penal peruano, el art. 12 del Código Penal portugués de 1982 y el art. 15 bis del antiguo Código Penal español.

<sup>27</sup> JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172 y ENRIQUE BACIGALUPO, "Responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica", en *Comentarios a la legislación penal*, v. 1, Madrid, 1985, págs. 316 y 317.

tado al representante, concluyéndose que "la representación convierte al representante en *destinatario* de las normas especiales que incumben a la persona representada"<sup>28</sup>.

A criterio de un sector de la doctrina, esta argumentación es «puramente formal y materialmente incorrecta»<sup>29</sup> ya que se toma prestado del derecho civil una construcción dogmática que deja de lado la importancia político-criminal que se persigue<sup>30</sup>. Así, la teoría de la representación no serviría o acarrearía consecuencias insatisfactorias para fundamentar el "actuar en lugar de otro" en los siguientes casos:

En primer lugar, en los casos de representación fáctica<sup>31</sup> en que no existe un vínculo formal entre el representante *extraneus* y el representado que ostenta la característica especial exigida por la ley. En estos supuestos, como quiera que no concurre el vínculo que permite a la teoría de la "representación" trasladar el elemento especial de autoría del representado al representante al ser este último de hecho o fáctico, la teoría de la "representación" no tendría como incluir estos casos.

En segundo lugar, en los casos de delitos de tendencias subjetivas egoístas, es decir, cuando el tipo del delito requiere que la conducta se realice en interés propio (aquellos cuya redacción contiene la frase *el que en provecho propio*). En este grupo de casos resultan atípicas las conductas que se llevan a cabo en interés de otro por no concurrir el elemento subjetivo distinto del dolo<sup>32</sup>. Nótese que en estos casos la imposibilidad de aplicar la teoría de la representación radica en que el elemento subjetivo de tendencia interna es exigido por el tipo de la parte especial, de ahí la atipicidad de los comportamientos que no reúnen esta tendencia interna.

En tercer lugar, según su propia lógica, la teoría de la "representación" requiere que el representante actúe "como tal", es decir, el representante tiene que actuar en interés de su representado<sup>33</sup>. No obstante, en frecuentes ocasiones el representante actuará no en "interés de la casa" sino en su propio interés, lo que determinará la inaplicación de la cláusula del "actuar en lugar de otro", en cuanto esta se intente construir sobre la teoría de la "representación".

<sup>28</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 316.

<sup>29</sup> Por todos, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 543 y 544. En el mismo sentido, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 219.

<sup>30</sup> Con múltiples referencias CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 219.

<sup>31</sup> Crítica esbozada por LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 105, el mismo "Los instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en *Actualidad penal* (1993-1), pág. 225. Se adhieren a esta crítica JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pág. 378 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 220.

<sup>32</sup> Expresamente, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 545 y 546. En el mismo sentido HANS ACHENBACH, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española), pág. 384; LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 101, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 222, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., págs. 220 y 221.

<sup>33</sup> Por todos, LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad...*, cit., págs. 103 y 104, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 224. En el mismo sentido, HANS ACHENBACH, *Sanciones...*, cit., pág. 384 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 220.



En cuarto lugar, la teoría de la "representación" fracasa también en los supuestos en que el elemento de la autoría que falta en el representante tampoco concurre en la persona jurídica a la que representa, es decir, aquellos casos en que «entre el que ha realizado el hecho y la persona jurídica en la que concurre formalmente el elemento de autoría no existe vínculo representativo alguno»<sup>34</sup>. Por ejemplo, el representante de una determinada persona jurídica en la que concurre el elemento especial es otra persona jurídica y esta actúa por intermedio de su propio representante que es una persona natural —situación perfectamente posible a la luz de la Ley General de Sociedades—. Como quiera que el representante de la persona jurídica que ostenta la cualificación que exige el tipo especial propio es otra persona jurídica, y esta no actúa, sino que lo hace su propio representante, persona natural, según la teoría de la "representación" no se podría trasladar el elemento especial de la persona jurídica originalmente representada al representante, persona natural, que actúa por no existir vínculo alguno de representación entre ellos.

En quinto y último lugar, como ha señalado GRACIA MARTÍN, la teoría de la "representación" no puede superar los obstáculos que presentan las actuaciones para un grupo de empresas o el supuesto de una empresa jurídicamente atomizada en una pluralidad de sociedades individuales y con personalidad jurídica independientes. En estos supuestos, al igual que en el anteriormente descrito —que bien pueden ser agrupados bajo la misma lógica— no existe una relación jurídica de representación entre quien actúa y quien luce la cualificación especial requerida por la ley para ser autor.

#### B) La "posición de garante" del representante

Frente a la demostrada insuficiencia de la teoría de la "representación" para hacer frente a las exigencias político-criminales que debe superar la fórmula del "actuar en lugar de otro", postula SCHÜNEMANN su teoría del "deber de garante", en virtud de la cual "el ámbito de la responsabilidad penal del representante queda constituido según su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una *relación de dominio* sobre la causa del resultado igual a la del garante, ya sea en la ya conocida forma de dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma de dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado"<sup>36</sup>.

Tanto en uno como en otro caso, la responsabilidad debe trasladarse a la persona que acepta la posición de custodia o de dominio desde su titular original<sup>37</sup>. Visto así, la responsabilidad penal del representante (a partir del "actuar en lugar de otro") aparece

<sup>34</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., págs. 101 y 102, el mismo *Los instrumentos...*, cit., págs. 222 y 223, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 221.

<sup>35</sup> Con detalles, LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 103, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 223. En el mismo sentido, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 221.

<sup>36</sup> BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

<sup>37</sup> Vid. BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

como un supuesto de aceptación de una posición de garante<sup>38</sup>. En todo caso, el problema reside en determinar las condiciones en que la aceptación de la posición de garante (expresa, tácita, voluntaria, etc.) resulta válida de cara al "actuar en lugar de otro" y los alcances de la misma (por ejemplo, si es delegable).

Acorde con lo dicho, Schünemann propone, de *lege ferenda*, que la responsabilidad penal del representante se exprese como un caso de responsabilidad de garante y se pueda sancionar como autor de un delito especial "al que, en lugar del autor descrito en la ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto de hecho típico"<sup>39</sup>.

#### C) La teoría del "dominio social"

Haciendo eco de las críticas formuladas a la teoría de la "representación", la teoría del "dominio social", obra de GRACIA MARTÍN, parte de entender que los delitos especiales son delitos de "dominio social"<sup>40</sup>, en el sentido de que el elemento especial de la autoría en estos delitos «radica en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función»<sup>41</sup>, de manera que lo importante es, precisamente, la *relación material* de dominio social que existe entre quien tiene la competencia para el ejercicio de una función y el bien jurídico, y no en el *statu quo* formal con el que el legislador describe al autor del hecho<sup>42</sup>. Desde esta perspectiva los delitos especiales de dominio social son, además, delitos especiales de garante<sup>43</sup>.

Este razonamiento le permite sostener que la integración del representante en el círculo de autores idóneos para realizar el delito especial queda justificada al ser el significado de su conducta idéntico (materialmente idéntico desde el punto de vista del contenido del tipo) a la conducta del sujeto descrito por el delito especial y lo que le

<sup>38</sup> Con detalles, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

<sup>39</sup> BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544. Entender que la responsabilidad penal del representante en los delitos especiales se origina en la existencia de un deber de garante ha permitido abandonar la teoría de la "representación" como fundamento del "actuar en lugar de otro", al mismo tiempo que ha servido de base para la formulación de diversas teorías que argumentan la responsabilidad del representante en una relación material y no en una meramente formal, es decir, en la existencia de un deber de garante, entendido como dominio sobre una cosa o persona o como "dominio social".

<sup>40</sup> Terminología acuñada por GRACIA MARTÍN. Vid. *Los instrumentos...*, cit., pág. 231.

<sup>41</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 230.

<sup>42</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 232.

<sup>43</sup> Así, GRACIA MARTÍN recoge el pensamiento de Schünemann (Vid. "Cuestiones básicas...", cit., pág. 543), BOTTKE y de la doctrina alemana dominante, al reconocer que los delitos especiales son, en definitiva, delitos de garante. Vid. *Los instrumentos...*, cit., pág. 231, con referencias bibliográficas, en especial, cit., n. 95. En el mismo sentido se manifiestan CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 223; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 378 y JOSÉ A. LASCURAIN SÁNCHEZ, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995, págs. 209 y ss., en especial, págs. 210 y 214 y 215.

permite fundamentar dicha identidad son los elementos materiales que concurren en el sujeto sobre quien recae la imputación (el representante) y no los formales que recaen en el representado. En otras palabras, al tener el representante un dominio social material sobre el bien jurídico protegido por el delito especial, se convierte en garante de su integridad y, en consecuencia, se le exige su indemnidad.

Acorde con esta argumentación, GRACIA MARTÍN postula la siguiente regulación de la "actuación en lugar de otro":

"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, hubiere 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"<sup>44</sup>.

#### D) Resumen

Hoy en día es cuestión pacífica aceptar que el "actuar en lugar de otro" debe responder a una argumentación material orientada en función de una relación de dominio sobre un bien jurídico, que genera para quien la ejerce una posición de garante.

De esta manera quedan superados los problemas denunciados por la crítica a la teoría de la "representación", en el sentido de que una argumentación material permite aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro": (i) a los representantes fácticos, toda vez que su conducta es materialmente idéntica a la del representante de derecho, (ii) a quien actúa en interés propio y a quien actúa con una tendencia subjetiva anímica egoísta, dado que una relación material de dominio —y, por ende, la posición de garante— es independiente de los ánimos con que se actúe<sup>45</sup> y, (iii) a los casos de representación en cadena<sup>46</sup> o grupos empresariales, en tanto que la persona natural representante de la persona jurídica intermedia guarda una posición material de dominio sobre el bien jurídico protegido, siendo del caso que la longitud de la cadena o el tamaño de grupo no alterará dicha relación. De ahí que se prefiera el término "actuar en lugar de otro" sobre "actuar por otro" o "actuar en interés de otro"

En esta línea de pensamiento resulta importante resaltar que la fórmula del "actuar en lugar de otro" posibilita atribuir al *extraneus* única y exclusivamente la cuali-

<sup>44</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 233.

<sup>45</sup> De ahí que se prefiera utilizar la frase "actuar en lugar de otro" en vez de "actuar en interés de otro" o "actuar por otro", habida cuenta que recuerdan a la teoría de la "representación" y su imposibilidad de aplicarse a los supuestos de delitos de tendencias egoístas y a los casos en que el representante no actúa "como tal", respectivamente. Vid. LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 236, en especial, cit. (68), el mismo, *Actuar en lugar de otro en derecho penal*, I, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986, págs. 165 y ss.

<sup>46</sup> MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 378.

dad que no ostenta y que concurre en la persona representada, y no más. En otras palabras, lo único que puede faltar en el representante es la cualificación especial, ya que su conducta 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<sup>47</sup>. No se trata pues de una responsabilidad penal por el hecho de un tercero, sino de la responsabilidad penal por el hecho propio cuando se "actúa para otro"<sup>48</sup>.

#### 5. PARTICULARIDADES DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO" EN EL DERECHO PENAL PERUANO

##### A) "Actuar en lugar de otro" y *societas delinquere non potest*

Es común que se asocie la introducción del "actuar en lugar de otro" en los códigos penales al principio *societas delinquere non potest*. Algunos autores sostienen que uno y otro no tienen relación alguna y que los inconvenientes o beneficios de apostar por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no se alteran con la regulación del "actuar en lugar de otro"<sup>49</sup>, otro sector sostiene que el "actuar en lugar de otro" presupone la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>50</sup>, mientras que otros expresamente afirman que el "actuar en lugar de otro" es consecuencia directa del reconocimiento legal de la falta de capacidad para delinquir de las personas jurídicas<sup>51</sup>.

Para dar respuesta a la relación que existe entre estas dos instituciones se debe partir de reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico-penal las personas jurídicas no son responsables penalmente, y no lo son, única y exclusivamente, porque el propio ordenamiento jurídico penal reserva para los entes colectivos unas medidas a las que —a diferencia de las penas propiamente dichas cuyo listado taxativo recoge el artículo 28 del Código Penal— denomina consecuencias accesorias.

Es de mencionar que la doctrina ha venido rechazando la posibilidad de que el Código Penal acepte la responsabilidad penal de los entes colectivos sobre la base de varios argumentos, entre los que destaca el entender que cuando el artículo 11 del Código Penal señala que *son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas*

<sup>47</sup> REINHART MAURACH, *Derecho penal*, Parte general, t. II, 7ª ed., Actualizada por KARL HEINZ GOSSEL y HEINZ ZIPF, trad. de Jorge Bofil Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 328; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 642 y FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., pág. 164.

<sup>48</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pág. 355.

<sup>49</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar...*, I, cit. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 28, BAIJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., pág. 576; ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 317; FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., págs. 163 y 164; BEATRIZ DE LA GÁNDARA, "El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*", en *Curso de derecho penal económico*, BACIGALUPO (dir.), Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 50 y IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 206.

<sup>50</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., 186 y JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 44.

<sup>51</sup> RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, pág. 396 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172.

penadas por la ley, estas solo pueden ser realizadas por una persona humana, puesto que los seres humanos somos los únicos que tenemos capacidad de acción en términos penales<sup>52</sup>. Sin embargo, llegar a esa conclusión pasa por dar contenido a los conceptos de "acción", "omisión", "dolo" y "culpa", por lo que para aquellos que adoptan un concepto de acción jurídico-penal de orientación normativa, que incluya tanto a la acción humana cuanto a la acción de las personas jurídicas, o que sea particular para las personas jurídicas<sup>53</sup>, un precepto como el artículo 27 del Código Penal no representa obstáculo alguno para afirmar la capacidad delictiva de los entes colectivos. En todo caso, cabe ser más prudente y reconocer que algunos conceptos jurídico-penales tienen un contenido propio y determinado que de plano resultan inaplicables a supuestos distintos a aquellos para los que fueron ideados<sup>54</sup>, esto es, no se puede responder a la interrogación de si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción si es que se utiliza un concepto de acción, que por definición guarda una respuesta negativa.

Y 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 (dificultades de identificar al sujeto persona natural responsable en una estructura organizada en función de la división del trabajo y del principio de jerarquía<sup>55</sup>, la actitud criminal colectiva en cuya virtud existen determinadas circunstancias

<sup>52</sup> Felipe Villavicencio, *Lecciones de derecho penal*. Parte general, Lima Cuzco, 1991, págs. 114 y ss.; RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., págs. 286 y 287; CARLOS CARO, "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991", en *Themis, Revista de Derecho*. Segunda Época (1992-24), pág. 72. Anteriormente hemos mantenido esta postura en IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 201.

<sup>53</sup> Como señala RODRÍGUEZ RAMOS ("Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", en *La ley*. Revista Jurídica Española de la doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996, pág. 3) entre quienes postulan que las personas jurídicas tienen capacidad de acción se distinguen, por un lado, aquellos que adoptan un concepto único de acción —un concepto normativo—, entre los que destaca JAKOBS (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 182. Se adhiere al planteamiento jakobsiano en este aspecto BEATRIZ DE LA GÁNDARA, *El sujeto del derecho penal económico...*, cit., págs. 60 y ss.) y, por otro lado, aquellos que reservan un concepto específico de acción en sentido penal para los entes colectivos. Vid. KLAUS TIEDEMANN, "Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1988) pág. 28; HANS JOACHIM HIRSCH, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *ADPCP* (1993-III), pág. 1108; JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Themis, Revista de Derecho* (1997-35) pág. 132 y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, "Societas delinquere non potest!...", cit., pág. 3.

<sup>54</sup> Cfr. MARINO BARBERO SANTOS, "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Doctrina Penal* (año 9, 1986), pág. 413 y JOSÉ ZUGALDÍA, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", en *CPC*. (1980-11), pág. 73. HURTADO POZO advierte este inconveniente y precisa que la incapacidad de acción de la persona jurídica en derecho penal, situación distinta a lo que sucede en otros dominios del derecho penal. Parte general, 2ª ed., Lima EDDILI, 1987, págs. 340 y 341.

<sup>55</sup> Por todos: JOSÉ ZUGALDÍA, *Conveniencia político-criminal*, cit., págs. 83 y ss.

dentro de una empresa —modelos de explicación psicológico-colectivos de la criminalidad de grupo<sup>56</sup>— que impiden al derecho influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan<sup>57</sup>, y, en consecuencia, el escaso efecto preventivo de las sanciones penales en el marco de una empresa), son totalmente distintas a las que se toman en consideración cuando se discute sobre la conveniencia del "actuar en lugar de otro" (principalmente, la necesidad de hacer frente a la característica de la escisión entre acción y responsabilidad que se presenta en los delitos especiales propios, que provoca en muchas ocasiones que el órgano de representación que actúa no pueda ser sancionado penalmente por no reunir las cualidades especiales que exige el tipo penal para el autor, ya que las ostenta el representado), lo que determina que la satisfacción de cualquiera de ellas no presuponga la satisfacción de las otras.

### B) Técnica legislativa

Como técnica legislativa, el legislador peruano optó por incluir en la parte general del Código Penal un único precepto aplicable a todos los casos de "actuar en lugar de otro", opción que responde a los modelos del § 14 del STGB, del artículo 15 bis del antiguo Código Penal Español, del artículo 31 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal Español de 1983 y del artículo 12 del Código Penal Portugués de 1982. Es del caso resaltar la ubicación sistemática de este precepto que, al igual que su antecedente hispánico, se encuentra incardinado entre las normas de autoría y participación<sup>58</sup>, lo que nos ofrece una idea sobre su naturaleza jurídica.

No era esta la única alternativa, aunque sí la más aconsejable, toda vez que se podría haber incluido una cláusula de extensión de autoría en cada delito de la parte especial que lo requirieran, tal como sucede, por ejemplo, con el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 Código Penal que prescribe como potencial sujeto activo al gerente, administrador, etc. Sin embargo, esta segunda posibilidad generaría una reforma constante de los delitos en los que habría que incluir dicha cláusula de extensión de autoría, lo que ocasionaría, a su vez, una actuación

<sup>56</sup> Por todos, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 551.

<sup>57</sup> BERN SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. TIEDEMANN), Madrid, 1995, págs. 571 y 572. El mismo. *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 529 y 533. Asume este planteamiento, Vincenzo Militello, "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995; J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed.: española), pág. 411 y JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, cit. quien se refiere a la actitud colectiva como "escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro una escala jerarquizada", pág. 39.

<sup>58</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 216. En contra JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172, para quien su ubicación entre las normas de autoría y participación no es feliz, al entender que lo que ofrece la fórmula del "actuar en lugar de otro" es una regla sobre sujeto activo y no sobre participación y autoría. En el mismo sentido BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal...*, cit., pág. 223.



siempre *ex post* del derecho penal, con relación a los hechos penalmente relevantes, sin perjuicio de pecar de casuística<sup>59</sup>.

### C) Análisis del precepto y propuesta de reforma

a) *Introducción*. La naturaleza jurídica del precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal debe ser inducida a partir de las particularidades del mismo. Una cosa es la naturaleza que, conforme a dichas particularidades tiene de *lege data* y otra, muy distinta, es la que debería tener de *lege ferenda*.

En primer lugar, es preciso tener presente lo dicho respecto al campo de aplicación del "actuar en lugar de otro", en el sentido de que se invoca cuando se produce una situación real de escisión de los elementos del delito especial propio. En segundo lugar, hay que llamar la atención de que el precepto analizado limita su aplicación a la representación que pueda ejercer una persona natural de una persona jurídica o sociedad. En tercer lugar, que el precepto señala que quienes actúan y realizan el tipo legal del delito deben hacerlo *como* órgano de representación autorizado de una persona jurídica o *como* socio representante autorizado de una sociedad y, en cuarto lugar, la incongruencia en la redacción del precepto, al exigir que un *extraneus* realice el tipo de un delito especial propio. Analicemos, ahora, las tres últimas cuestiones

b) "*Actuar por otra persona natural*". La doctrina que ha estudiado esta institución ha entendido, en un primer momento, que su naturaleza jurídica se corresponde con la teoría de la representación propia del modelo civil, en cuya virtud el representante *extraneus* se convierte en destinatario de las normas especiales dirigidas, originalmente, al representado<sup>60</sup>. Sin embargo, gracias a los aportes de SCHÜNEMANN en Alemania y de GRACIA MARTÍN en España, se ha iniciado una fuerte crítica a esta argumentación (*supra*, 4, A).

A pesar de esto, al igual que su antecedente inmediato, el artículo 27 del Código Penal no regula la actuación de una persona natural "en lugar de otra" persona natural, lo que permite que en determinados casos subsista una laguna de punibilidad<sup>61</sup>. Es el supuesto, por ejemplo, del representante que administra el patrimonio de un comerciante, persona natural, que ha sido declarado en quiebra y simula gastos y deudas. En este caso, la conducta del representante se corresponde con el delito de quiebra, sin embargo, este no ostenta la calidad de comerciante declarado en quiebra (la ostenta la persona natural a la cual representa), por lo que no podrá ser sancionado penalmente

<sup>59</sup> En España MUÑOZ CONDE se inclinó por esta opción, *Vid.* "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *CPC* (1977-3), págs. 152 y ss.

<sup>60</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 317 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172.

<sup>61</sup> Esta situación fue puesta de relieve por la doctrina española *vid.* Juan Córdoba Roda, *Delincuencia económica...*, cit., pág. 135; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 46; ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., págs. 323-325; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 639; COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pág. 278 y SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7, marg. 71. En Perú se muestra crítico ante esta situación RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287; JAVIER VILLA STEIN, *Derecho penal...*, cit., pág. 197, e IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 207.

en orden al principio de legalidad, y tampoco lo podrá ser el representado al no haber actuado<sup>62</sup>.

Acorde con esto, y sin dejar de reconocer que entre la actuación en lugar de una persona natural y la actuación en lugar de una persona jurídica existe una importante diferencia (que en el actuar en lugar de una persona natural la responsabilidad del representante no excluye la eventual responsabilidad del representado a título de instigador<sup>63</sup>), cabe proponer una modificación del precepto de manera que regule el "actuar en lugar de otra" persona natural, la cual podrá ser legal o voluntaria.

c) *Actuar como órgano de representación o como socio representante*. Más interesante resulta analizar el tercer aspecto, referido a que quienes actúan deben hacerlo *como* órgano de representación autorizado de una persona jurídica o *como* socio representante autorizado de una sociedad. La misma situación se presentó con el artículo 15 bis del Código Penal español, siendo del caso que ello dio lugar a que se considerase que únicamente podían ser autores del delito en aplicación del "actuar en lugar de otro" las personas que real y legalmente fueran directivos, órganos y representantes legales<sup>64</sup>, con lo cual se descartaba la aplicación del "actuar en lugar de otro" para los casos de representación por parte de un administrador de hecho.

Saludable sería que el "actuar en lugar de otro" incluya en su campo de aplicación, como a los representantes legales cuanto a los representantes de hecho, tal como hace el artículo 31 del actual Código Penal español —y proponía el artículo 31 de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983 que el legislador nacional tuvo a la mano cuando reguló el artículo 27 del Código Penal—, pero llegar a esa conclusión, en el caso peruano, no es cuestión pacífica.

Antes bien, es conveniente resaltar la importancia que tiene regular las actuaciones de un administrador de hecho "en lugar de otro". Piénsese en el caso de una persona jurídica que es administrada, tácticamente, por quien no cumple con los requisitos legales para ejercer un cargo de dirección, ya sea porque la elección en mérito a la cual ejerce el cargo no es fruto de una votación, o porque no se ha formalizado su título, etc. Es más, el propio Código Civil en su artículo 77 establece que "la eficacia de

<sup>62</sup> Distinto es el caso del delito de defraudación tributaria (decr. leg. 813). "En efecto, si bien es un delito especial propio no es necesario acudir a la cláusula del "actuar en lugar de otro" para solucionar los problemas de la eventual escisión de los elementos especiales del delito, ya que el Código Tributario establece que es responsable del cumplimiento de la obligación tributaria entre otros, el representante. En tal medida —y aceptando que el Código Tributario regula aspectos tributarios y no penales— entendemos que al amparo de la norma tributaria los representantes son sujetos cualificados de cara al delito de defraudación tributaria debido a que se encuentran obligados a cumplir con "los tributos que establecen las leyes", independientemente de que ellos sean los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria o no. Así, en este caso en particular, existe una equiparación normativa (tributaria) entre el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria (que será, para efectos de nuestra investigación, el o la representada) y otras personas, entre las que se encuentra el representante, en cuya virtud estos últimos ostentan el elemento que hace especial al delito de defraudación tributaria: estar obligados frente a la Administración Tributaria al pago de la obligación tributaria.

<sup>63</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 639. Detalladamente *infra* 6.B.

<sup>64</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal*, cit., pág. 326, EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 46 e, implícitamente, JUAN CÓRDOBA RODA, *Delincuencia económica...*, cit., pág. 135.

los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos celebrados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros". Entonces, si el propio ordenamiento jurídico acepta la posibilidad de que existan "representantes" de entes colectivos que no son todavía personas jurídicas (por requerirse su inscripción en registros públicos para que lo sean) y que estos "representantes" pueden celebrar contratos y obligar, con cargo a una futura ratificación, al ente colectivo, no parece lógico que no se regule la posibilidad de que estos mismos "representantes" incurran en responsabilidad penal al "actuar en lugar" de aquel ente colectivo que puede llegar a ser una persona jurídica cuando se inscriba en registros públicos<sup>65</sup>. Los mismos intereses político-criminales que obligan a regular el "actuar en lugar de otro" para los casos de representantes de derecho obliga a hacer lo propio con los representantes de hecho.

Ahora bien, si la voluntad del legislador hubiera sido incluir a los representantes de hecho en el campo de aplicación del "actuar en lugar de otro" está claro que hubiera tomado el cuidado de incluir en la redacción del precepto, como potencial *extraneus* equiparable al autor, al administrador de hecho como tal, y no se hubiera limitado a mencionar simplemente al órgano de representación autorizado y al socio representante autorizado. Empero, la ley tiene su propia lógica objetiva al margen de la voluntad subjetiva de quien ha redactado el precepto», por lo que cabe hacer la siguiente distinción.

El artículo 27 del Código Penal establece, literalmente<sup>67</sup>, "el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad (...)". Hay pues, que tomar postura sobre el significado que el precepto le da al término "como", habida cuenta de que puede pensarse en dos posibilidades. Por un lado, puede interpretarse que la palabra "como" constituye una preposición equiparable a "en calidad de", de manera que los *extraneus* que "actúan en lugar" de la persona jurídica o de la sociedad tienen que ser verdaderos órganos de representación autorizados o verdaderos socios representantes autorizados, lo que echaría por tierra cualquier intento por incluir en el artículo 27 del Código Penal a los administradores de hecho en tanto que se parte, según esta primera argumentación, de que a quienes se puede aplicar son única y exclusivamente sujetos que ostentan un

cargo directivo debidamente formalizado (administradores de derecho). Por otro lado, se puede interpretar que el término "como" es utilizado en sentido comparativo, con lo cual cabe afirmar que a todos aquellos que actúen como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad, independientemente de que formalmente lo sean o no, se les puede aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro", siendo necesario únicamente que ejerzan las funciones propias del cargo. El primero es un criterio formal del término, mientras que el segundo lo es material. Ambas acepciones son reconocidas por la Real Academia Española<sup>68</sup>.

En este orden de ideas, no hay inconveniente en interpretar de *lege data* el artículo 27 del Código Penal al amparo del criterio material y colmar así la laguna de punibilidad que se presenta en los supuestos en que el *extraneus* es un administrador de hecho, más precisamente, en los casos en que el *extraneus* es un órgano de representación de hecho de una persona jurídica o un socio representante de hecho de una sociedad. Una redacción más acorde con el criterio formal hubiera consistido en omitir el término "como" y establecer simplemente "el órgano de representación autorizado de una persona jurídica o el socio representante autorizado de una sociedad que realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la punibilidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

En esta línea de razonamiento, que el artículo 27 del Código Penal califique a los órganos representantes de una persona jurídica y a los socios representantes de una sociedad de "autorizados", no impide afirmar que se puede incluir también a los órganos representantes de hecho de una persona jurídica y a los socios representantes de hecho de una sociedad, toda vez que entendiendo el término "como" en un sentido comparativo (concepto material) basta y sobra con que el *extraneus* se comporte como un órgano representante autorizado de una persona jurídica o como un socio representante autorizado de una sociedad, lo cual no significa que tenga que serlo realmente. Lo mismo sucede cuando alguien sin título o nombramiento usurpa la función pública de un policía (delito de usurpación de funciones del art. 361 del C. P.<sup>69</sup>); en este caso nadie discute que el usurpador ha actuado *como* policía, pero en realidad no lo es.

Pero aceptar que el precepto del "actuar en lugar de otro" puede incluir a quienes jurídicamente no son órganos representantes autorizados de una persona jurídica y a quienes jurídicamente no son socios representantes autorizados de una sociedad de autorizados, precisa hacer, además, la siguiente distinción.

Puede darse el caso que los órganos representantes de hecho de una persona jurídica y los socios representantes de hecho de una sociedad ejerzan verdaderamente

<sup>65</sup> IVÁN MEINI MÉNDEZ, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas...", cit., págs. 206 y ss.

<sup>66</sup> ENRIQUE GIMBERNAT, "El nuevo Código Penal: Valoración de los criterios político-criminales que lo informan", en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA (ed), Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998, pág. 24. Sobre el tema, en detalle, el mismo: Concepto y método de la ciencia del derecho penal, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 77-83.

<sup>67</sup> Y literal o gramatical tendrá que ser, entonces, el primer método de interpretación que se utilice para intentar acceder al significado del precepto. Vid. HANS JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, tomo I, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 209 y DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Editorial Universitas S. A., 1996, pág. 93.

<sup>68</sup> Vid. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21ª ed., tomo I, Madrid, 1992, pág. 519.

<sup>69</sup> Artículo 361 del Código Penal peruano: "El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargos diferentes al que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36 incisos 1º y 2º (...)".

funciones de representación y/o administración, es decir, que exterioricen la voluntad de los miembros de la persona jurídica o de la sociedad (en definitiva, que exterioricen la voluntad de la persona jurídica o de la sociedad), pero que no tengan dicha autoridad formalmente. Tal es el caso de los administradores de hecho propiamente dichos<sup>70</sup>. Pero también puede darse el caso de quienes no tienen relación alguna con la persona jurídica o con la sociedad y aparecen ante terceros (se hacen pasar) como órganos representantes autorizados de una persona jurídica o como socios representantes autorizados de una sociedad, generalmente, con ánimo de engañar.

Pues bien, solo en el primer grupo de casos —referido a los administradores de hecho propiamente dichos— cabe aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" puesto que en el segundo grupo quien se hace pasar por administrador no actúa en lugar de la persona jurídica sino que se aprovecha, ilegalmente, de una persona jurídica y, además, la conducta de este no es idéntica, desde el punto de vista del contenido del tipo especial a la del administrador de derecho, identidad que sí se presenta entre la conducta del administrador de derecho y el administrador de hecho. Esto no supone dejar impune al sujeto que maliciosamente se hace pasar por órgano o socio representante autorizado, toda vez que este responde, en caso de que llegue a causar perjuicio por delito de estafa, en grado de tentativa (arts. 16<sup>71</sup> y 196 del C. P.<sup>72</sup>) y, en caso de que llegue a causar algún perjuicio, por delito de estafa en concurso con el delito de falsedad genérica (art. 438 del C. P.<sup>73</sup>).

<sup>70</sup> En Francia, la ley de sociedades de 24 de julio de 1996 equipara la posición del administrador de hecho con la del de derecho en tanto, directamente o por persona interpuesta, ejercite de hecho la administración, dirección o gestión de la sociedad. "En Italia, a pesar de no existir legislación sobre el tema, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que el administrador de hecho debe ser sometido a la responsabilidad penal establecida para el de derecho." En Alemania se presenta la misma situación que en Italia. Vid.: JAVIER FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 71 y JUAN TERRADILLOS, *Delitos societarios*, Madrid, Akal/Lure, 1987, pág. 59). En España, un sector de la doctrina entiende que el administrador de derecho es aquel que pertenece al órgano de administración de la sociedad y se encuentra inscrito como tal en el registro mercantil, mientras que administrador de hecho es el que presenta alguna irregularidad en su situación jurídica, por haber sido el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Vid. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Madrid, Civitas, 1997, págs. 834 y 835) y otro sector de la doctrina, cuantitativamente mayoritario, entiende que el concepto jurídico-penal del administrador de hecho tiene una dimensión puramente fáctica, es decir, a todos aquellos que de hecho ejerzan funciones de administración en cuanto órganos de gestión y representación. Vid. con múltiples referencias bibliográficas, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual de derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 178-179.

<sup>71</sup> Artículo 16 del Código Penal peruano: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena".

<sup>72</sup> Artículo 196 del Código Penal peruano: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardor u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años".

<sup>73</sup> Artículo 438 del Código Penal peruano: "El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Acorde con lo dicho, solo se puede aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro" a: (i) los órganos de representación autorizados de una persona jurídica, (ii) los socios representantes autorizados de una sociedad, (iii) los órganos de representación de hecho de una persona jurídica y (iv) los socios representantes de hecho de una sociedad<sup>74</sup>, más no al resto de posibles administradores de hecho que bien pueden existir pero no se les puede sancionar, al menos, al amparo del artículo 27 del Código Penal.

En este sentido, se impone una modificación de la redacción del artículo 27 del Código Penal de manera que mencione expresamente la posibilidad de que se aplique tanto a los administradores de derecho cuanto a los administradores de hecho.

d) *Realizar el tipo legal de un delito*. El precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal contiene una incongruencia cuando exige que el órgano de representación de la persona jurídica, que no ostenta la cualificación, tiene que *realizar el tipo legal del delito* para responder penalmente.

El concepto *tipo* hace referencia a la descripción de la conducta que se recoge en el supuesto de hecho de un precepto penal que el legislador prohíbe por entender que su realización representa una lesión intolerable a un bien jurídico penalmente relevante, luego, *típico* será el calificativo que recaiga sobre el comportamiento que se pueda subsumir en dicho supuesto de hecho<sup>75</sup>. En consecuencia, *tipo legal* será, más allá de la redundancia, un *tipo* que ha sido elevado a rango legal merced a su ubicación en el Código Penal o en alguna ley penal especial. Lo inútil —y de ahí la redundancia— es que se hable de *tipo legal* ya que el tipo solo puede ser *legal* amén del principio de legalidad (art. 2.24.a de la Constitución<sup>76</sup> y art. II del título preliminar del Código Penal<sup>77</sup>)<sup>78</sup>.

En consecuencia, el *tipo de un delito* lo constituyen todos aquellos presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de una pena, esto es, la descripción normativa de la conducta (incluidas las características del sujeto activo), las características concernientes a la antijuridicidad, la culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad<sup>79</sup>. Esto es, todo aquello que tiene que constatar para que se imponga una pena a un sujeto determinado. Así, en el caso de un delito co-

<sup>74</sup> El calificativo de hecho recae, en este caso, sobre el término "representante" y no sobre el término "socio", dado que siempre se necesitará ser socio, toda vez que quien no lo es debe ser considerado, a lo sumo, como órgano de representación de hecho.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 268.

<sup>76</sup> Artículo 2.24. a de la Constitución Política del Perú: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

<sup>77</sup> Artículo II del Título preliminar del Código Penal peruano: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

<sup>78</sup> Aún así, BUSTOS habla de *tipo legal* y lo define como la "descripción de un ámbito situacional determinado". Vid. *Manual...*, cit., pág. 158.

<sup>79</sup> FERMÍN MORALES PRATS, en *Manual de derecho penal*, Parte general. QUINTERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 301.

mún, el *tipo del delito* común o el *tipo legal del delito* común, está constituido por características que todos los humanos imputables podemos cumplir, pero en el caso de un delito especial es distinto ya que el *tipo del delito* especial o el *tipo legal del delito* especial está constituido, entre otros elementos, por la cualificación especial que tiene que ostentar el autor<sup>80</sup>.

Ahora bien, como quiera que la cláusula del "actuar en lugar de otro" tiene su campo de aplicación delimitado por los delitos especiales propios y su misión es conseguir la "transmisión" del elemento especial que ostenta la persona jurídica representada hacia el *extraneus* órgano de representación autorizado o hacia el *extraneus* socio representante autorizado, es material y jurídicamente imposible que el representante no cualificado pueda realizar el *tipo legal del delito* especial, precisamente porque no ostenta la cualificación, porque, en definitiva, es un *extraneus*.

Dentro de esta línea de argumentación, conviene resaltar que una cosa es afirmar que al *extraneus* se le transmite el elemento especial que requiere el delito especial propio y en consecuencia se considere autor cualificado para los exclusivos efectos del artículo 27 del Código Penal. Como hace el propio precepto: "(...) es responsable como autor (...)", y otra cosa muy distinta es afirmar que el *extraneus* deba realizar el tipo de un delito especial para, luego, ser considerado autor del mismo. En otras palabras, el no cualificado nunca podrá realizar el *tipo legal de un delito* cuando los elementos especiales que fundamentan la penalidad de dicho delito no concurren en él, precisamente, porque los elementos que fundamentan la penalidad no concurren en él. Así, cuando se habla del "actuar en lugar de otro" no se puede condicionar la imposición de la sanción al no cualificado, a la verificación de que su conducta cumpla con todos y cada uno de los presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de la pena correspondiente al delito especial propio, más bien, la imposición de la sanción debe estar condicionada a la realización de todos y cada uno de los presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de la pena en el delito especial propio y que el no cualificado puede realizar, esto es, todos salvo el referido a la cualificación especial.

Acorde con lo dicho, convendría que el legislador hubiera hecho lo mismo que hizo cuando reguló las medidas de seguridad en el artículo 72.1 del Código Penal<sup>81</sup>. En dicho precepto, partiendo de que un inimputable no puede cometer un delito, se estableció como uno de los requisitos para la imposición de una medida de seguridad que

<sup>80</sup> Sin perjuicio de la sistemática jurídico-penal que se prefiera (causal, finalista, neokantiana) el concepto de tipo del delito abarca siempre la cualificación del autor que reclaman los delitos especiales. Las particularidades de cada una de estas sistemáticas están dadas por ubicar el dolo y la negligencia en la culpabilidad (sistemática causalista), por entender que el dolo y la negligencia deben ser ubicados en la tipicidad (sistemática finalista) o por entender que la tipicidad —tipo positivo— y la antijuridicidad —tipo negativo— forman un tipo total (elementos negativos del tipo).

<sup>81</sup> Artículo 72.1 del Código Penal peruano: "Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

"1. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos" (subrayado agregado).

el agente realice un "hecho previsto como delito", es decir, a la persona a la que se le impone una medida de seguridad no se le exige cometer un delito —lo cual resulta imposible habida cuenta de que el hecho antijurídico nunca le podrá ser imputado: no es culpable—, sino que se le exige simplemente realizar el hecho previsto como delito.

De igual manera cabe reformular el precepto que regula "el actuar en lugar de otro" teniendo en cuenta que el *extraneus* nunca podrá realizar el tipo legal de un delito especial, precisamente por ser *extraneus*; a lo sumo podrá realizar el hecho previsto como delito o falta y, en consecuencia, no cabe exigirle más que aquello.

c) *Representantes y representados*. Para determinar el contenido de los términos "órgano de representación autorizado", "socio representante autorizado", "persona jurídica" y "sociedad" se debe acudir al Código Civil y a la Ley General de Sociedades, habida cuenta de su claro origen mercantilista. Según el Código Civil son personas jurídicas las asociaciones, las fundaciones y los comités; sin embargo, el concepto de persona jurídica abarca también a las agrupaciones reguladas en la Ley General de Sociedades ("sociedades" propiamente dichas), esto es, sociedades anónimas, sociedades colectivas, sociedades en comandita simple, sociedades en comandita por acciones, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades civiles ordinarias y sociedades civiles de responsabilidad limitada. En tal sentido, son estas las agrupaciones a que hace referencia el artículo 27 del Código Penal cuando menciona a "personas jurídicas" y "sociedades".

Los "órganos de representación autorizados" son todos aquellos que por disposición de la ley o de los estatutos tienen la función de representar y exteriorizar la voluntad del ente colectivo<sup>82</sup>. En el caso de la sociedad anónima son "órganos de representación autorizados", en virtud de la ley, la junta general de accionistas, el directorio y las distintas gerencias. Importante es precisar que el artículo 27 del Código Penal vincula a los "órganos de representación autorizados" a las personas jurídicas: "el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica (...)" sin embargo esto no ofrece dificultades si se considera que toda agrupación colectiva que goce de personería jurídica es una persona jurídica.

El término "socio representante autorizado" solo puede tener cabida en aquellas sociedades —el artículo 27 del Código Penal vincula a los "socios representantes autorizados a las "sociedades": *el socio representante autorizado de una sociedad (...)*— en que puedan existir socios, es decir, en todas salvo en la sociedad anónima en la que existen accionistas. De esta manera, se presenta una laguna en el sentido de que un accionista representante autorizado o de hecho de una sociedad anónima, que realiza el tipo del delito especial propio sin que concurren en él los elementos cualificados del delito, pero si en la sociedad anónima que representa, no podrá ser sancionado en atención al principio de legalidad, lo cual no resulta lógico si lo comparamos con la posibilidad de que los socios de las demás sociedades sí puedan ser sancionados al amparo del "actuar en lugar de otro".

<sup>82</sup> En el mismo sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, *Código Penal...*, cit., pág. 223.



f) *Aspectos positivos*. Un último detalle —positivo— es el referido a que el precepto del artículo 27 del Código Penal, a diferencia del artículo 15 bis del Código Penal español derogado y del artículo 31 del vigente, se cuida en equiparar el representante *extraneus* al autor: «(...) es responsable como autor lo cual no deja dudas sobre la pena que debe recibir<sup>83</sup>. Del mismo modo, el precepto peruano, a diferencia otra vez de su antecedente, señala expresamente que el *extraneus* tiene que realizar el hecho, situación que evita tener que recurrir a criterios interpretativos acordes con el principio de legalidad para afirmar que no se puede sancionar por el simple hecho de ostentar una condición determinada como la de representante de una persona jurídica<sup>84</sup>.

g) *Propuesta de reforma*. En suma, el fundamento de la cláusula del "actuar en lugar de otro" del artículo 27 del Código Penal, esto es, la inclusión del representante *extraneus* en el círculo de autores idóneos de un determinado delito especial propio, ha de encontrarse en el principio de equivalencia, en virtud del cual la conducta desplegada por el que "actúa en lugar de otro" tiene un significado, desde el punto de vista del contenido del tipo, idéntico a la del sujeto expresamente descrito por la ley<sup>85</sup>. Sin embargo, no podemos negar que el artículo 27 del Código Penal guarda en el fondo un sustrato compatible con la teoría de la representación —lo que determina que se le pueda correr traslado de las críticas efectuadas a esta teoría— por lo que cabe postular su modificación teniendo en cuenta los aportes de la doctrina y la legislación comparada. Así, proponemos la reforma del artículo 27 del Código Penal 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 él 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".

Como se aprecia, más allá de recoger las críticas que la doctrina se ha encargado de formular, se hace mención a la posibilidad de que la figura del "actuar en lugar de otro" se aplique no solamente a los delitos especiales propios, sino que se propone ampliar su campo de aplicación a los delitos especiales impropios puesto que en estos últimos, si bien el supuesto de hecho puede ser reconducido al correlativo delito común, esto supone una disminución de pena que no encuentra sentido. En efecto, la lógica indica que si para un delito especial propio se construye la fórmula del "actuar en lugar de otro" con el objetivo de que no se deje impune al sujeto no cualificado que actúa y, en definitiva se le imponga la sanción que corresponde al delito especial pro-

<sup>83</sup> El art. 15 bis del derogado Código Penal Español e incluso el art. 30 del actual no hacen tal precisión, sin embargo, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia se encargaron de equiparar la conducta del que "actúa en lugar de otro" a la del autor. Vid. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal...", cit., pág. 377 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 226.

<sup>84</sup> Por todos JUAN CÓRDOBA RODA, "Delincuencia económica...", cit., pág. 135 y SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7, marg. 75.

<sup>85</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, "La responsabilidad penal...", cit., pág. 117, BAJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., pág. 577 y BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal...*, cit., pág. 222.

pio, no debe haber inconveniente en aplicar la misma *ratio* al sujeto no cualificado que realiza un hecho previsto como delito especial impropio, y sancionarlo con la pena con que se conmina al delito especial impropio. No se trata, pues, de un análisis cuantitativo, sino, cualitativo, es decir, no se trata de imponer más o menos pena, sino de imponer la pena que corresponde al delito especial, sea propio, sea impropio, cuando se "actúa en lugar de otro".

## 6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, Y OMISIÓN EN EL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO"

Determinar si las categorías de autoría y participación pueden ser aplicadas en concurso con la cláusula del "actuar en lugar de otro" pasa por determinar, desde un punto de vista estrictamente dogmático, si dichas categorías se corresponden con los delitos especiales, particularmente con los delitos especiales propios y, desde un punto de vista de la calificación jurídico-penal del sujeto en relación con el hecho, si la persona es autor (o si son coautores), autor mediato, instigador, cómplice necesario o cómplice accesorio, en razón de que no es dable preguntarse por la aplicabilidad del "actuar en lugar de otro" sin tener en claro si lo "hecho" por el sujeto se corresponde a un tipo de autoría o de participación.

### A) Coautoría

Según el artículo 23 del Código Penal<sup>86</sup> son coautores los que cometen conjuntamente el hecho punible. Acorde con ello, en tanto y en cuanto autor de un delito especial —por propia naturaleza— solo puede serlo quien ostenta la cualificación especial requerida, no se puede afirmar que un sujeto no cualificado pueda ser coautor de uno cualificado en la comisión de un delito especial, por más que haya habido un plan en común para realizar el hecho y se haya verificado un reparto de funciones<sup>87</sup>. A lo sumo, se podrá calificar de cómplice necesario o instigador que, para efectos de la pena, resulta lo mismo a tenor de lo establecido en los artículos 24<sup>88</sup> y 25 del Código Penal<sup>89</sup>, pero hay que recordar que la calificación jurídico-penal de un sujeto no puede estar en función de la pena que merezca sino del grado de aportación en caso de que sea partícipe, o del dominio, en caso de que sea autor.

<sup>86</sup> Artículo 23 del Código Penal peruano: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

<sup>87</sup> MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA COMLLEDO, *La autoría...*, cit., págs. 726 y ss. y 742 y ss., en especial nota 79; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, tomo II, trad. de MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 940-941; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 632 y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit., pág. 456.

<sup>88</sup> Artículo 24 del Código Penal peruano: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponda al autor".

<sup>89</sup> Artículo 25 del Código Penal peruano: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

"A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena".



De este modo, no puede darse el supuesto de que exista coautoría entre un sujeto no cualificado y uno cualificado y aplicar, al mismo tiempo, la cláusula del "actuar en lugar de otro". Ello, no obstante, no impide apreciar que puede afirmarse coautoría de un delito especial cuando los dos o más coautores son, todos y sin excepción, sujetos cualificados, tal es el caso de dos o más gerentes de una sociedad anónima que se ponen de acuerdo para cometer un delito y lo cometen. Este supuesto, en tanto se presente la situación real de escisión de los elementos especiales, no ofrece resistencia para la aplicación del "actuar en lugar de otro" a todos los representantes. Así mismo, cabe afirmar coautoría de un delito especial en el supuesto del representado *intraneus* y sus representantes *extraneus*, dado que al segundo de ellos se le considerará *intraneus* para efectos penales, es decir, ambos tendrán la cualificación que exige el tipo.

### B) Autoría mediata

Según lo dicho, autor de un delito especial solo puede ser aquel que ostenta la cualificación que exige el delito especial. A partir de esta afirmación cabe diferenciar dos supuestos para determinar la posibilidad de que concurra autoría mediata cuando se "actúa en lugar de otro". En primer lugar, cuando el *intraneus* utiliza como instrumento a un *extraneus* y, en segundo lugar, cuando el *extraneus* utiliza como instrumento a un *intraneus*.

En el primer caso es perfectamente posible afirmar la existencia de autoría mediata ya que el sujeto que utiliza como instrumento a otro responde como autor mediata al amparo de lo establecido en el artículo 23 del Código Penal: "el que realiza por medio de otro (...) el hecho punible", es decir, en tanto el instrumento no responde debido a que actúa al amparo de una causa que lo exime de responsabilidad penal (coacción, error, inimputabilidad, etc.), quien responde por el hecho, y responde como autor, es el "hombre de atrás" que utiliza al instrumento<sup>90</sup>. Así en este primer supuesto, nada importa si se trata de un delito especial propio o especial impropio ya que en ambos casos el sujeto cualificado responderá como autor mediata<sup>91</sup>, constituyendo los únicos límites de estos supuestos aquellos delitos que exigen una actuación personalísima o también llamados "delitos de propia mano"<sup>92</sup> y los delitos de intención<sup>93</sup>.

En el segundo caso, esto es, aquel referido a que un sujeto no cualificado utilice como instrumento a un sujeto cualificado, no cabe afirmar autoría mediata dado que la

<sup>90</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la 6ª ed. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1998, págs. 156 ss. y 196 ss.; HANS JESCHECK, *Tratado...*, II, cit., pág. 920; DÍAZ Y MIGUEL GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, cit., págs. 646 y ss. y FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615.

<sup>91</sup> Así, QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., págs. 633 y con referencias bibliográficas SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 14, marg. 67.

<sup>92</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615 y HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado...*, II, cit. pág. 920 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., págs. 287 y ss. Con referencias bibliográficas SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 14, marg. 67, para quien tampoco se aplica en los casos de delitos de conducta determinada.

<sup>93</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615.

conducta del *extraneus* no puede ser subsumida en el delito especial, ya que por más dominio que tenga sobre el *intraneus* no ostenta el elemento especial que exige el tipo<sup>94</sup>, y tampoco se le puede calificar de instigador dado que no existe un autor<sup>95</sup>.

Acorde con lo dicho, es válido afirmar que el representante que "actúa en lugar de otro" puede hacerlo en autoría mediata. En otras palabras, si el artículo 27 del Código Penal realiza una equiparación entre el sujeto no cualificado representante y la persona jurídica representada y cualificada, en cuya virtud al *extraneus* se le "transmite" el elemento especial cualificado, y a partir de ese momento se le considera —para efectos de cumplir con los objetivos político-criminales que persigue el artículo 27 del Código Penal— ya no *extraneus* sino autor, parece lógico que la imputación de responsabilidad penal a quien "actúa en lugar de otro" no pueda verse neutralizada porque se utiliza a un instrumento para cometer el delito. El fundamento de este razonamiento radica en que, si para colmar la laguna de punibilidad que origina la escisión de los elementos especiales, se considera como sujeto cualificado al representante inicialmente *extraneus*, dicha consideración tiene que mantenerse en aquellos supuestos en que la categoría jurídica de la autoría lo permita, es decir, no se trata de un problema que tenga que resolverse utilizando únicamente el precepto del artículo 27 del Código Penal, por el contrario, la respuesta al problema planteado radica en la naturaleza de la autoría. Por lo mismo, no puede un sujeto no cualificado "actuar en lugar de otro" en autoría mediata utilizando como instrumento al representante de una persona jurídica, en razón de que la conducta del instrumento "representante" será atípica y la conducta de quien no llega a ser autor mediato, como se dijo, no puede subsumirse en el tipo especial por no reunir la cualificación requerida.

### C) Participación

Las consecuencias que se derivan de aplicar las reglas de la participación a los delitos especiales no varían porque se trate de un delito especial propio o impropio, habida cuenta del principio de unidad del título de imputación<sup>96</sup>. Así, en tanto el autor de un delito especial propio o impropio sea un *intraneus* (¡lógico!), los partícipes responderán como tales del delito especial propio o impropio, a pesar de no ostentar la cualificación legalmente requerida, toda vez que dicha cualificación es exigida para ser autor del delito. Del mismo modo, los partícipes de un delito común responderán como tales aun cuando sean sujetos cualificados para cometer el delito especial impropio correlativo y, claro está, exista un delito especial impropio correlativo.

La complicidad —necesaria y accesoria— se encuentra siempre en función de un tipo de autoría toda vez que la complicidad es, según el artículo 25 del Código Penal

<sup>94</sup> Así, la doctrina mayoritaria, HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado...*, II, cit., pág. 920; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 633; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 379; DÍAZ Y MIGUEL GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, cit., pág. 726 y FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 616.

<sup>95</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 618.

<sup>96</sup> Así, MUÑOZ CONDE/ARÁN GARCÍA, *Derecho penal...*, cit., pág. 466 y QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 631.

prestar auxilio o asistencia a un hecho punible ajeno. Lógicamente, el auxilio o la asistencia se tienen que prestar a otra persona que es autor del delito, dado que según una interpretación sistemática por comparación de los artículos 23 y 25 del Código Penal, el grado de aportación inmediato superior a la prestación de auxilio sin la cual no se hubiera perpetrado el delito corresponde al coautor, y esto significa que ya no contribuye en el hecho de otro sino que este le pertenece. Además, la propia naturaleza de la participación determina que esta sea una colaboración que brinda quien no tiene el dominio del hecho —quien no es autor— a quien si lo tiene o a los que lo tienen —autor o coautores, respectivamente—<sup>97</sup>.

Lo mismo sucede con la instigación. En esta no hay problema en aceptar, conforme al artículo 24 del Código Penal, que un sujeto no cualificado "determina dolosamente a otro (sujeto cualificado) a cometer el hecho punible". Piénsese en el caso de un no cualificado que instiga a un juez a emitir una resolución contraria a texto expreso de la ley; el juez responderá como autor del delito especial propio de prevaricato (art. 418 del C. P.) y el sujeto no cualificado responderá como instigador del mismo delito especial propio, ya que el instigador simplemente "siembra" en el instigado —quien responderá como autor— la voluntad de cometer un delito determinado, lo cual no requiere que el instigador ostente la cualidad que exige el tipo especial para el autor (no es autor, es instigador).

Acorde con ello, el partícipe que no ostenta la cualificación exigida por el tipo especial responde como tal, es decir, como instigador, cómplice necesario o cómplice accesorio de un delito especial propio o impropio.

En tal sentido, el representante que "actúa en lugar de otro" puede haber sido instigado o ayudado por otro no cualificado, siendo del caso que el primero responde penalmente al amparo del artículo 27 del Código Penal y, los segundos, también lo hagan pero en mérito del artículo 24 del Código Penal si se trata de un instigador o del artículo 25 del Código Penal si se trata de un cómplice.

#### D) "El actuar omisivo en lugar de otro"

No parece haber inconveniente en razonar que si un delito comisivo permite la aplicación de la fórmula del "actuar en lugar de otro", un delito omisivo no pueda hacerlo también<sup>98</sup>. Y este razonamiento es válido tanto para los delitos de omisión pura cuanto para los de comisión por omisión. Al igual que los casos anteriormente estudiados de autoría y participación, la respuesta a la cuestión planteada de si se puede aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" en los delitos omisivos depende de si estos son compatibles con los delitos especiales, algo que por obvio no necesita explicación.

<sup>97</sup> BERNARDO FEIJÓO, *Límites a la participación criminal ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, págs. 4 y ss.

<sup>98</sup> En el mismo sentido, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 376. En contra, para los delitos de comisión por omisión, JUAN CÓRDOBA RODA, "Delincuencia económica...", cit., pág. 13; LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 233 e, implícitamente, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7, marg. 75.

El único límite a la aplicación del "actuar en lugar de otro" en los delitos omisivos lo trazan aquellos delitos cuya propia naturaleza impide que se puedan cometer mediante una omisión, y que constituyen delitos que única y exclusivamente aceptan formas de comisión activa, pero este límite no tiene su razón de ser en la naturaleza del "actuar en lugar de otro" sino en la naturaleza —normativa— de la omisión como delito y, sobre todo, en la naturaleza particular de cada delito<sup>99</sup>.

#### 7. BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, HANS: "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española).
- BACIGALUPO, ENRIQUE: "Responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. 1, Madrid, 1985.
- BAJO/SUÁREZ: *Manual de derecho penal, Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BARBERO SANTOS, MARINO: "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Doctrina penal* (año 9, 1986).
- BRAMONT-ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 1998.
- BUSTOS, JUAN: *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- CARO, CARLOS: "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991", en *Themis. Revista de Derecho*, Segunda Época (1992-1994).
- COBO/VIVES: *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- CÓRDOBA RODA, JUAN: "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en derecho español", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 1987.
- DE LA GÁNDARA, BEATRIZ: "El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*", en *Curso de derecho penal económico*, Bacigalupo (dtor.), Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- FEIJÓO, BERNARDO: *Límites a la participación criminal ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada, Comares, 1999.

<sup>99</sup> Por ejemplo, la naturaleza de la acción del delito de quiebra Fraudulenta regulado en art. 209.1 del C. P.: "contraer efectivamente deudas", no puede ser cometido por omisión, sino que, únicamente, por comisión. Y la razón radica en que no es materialmente posible contraer efectivamente una deuda por omisión.

- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER: *Los delitos societarios en el Código Penal*, Madrid, Dykinson, 1998.
- GIMBERNAT, ENRIQUE: "El nuevo Código Penal: valoración de los criterios político-criminales que lo informan", en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Asúa Batarrita (ed.), Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998.
- *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 77-83.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: *Actuar en lugar de otro en derecho penal, I y II*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986.
- "Los instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en *Actualidad penal* (1 993-I), pág. 225.
- "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- HIRSCH, HANS JOACHIM: "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1993-III).
- HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, EDDILI, 1987.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS: *Tratado de derecho penal. Parte general*, tomos I y II, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona Bosch, Casa Editorial, 1981.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Editorial Universitas S. A., 1996.
- MARTÍNEZ BUJÁN, CARLOS: *Manual de derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- *Manual de derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- MAURACH, REINHART: *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 7ª ed. actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal", en *Ius et Veritas* (VII-13), 1996.

- MILITELLO, VINCENZO: "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, J. M. Silva Sánchez, 1995 (ed. española).
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *Cuadernos de Política Criminal* (1977-3).
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO: "Las actuaciones en nombre de otro", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1984-I).
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ: En *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. PAREDES/RODRÍGUEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, t. I, 2ª ed., Lima, Grijley, 1995.
- QUINTERO/MORALES/PRATS: *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español*, Parte general, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios al Código Penal*. Rodríguez Mourullo (dtor.), Madrid, Civitas, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS ("¡Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XVII, núm. 4136, 3 de octubre de 1996.
- ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1998.
- SCHÜNEMANN, BERN: "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de criminalidad de empresa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1998-III).
- "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda época (1997-35).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (dtor.), Madrid, Civitas, 1997.

# El caso Pinochet y el derecho aplicable\*

Kai Ambos\*\*

El juez instructor español Baltasar Garzón solicitó el 14 de octubre de 1998 a las autoridades británicas la detención provisional de Pinochet, que fue por ello detenido en Londres el día 16 del mismo mes. El arresto desató en varios países europeos una oleada de denuncias contra Pinochet, presentadas tanto por nacionales de estos países como por exiliados chilenos. El gobierno español solicitó la extradición de Pinochet el 6 de noviembre de 1998. Asimismo, en otros países se presentaron solicitudes de extradición. La *House of Lords* negó a Pinochet la inmunidad el 25 de noviembre por tres votos contra dos<sup>1</sup> —contrariamente a una deci-

\* La traducción es de Enrique Anarte Borrallo, de la Universidad de Huelva. Agradezco sus sugerencias a Rosa Giles Carnero, Fernando Moreno Moreno y, especialmente, a Cándido Romero Sánchez, compañeros de dicha Universidad. El texto alemán original fue publicado en el primer número de 1999 de la revista alemana *Juristen Zeitung* (*JZ*, págs. 16 a 24), si bien el propio autor lo ha actualizado y revisado, particularmente para dar cabida a la nueva decisión de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999 [nota del traductor]. La versión española ha sido publicada originalmente en *Revista Penal* (España), núm. 4 (1999), págs. 3 a 21.

\*\* Doctor en derecho (Munich). Referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las secciones de Derecho penal internacional y de Hispanoamérica. El autor hace constar su agradecimiento al profesor dr. Dr. h.c. Albin Eser, al profesor Richard Vogler y al traductor de este artículo, así como a las personas mencionadas en la nota al pie núm. 27, por sus valiosas indicaciones.

<sup>1</sup> *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte, decisión de 25.11.1998 (Lords Slynn of Hadley, Lloyd of Berwick, Nicholls of Birkenhead, Steyn y Hoffmann), *Weekly Law Reports* (WLR) 1998, vol. 3, págs. 1456 y ss. (aquí citado por página). También: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/lldhome.htm>>.