

LA AUTORÍA EN EL ACTUAR POR OTRO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

*Alberto Suárez Sánchez**

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona actúa por otra puede, en nombre de la representada, realizar conductas punibles, de las cuales unas son delitos comunes (así la estafa, la falsedad documental, el abuso de confianza, etc.) y otros delitos especiales (tales el alzamiento de bienes, la disposición de bien propio gravado con prenda, etc.). Si realiza delito común ningún problema se presenta desde el punto de vista jurídico-penal, pero si es especial sí surgen grandes dificultades si se quiere evitar la impunidad de este delito realizado por quien actúa en nombre de otro y carece de la cualificación señalada por el tipo penal especial, la que sí concurre en el representado (sea persona jurídica o natural). Esto, porque quien ha realizado la conducta típica, al carecer de los elementos típicos personales que fundamentan la autoría del delito especial correspondiente, no puede ser señalado como autor, pues lo impiden los principios de legalidad y tipicidad. A su turno, la persona en lugar de la cual actúa el órgano de representación, a pesar de que posee la cualificación personal exigida por el tipo especial, en principio no ha actuado (con independencia de que sea persona jurídica o física), por lo cual tampoco puede responder penalmente.

En los tipos penales especiales la autoría está determinada no sólo porque el sujeto ha de realizar la conducta descrita en el tipo, sino también porque deben concurrir en él los elementos especiales del sujeto activo exigidos por el tipo como fundamento de la

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

punibilidad¹. El problema se plantea cuando el sujeto que ha provocado el resultado que la norma pretendía evitar no es el cualificado, porque ante la falta de dicha cualificación se presenta laguna de punibilidad, dado que quien ha realizado la conducta no puede ser castigado como autor por no ser sujeto activo del hecho punible respectivo ni como partícipe pues el representado no es autor, y al no haber autoría, por razón de la accesoriedad, no puede darse la participación; laguna que el legislador busca enmendar a través de la cláusula del actuar por otro, la cual hace punibles aquellos comportamientos del sujeto no cualificado, que, no obstante haber lesionado o puesto en peligro el bien jurídico penalmente tutelado, ser merecedor de pena y estar necesitado de la misma, no subsume su conducta en el tipo penal por carecer de la cualificación típica para ser considerado autor de delito especial.

Esto pone en evidencia que la cuestión de las actuaciones en nombre de otro en Derecho Penal sólo obtiene relevancia y actualidad en el ámbito de los delitos especiales, pues el representante adquiere los elementos personales de la autoría exigidos por el hecho típico a través de la propia relación de representación y el respectivo dominio del hecho, sin que sea necesario recurrir a la fórmula del actuar por otro para hacer punible la conducta del representante si la misma puede inculparse directamente a través de los tipos de los delitos comunes.

En los delitos comunes no se necesita acudir a la cláusula del actuar por otro, porque el contenido del injusto no reduce la esfera de posibles autores, dado que pueden ser realizados por cualquiera, que durante su actividad como representante de una persona natural o jurídica ejecuta un tipo común para sí sólo a pesar de que beneficie a la entidad con su comportamiento. Así, p. ej., cuando el administrador o representante legal de una empresa autoriza verter los residuos tóxicos en un río o él mismo no impide esta conducta porque causaría la paralización de la actividad productiva de la persona jurídica, aquél es autor directo del delito de contaminación ambiental (art. 332 C. P.), porque con su acción u omisión ha realizado la conducta típica sin necesidad de acudir a la cláusula del actuar por otro.

Un amplio sector de la doctrina alemana y española veía el problema del actuar por otro como una derivación de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo cual se entendía necesaria la creación de un precepto para cubrir manifiestas lagunas de punibilidad existentes en el Derecho Penal de aquellos países. Pero hoy la opinión mayoritaria estima que el problema del actuar por otro se plantea tanto en el caso de que el sujeto en lugar del cual se actúa sea una persona jurídica como en el de que lo sea una natural, y que el precepto penal que lo regule como cláusula general bien puede prescindir de la expresa referencia a la calidad del sujeto cualificado por el tipo que realice quien actúa por otro; con lo cual se entiende que el representado

1. Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO. "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (al actuar en nombre de otro)", en *Comentarios a la legislación penal*, t. v, vol. 1, Madrid, 1985, pp. 316 y ss.

puede ser persona jurídica, ente colectivo sin tal atributo o persona natural, porque en últimas lo determinante es que la persona en quien no concurren los elementos que fundamentan la punibilidad de la figura respectiva haya asumido el rol que corresponde al titular de determinada función social, económica, jurídica, etc., y que en tal condición haya realizado la acción típica. Sería un error derivar dicha figura del principio *societas delinquere non potest*.

I. NOCIÓN DE ACTUAR POR OTRO

El “actuar por otro” o “actuar en lugar de otro” o “actuación en nombre de otro” o “actuar por otra persona” es la realización de conducta punible descrita en tipo penal de delito especial por el *extraneus* que ha entrado en la misma relación con el bien jurídico respectivo que tiene el *intraneus*, al actuar como representante autorizado o de hecho de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo, o como representante legal o voluntario de una persona natural.

Son elementos del actuar por otro:

1. La realización como autor de conducta punible descrita en el tipo penal especial por quien carece de las cualidades personales exigida respecto del sujeto activo.
2. La disociación de los elementos del tipo, los cuales concurren en el sujeto representado y el representante.
3. La realización de la conducta típica como miembro u órgano de representación o representante legal o voluntario de quien posee las calidades exigidas para el sujeto activo del delito especial.
4. La equivalencia del actuar del *extraneus* al del *intraneus*, que le otorga a aquél el dominio de la protección de la vulnerabilidad del bien jurídico, al asumir funciones sociales que dan lugar a deberes de garantía, mediante un acto de representación.

La cláusula del actuar por otro es la disposición establecida en la parte general o en la especial del Código Penal o en leyes penales especiales, aplicable a delitos especiales para extender el tipo penal al *extraneus* que realice directamente la conducta descrita en el respectivo tipo como representante del *intraneus*. Se trata de una causa de extensión del tipo o de la punibilidad o de una forma de autoría y se aplica al *extraneus* y no al *intraneus*.

En el curso de este trabajo se explicará cada uno de estos elementos

II. FINES DE LA CLÁUSULA DEL ACTUAR POR OTRO

Fin de la cláusula del actuar por otro es estructurar una técnica de imputación de delito especial a quienes son sus verdaderos realizadores, aunque no tengan la calidad exigida por el tipo penal para el sujeto activo, la cual sí concurre en el representado (persona jurídica o natural)²; imputación que se hace de un hecho propio y no de uno ajeno, que da lugar a una responsabilidad propia y no por el hecho de otro. Desde luego que la autoría en el actuar por otro no exime la responsabilidad penal del titular del ámbito de dominio (el representado), pues pueden subsistir la responsabilidad del representado por dolo, culpa, acción u omisión, y la del representante (con las mismas características).

Mediante esta cláusula se busca:

1. *Evitar la impunidad del extraneus en delito especial.* La cláusula evita desde el punto de vista político-criminal y dogmático la impunidad de conducta típica de delito especial realizada por persona natural bajo la égida de la jurídica o de ente colectivo sin personalidad jurídica o en representación de persona natural, cuyo precepto no se le puede aplicar como autora por no reunir la cualificación señalada para el sujeto activo. Ante la carencia de la cláusula sólo puede adecuarse la conducta del autor en delito común.

Se impide que la persona natural (física) escude su responsabilidad en la entidad o persona natural en cuya representación obra o la proyecte hacia ésta, y se logra que quien en principio es *extraneus* frente a cierto delito especial sea tenido como *intraneus* y autor del mismo, para evitar la impunidad de la conducta delictiva realizada como miembro u órgano de representación de persona jurídica o natural. No es el momento de entrar a fijar si sólo debe responder penalmente la persona natural que actúa en nombre de la jurídica y eximirse a ésta, o si deben hacerlo ambas, porque tal complicado tema debe ser materia de otro estudio. Lo indiscutible es que, con o sin responsabilidad de la persona jurídica, si se cuenta con dicha cláusula, responde en el terreno de lo punible la natural que delinca al socaire de aquélla o de la física en cuyo nombre y representación actúe.

2. *La cláusula del actuar por otro no defiende ni ataca el principio “societas delinquere non potest”.* Los casos más numerosos de actuar por otro son aquellos en los cuales el “otro” por quien se actúa es una persona jurídica.

No es pacífica en la doctrina la cuestión de si las personas jurídicas y los entes colectivos sin tal atributo pueden o no ser sujetos activos de delito y si se les puede o no

2. Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal* (Libro-Homenaje a CLAUDIUS ROXIN), Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, p. 376.

amenazar con penas y hacerlas efectivas³, dado que si se quisiera aplicar éstas a dichas agrupaciones sería imposible hacer efectivas las privativas de la libertad (la mayoría).

El principio *societas delinquere non potest* ha cerrado las puertas a las sanciones penales para la persona jurídica. Este principio, de aceptación en la legislación y la doctrina⁴, no admite que la persona jurídica delinca, con el argumento de que es incapaz de acción jurídico-penal, culpabilidad y pena⁵. En efecto, si la acción es el ejercicio de una actividad final con dirección a un resultado determinado, y la omisión es la voluntaria no realización de una acción debida cuando se tiene la concreta posibilidad de realizarla, debe negársele a la persona jurídica la capacidad para ser sujeto activo de delito, por incapacidad de acción, al carecer de una voluntad en sentido del Derecho Penal y, obvio, por incapacidad de culpabilidad y pena⁶.

3. Dice BAJO FERNÁNDEZ “Pues bien, continúo creyendo que respecto a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas siguen produciéndose los mismos equívocos que constaté en 1981. En efecto, entiendo que detrás de la polémica sobre el *societas delinquere non potest* se encuentra un problema semántico, por la superposición de, al menos, tres planos. De un lado, el Derecho positivo en el que se trata de indagar si se imponen o no sanciones a las personas jurídicas. De otro lado, el plano dogmático en donde se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Por último, el plano político criminal donde se cuestiona la idoneidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas”; MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1996, p. 20. Agrega: “La discusión habría que enmarcarla entonces en el seno de un hipotético Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas, distinto del Derecho Penal en sentido estricto y de aquellos otros sectores excepcionales como el Derecho Penal de peligrosos, de inimputables adultos y de menores” (ibíd, p. 22).
4. Dice SILVA SÁNCHEZ: “Cuando ya entramos concretamente en materia de responsabilidad penal, la doctrina ampliamente mayoritaria en España se caracteriza por adoptar dos principios aparentemente contrapuestos. Por un lado, de conformidad con la tradición continental europea, acogida también en nuestra jurisprudencia y, según parece, en el Código Penal, estima que las agrupaciones de personas, aun cuando gocen de personalidad jurídica, no pueden ser sujetos activos de delito. En otras palabras, acepta el principio *societas delinquere non potest*. Ello significa que de los delitos cometidos en el ámbito de una empresa sólo responden penalmente las personas individuales a las que puedan imputárseles, y en la medida en que puedan imputárseles, mientras que la corporación en sí no puede ser sometida a ninguna pena criminal. Sin embargo, por otro lado, la misma doctrina dominante en España parece apreciar la existencia de una necesidad político-criminal de sancionar directamente a las agrupaciones o colectivos de personas, es decir, a la empresa en cuanto a tal, en caso de cometerse un delito en su ámbito. Se estima, en efecto, que tales sanciones colectivas constituyen un medio imprescindible para combatir la criminalidad de empresa”: ob. cit., pp. 358 y ss.
5. Cfr. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. “La actuación en nombre de otro”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1984, p. 24.
6. Cfr. SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 359. Aun quienes defienden la necesidad de responder con sanciones a las actuaciones de las personas jurídicas reconocen que no es posible fundamentar la responsabilidad de aquélla en la culpabilidad; así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ afirma: “Debemos de reconocer, sin rasgarnos las vestiduras, que es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas. Las referencias que la jurisprudencia constitucional hace al principio de culpabilidad han de entenderse fracasadas frente a las personas jurídicas. Y no es que la culpabilidad en este caso haya de entenderse de un modo diferente, sino que lisa y llanamente no se exige por imposibilidad conceptual. Con un entendimiento distinto corremos el riesgo de topar

A través de la cláusula del actuar en lugar de otro no se busca atacar o defender el principio *societas delinquere non potest*, sino evitar la despersonalización ante el Derecho Penal de quienes actúan en su nombre y mantener su personalización lo mismo que la de las sociedades, al hacer la transmisión de los elementos objetivos del injusto al sujeto no cualificado, para incluirlo dentro del círculo determinado de autores con la finalidad de fundamentar la punibilidad del *extraneus*, quien en principio no es sujeto obligado para cumplir el deber de protección del respectivo bien jurídico. Dicha fórmula concilia del todo con la tesis que patrocina la responsabilidad penal de la persona jurídica y con la que la niega, porque en últimas busca cortar el mal por la raíz⁷.

III. EL ACTUAR POR OTRO COMO COBERTOR DE LAGUNAS DE PUNIBILIDAD

Se detecta en el actuar por otro una laguna legal de punibilidad que repugna a los sentimientos de justicia material y no se corresponde con las exigencias político-criminales de no dejar impunes las conductas de quienes a pesar de haber realizado los comportamientos descritos en los tipos especiales, por carecer de ciertas cualidades o elementos personales del tipo, no son alcanzados por éste.

El fundamento del actuar por otro ha sido encontrado en la tradicional fórmula de la disociación personal de los elementos del tipo, al entenderse que la misma se da respecto de un sujeto que actuando en nombre de otro realiza conducta descrita en un tipo penal que exige en el autor determinadas características típicas que sólo concurren en la persona jurídica o natural en cuyo nombre obra. Se presenta un esparcimiento de los elementos del tipo que fundamentan la punibilidad, dado que no todos concurren en una misma persona sino en dos distintas: en la jurídica o natural que tiene la cualificación requerida por la correspondiente figura del tipo especial para el sujeto activo, y en la natural (física) que realiza materialmente la conducta descrita en el tipo⁸. La cláusula general de la “actuación a nombre de otro” busca aglutinar en

de nuevo con un problema semántico que se nos enrede en los pies. Al fin y al cabo el Derecho (Penal) de las personas jurídicas, aunque es Derecho Penal, no es idéntico al Derecho Penal común, ni al de menores o inimputables adultos”: ob. cit., p. 30. Agrega BAJO FERNÁNDEZ: “es preferible esta conclusión que no prostituir el principio de culpabilidad que, referido a la persona jurídica, siempre sería culpabilidad por el hecho de otro, por más que algunos autores (TIEDEMANN, JAKOBS, BRENDER, ZUGALDÍA) pretendan salvar la situación. Partiendo de la exigencia constitucional de culpabilidad para la responsabilidad penal, prefieren cifrar la culpabilidad de la persona jurídica en ‘defecto de organización’ rebajando el contenido ético tradicional a categorías sociales y jurídicas (TIEDEMANN, BRENDER), conectando la culpabilidad, más que con el libre albedrío, con la ‘libertad de autoadministrarse, esto es, de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios’ (JAKOBS)” (ibíd., p. 31).

7. Dice MIR PUIG: “este problema no se plantea solamente en estos casos de personas jurídicas, sino en todos aquellos en que alguien actúa en representación de otro, realizando una conducta cuya tipicidad requiere que el sujeto posea alguna condición (delito especial) que no concurre en él sino en su representante. Piénsese, p. ej., en el supuesto del representante de un incapaz que se alza con los bienes de éste en perjuicio de los acreedores del mismo”: SANTIAGO MIR PUIG. *Enciclopedia penal básica*, Granada, Edit. Comares, 2002, p. 39.
8. Cfr. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 176.

una sola persona todos los elementos del tipo desde el punto de vista jurídico-penal, y la elegida es la natural que actúa en nombre de la jurídica o de otra natural.

Así, p. ej., en el delito de alzamiento de bienes se produce aquella dispersión de los elementos típicos si lo realiza el representante legal de una persona jurídica, porque el autor de dicho delito debe ser “deudor” y ha de alzarse con “sus” bienes u ocultarlos o cometer cualquier otro fraude para perjudicar a “su” acreedor, y en aquél caso, no obstante que el representante de la persona jurídica, p. ej., oculte los bienes para perjudicar al acreedor de aquélla y produzca el resultado que la respectiva norma quiere evitar, nadie puede ser penado. La persona jurídica no es responsable penalmente, por lo ya dicho; y quien realiza la conducta descrita en el tipo, a pesar de que se trata de persona capaz de acción, culpabilidad y pena, no es “deudor”, no oculta “sus” bienes ni perjudica a “su” acreedor, sino que oculta los bienes de la persona jurídica para perjudicar al acreedor de ésta, es decir, le faltan ciertos elementos típicos que se cumplen sólo en la sociedad. Penar al representante (quien no es el “deudor”) por el delito especial significa una manifiesta violación de los principios de legalidad y tipicidad; y sancionar a la persona jurídica no es posible, por razón del principio *societas delinquere non potest*. Entonces, la acción del representante legal es atípica porque le faltan elementos, y la sociedad carece de capacidad delictiva. Se está, entonces, ante una auténtica laguna punitiva, la cual puede ser cubierta con la cláusula del actuar por otro.

IV. POSIBLES SOLUCIONES AL ACTUAR POR OTRO

Para resolver el problema de las actuaciones en lugar de otro se han planteado entre otras las siguientes soluciones:

1. Tener a la persona natural que carece de los elementos especiales y actúa como representante de la jurídica o natural que sí tiene la cualidad exigida por el tipo como autora de delito especial por el simple hecho de haber obrado en su nombre o representación. En tal caso se atenta, contra los principios de tipicidad, legalidad y seguridad jurídica, al tener como *intraneus* a quien carece de tal calidad, pues la circunstancia señalada por el tipo la posee el representado y no el representante y la misma no le es comunicable. Tampoco puede ser tenido como partícipe quien obra en nombre de otro que no actúa, por razón del principio de la accesoriedad de la participación.
2. Tener al actuante en nombre de otro como autor de delito especial por el simple hecho de haber realizado de manera material la conducta señalada por el tipo penal. Tal interpretación implicaría acabar de un sólo plumazo la estructura dogmática de los delitos especiales, porque bastaría la realización de la conducta descrita en el tipo penal para tener como autor al sujeto, con independencia de que tenga o no la cualificación exigida por el tipo, y se tornaría, por lo tanto, superflua la exigencia de cualidades para los sujetos activos en ciertos delitos (los especiales), además de que se desconocería el principio de la igualdad.

3. Si existieran algunos tipos en la parte especial del Código o en leyes penales especiales, contentivos de la figura del actuar por otro, hacer una interpretación extensiva a todos los tipos que exijan especiales elementos personales para el sujeto activo, de tal manera que permita tener por concurrente en quien actúa en nombre de la persona jurídica o natural la respectiva cualificación de la cual carece. Esta interpretación es rechazada por el principio de legalidad.

Sea oportuno afirmar que la cláusula del actuar por otro tiene en el orden penal una naturaleza constitutiva⁹, porque la norma que la elabora permite que a partir de su introducción legal se castigue a sujetos que, antes de la constitución que hace dicha norma de equivalencia desde el punto de vista del contenido del injusto entre la conducta de los sujetos idóneos y la de quienes actúan en su lugar, estaban libres de persecución penal.

Se ha considerado por cierto sector de la doctrina alemana¹⁰ que la elaboración de la cláusula del actuar por otro en relación con ciertos tipos de la parte especial es la consagración de un principio general de Derecho que permite *de lege data* una solución general del problema, es decir que se aplica a todos los tipos de la parte especial a pesar de que no esté estipulada sino sólo para unos de ellos. Esto en contraste con lo sostenido por la opinión mayoritaria¹¹ que afirma que en tal caso las actuaciones por otro no están resueltas con carácter general en el ordenamiento sino sólo en relación con los tipos aislados para los cuales se han establecido cláusulas particulares que serían de aplicación exclusiva a tales tipos, salvo que exista la cláusula general.

Debe entenderse que la previsión expresa de la cláusula para ciertos delitos se hace para que tenga aplicación sólo en estos y excluir al resto, respecto de los cuales se da una laguna de punibilidad. Así, en vigencia del anterior Código Penal colombiano no podía admitirse la existencia de un principio general de Derecho para declarar penalmente responsables a órganos o representantes legales o voluntarios que actuaban en el lugar del sujeto idóneo representado, por el hecho de que en los artículos 22 de la Ley 383 de 1997 y 125 de la Ley 488 de 1998 (vigentes antes del actual Código Penal) de manera expresa se describiera el actuar por otro respecto de la persona natural que en nombre de la jurídica recaudaba impuestos y tasas; de modo que por la introducción de estas disposiciones particulares de responsabilidad del representante no podía afirmarse que se constituyó un principio general que permitía sancionar penalmente a todo representante que al actuar por el representado lesionase un bien jurídico correspondiente a los que se encontraban bajo el especial dominio del representado. Declarar tal principio general y aplicarlo implicaba analogía *in malam partem*; además, los principios generales de Derecho son criterios auxiliares de la actividad

9. Cfr. LUIS GRACIA MARTÍN. *El actuar por otro en Derecho Penal. Teoría general*, t. I, Universidad de Zaragoza, 1985, p. 234.

10. *Ibid.*, p. 247.

11. *Ídem.*

judicial (art. 230 C. P.) a cuyo imperio no están sometidos los jueces en sus providencias, de modo que tienen un alcance bastante limitado en el Derecho Penal por el imperio del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

4. Subsumir la conducta de la persona natural que actúa en nombre de otra y en quien no concurren los elementos personales especiales, en otro tipo penal común que no exija tales elementos, para rendirle así culto a la prohibición legal de tener como autor de delito especial a quien no posee la cualificación que concurre en la persona representada. Se acatarían los principios antes mencionados, pero en todo caso subsistirían grandes lagunas de punición.

5. Crear tipos en la parte especial que contengan la figura del actuante a nombre de otro. Sería acertada la solución porque eliminaría las lagunas de punición ya destacadas, pero se tendrían código engorrosos y carentes de técnica legislativa.

6. Ante la imposibilidad de dar aplicación a las tres primeras soluciones, la insuficiencia de la cuarta y lo antitécnica de la quinta, sólo queda una salida: la creación de una cláusula genérica de la actuación en nombre de otro en la parte general del Código, al modo del §14 StGB, el artículo 31 C. P. español y el inciso 3.º artículo 29 C. P. colombiano, entre otros.

La cláusula general ha de extender la responsabilidad tanto a la representación autorizada o de hecho de persona jurídica o ente colectivo sin tal atributo, como a la legal o voluntaria de persona natural, que sí cumplen aquellas circunstancias requeridas por la correspondiente figura de delito o contravención para ser sujeto activo del mismo.

Veremos luego que el legislador colombiano solucionó positivamente el problema al introducir un precepto en la parte general aplicable a todos los delitos que plantean situaciones similares, con lo cual lo ha resuelto de la manera más adecuada porque son varios los hechos punibles que plantean cuestiones de actuar por otro.

V. EL ACTUAR POR OTRO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

A. GENERALIDADES

1. La legislación penal colombiana elabora la cláusula del actuar por otro para los casos en que el sujeto cualificado en cuyo nombre se actúa es persona jurídica o natural, y lo extiende al ente colectivo sin atributo de persona jurídica. Además, acoge la fórmula de la disociación personal de los elementos del tipo, que se caracteriza porque entiende el fenómeno como dispersión en dos sujetos de los elementos típicos: en uno (el que actúa en nombre de otro) que actúa sin concurrir en él la cualificación personal exigida para el autor, y en otro (la persona por la cual otro actúa) que posee la cualificación del autor pero no realiza la conducta, al exigir que los elementos de la autoría han de concurrir necesariamente en el sujeto con el que el actuante debe mantener un estrecho vínculo

representativo; por lo cual ha decidido el legislador que dicha cláusula general produzca un efecto de imputación de elementos ajenos a un sujeto, quien “también es autor” (art. 29. C. P.), sin que se trate de la total acogida de la fórmula de equivalencia sobre la base de un juicio de nivelación de todas las circunstancias personales de sujetos distintos, porque sólo se imputan al representante los elementos especiales que fundamentan la punibilidad de la figura delictiva y quedan por fuera del alcance de tal imputación las circunstancias personales que agravan o atenúan la punibilidad. De modo que no puede centrarse la atención sólo en el sujeto que actúa¹², sino en éste y el representado, pues el sujeto cualificado debe ser tenido en cuenta como referencia para averiguar en qué ámbito social, jurídico y económico actúa, y precisar las circunstancias de agravación o atenuación que concurran en él, las cuales no pueden ser tenidas en cuenta respecto del representante, a pesar de que dado el ámbito en que éste actúa pudieran ser imputadas.

2. Como antes se señaló, para la resolución del problema de las actuaciones en lugar de otro se han planteado las siguientes soluciones: a. Tener a la persona natural que carece de los elementos especiales y actúa como representante de la jurídica o natural, que sí tiene la cualidad exigida por el tipo, como autora de delito especial, por el simple hecho de haber obrado en su nombre o representación; b. Tener al actuante en nombre de otro como autor de delito especial por el simple hecho de haber realizado de manera material la conducta señalada por el tipo penal; c. Si existieran algunos tipos en la parte especial del Código o en leyes penales especiales que contengan la figura del actuar por otro, hacer una interpretación extensiva a todos los tipos que exijan especiales elementos personales para el sujeto activo, de tal manera que puedan tenerse como concurrentes en quien actúa en nombre de la persona jurídica o natural cualificada dichos elementos personales de los cuales carece; d. Subsumir la conducta de la persona natural que actúa en nombre de otro y en quien no concurran los elementos personales especiales en otro tipo penal común que no exija tales elementos; e. Crear tipos en la parte especial que contengan la figura del actuar por otro; y, f. Crear la cláusula general del actuar por otro, aplicable a todos los delitos especiales en los cuales es viable la representación.

El legislador colombiano optó por solucionar el problema al introducir un precepto en la parte general, válido para todos los delitos que planteen situaciones similares, la cual es la vía más acertada porque son varios los delitos que formulan problemas de actuación por otro, y la introducción de cláusulas particulares daría lugar a que los olvidos del legislador para ciertos delitos dejen en la impunidad conductas que desde lo político-criminal están necesitadas y son merecedoras de pena, o a que los jueces (peor aún) apliquen analógicamente la ley.

No obstante que el legislador estableció la cláusula general del actuar por otro en el artículo 29 C. P., también introdujo una cláusula particular o especial en el artículo 402 al disponer: “Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a

12. Como lo recomienda GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, t. II, Universidad de Zaragoza, 1986, p. 18.

esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”; se refiere la norma a las obligaciones del agente retenedor o recaudador. Este precepto pone de manifiesto que pese a que, el legislador de 2000 se decanta por la vía de la cláusula general del actuar por otro, se da la mezcla de los dos sistemas: el de la cláusula general y el de la particular relativa a determinados delitos. Esta regulación legal resulta aparentemente contradictoria pero conduce a no tener como superflua ninguna de las dos cláusulas, pues hay que aplicar tanto la general que permite resolver todos los supuestos del actuar por otro, la cual tiene como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador al miembro u órgano de representación de la persona jurídica o de ente colectivo sin tal atributo, como también la cláusula particular mencionada, que tiene como autor del mismo delito a “las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”, la cual no excluye la responsabilidad del representante; con lo cual se amplía el círculo de autores del mencionado delito contra la administración pública, porque no sólo lo serán los representantes de las personas jurídicas sino también los encargados de la obligación de retener los correspondientes impuestos, tasas o contribuciones públicas.

3. La actuación en lugar de otro no tiene aplicación en los delitos comunes, de los cuales pueda ser sujeto activo cualquiera al no exigirse para la tipicidad de la acción la concurrencia de una cualidad especial de la autoría, dado que en estos casos la constatación de que el sujeto ha realizado el hecho actuando en la esfera de dominio de otro es por completo irrelevante para el problema de la responsabilidad penal, porque cualquier persona tiene el dominio del hecho. Si el sujeto que actúa a nombre de otro realiza un tipo común, cumple directa y personalmente todos los elementos que fundamentan el injusto de la figura punible, sin precisar su conducta de ningún requisito adicional para ser subsumida en el tipo penal respectivo, con independencia de que el delito se haya realizado o no dentro del ámbito de dominio social, jurídico o económico de una persona natural o jurídica; por tanto, puede ser autor de delito el representante, director, gerente o un sujeto ajeno a la sociedad que haya realizado en nombre propio o de la persona jurídica delito común, así se afirme o niegue la capacidad delictiva de las personas jurídicas y la persona natural tenga o no dentro de aquélla cargo que implique determinado *status* y la ostentación de una posición de garante.

4. Hasta la expedición del Código Penal de 2000, el actuar por otro no había estado regulado mediante una cláusula general en nuestro ordenamiento, aunque con relación a supuestos particulares no había sido ajeno al problema. En efecto, el artículo 422 C. P. de 1936 estableció una cláusula particular de aplicación exclusiva a los delitos relativos a la quiebra, al disponer: “Los gerentes o directores de una sociedad anónima, que cometan algunos de los hechos de que tratan los artículos anteriores, incurrirán en las sanciones allí establecidas y en multa de cincuenta a dos mil pesos”¹³. Además, los artículos 22 de la Ley 383 de 1997 y 125 de la Ley 488 de 1998,

13. Los artículos a los cuales se refería este tipo penal eran el 419 y el 420, cuyos textos fueron: artículo

vigentes antes del actual Código Penal, crearon cláusulas particulares de actuación en lugar de otro para delitos cometidos por agentes retenedores y auto-retenedores de impuestos, tasas y contribuciones.

Con este sistema de cláusulas alternativas o particulares se solucionaban determinados supuestos de actuaciones en nombre de otro, cuando faltara el elemento personal del sujeto activo, para considerar autor a quien realizaba el injusto. Con todo, a pesar de la existencia de dichas cláusulas particulares continuaron lagunas de punibilidad para casos de actuaciones por otro no sólo en el seno de la persona jurídica sino también cuando el sujeto no cualificado actuaba en representación de persona natural, siendo claro que desde el punto de vista político-criminal debía solucionarse el problema respecto de todos los supuestos de actuación del representante de persona jurídica o natural.

El precepto que regula la actuación por otro¹⁴ no soluciona el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues sólo establece la de las personas naturales que describe (el representante); no se trata de imputar una responsabilidad por el hecho ajeno (por el hecho de la persona jurídica o natural representada) sino por el hecho propio que la persona natural (*extraneus*) ha realizado. Cuando la persona natural realiza con ocasión del rol que desempeña en la organización de una persona jurídica o natural un hecho cuyos elementos formales concurren de manera total en su persona no se presenta inconveniente alguno para sancionarlo penalmente, porque sin dificultad se subsume la conducta en el correspondiente tipo penal; pero cuando el sujeto que actúa por razón de aquel rol realiza un hecho para cuya tipicidad se requiere la concurrencia en el autor de determinadas cualidades de las cuales carece (delitos especiales, p. ej.), su conducta no puede ser sancionada penalmente porque la adecuación de la misma en el tipo penal encuentra un obstáculo (por carecer de la cualificación del sujeto activo); evento en el cual la cláusula del actuar por otro regulada de manera expresa por el artículo 29 C. P. resuelve el problema, al establecer la posibilidad de imputar responsabilidad a la persona que sea miembro u órgano de

419: “Incurrirá en prisión de 1 a 6 años, y en la prohibición para ejercer el comercio por un término de 3 a 10 años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude a sus acreedores, hubiere ejecutado o ejecute alguno de los hechos siguientes: 1. Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas. 2. Sustraer u ocultar alguna cosa que corresponda a la masa de sus bienes. 3. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor. 4. Aprovechar el estado de quiebra para especular con las propias obligaciones, adquiriéndolas a menos precio”; artículo 420: “Incurrirá en arresto de 1 mes a 1 año, y en la prohibición para ejercer el comercio, por 2 a 5 años, el comerciante declarado en quiebra que hubiere perjudicado a sus acreedores por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, por sus especulaciones temerarias o ruinosas, juego, abandono de sus negocios o por cualquier acto de notoria negligencia o imprudencia en la administración de los mismos”.

14. Dispone el inciso 3.º artículo 29: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

representación autorizado o de hecho de una persona jurídica o ente colectivo sin tal atributo o de una persona natural, a pesar de que no concurren en ella las cualidades del autor, si se dan en la persona jurídica o natural en cuyo nombre actúa.

La extensión de la autoría se produce siempre que un sujeto que no es cualificado ha tenido dominio del hecho, entendido éste como dominio objetivo, positivo y normativo, dominio que lo convierte en garante de la incolumidad del respectivo bien jurídico. Como la cláusula general permite castigar como autor a quien formalmente no lo es, es decir al sujeto no cualificado, se trata entonces de una cláusula constitutiva de autoría, y así lo dispone de manera expresa la ley al señalar que el representante no cualificado “también es autor”.

B. EL ACTUAR POR OTRO COMO FORMA DE AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

La cláusula de la actuación por otro es una extensión de la tipicidad de los delitos respecto de los cuales es aplicable, al hacer la equivalencia desde el punto de vista del contenido del tipo de injusto entre la conducta del sujeto activo (sujeto idóneo) y la del sujeto actuante por otro no cualificado (el extraño), por lo cual al final puede constituirse en una disposición de extensión de la autoría de los delitos especiales, cuyo lugar sistemático es el del concurso de personas como lo dispone la ley penal colombiana al tenerla como una forma de autoría. En nuestro ordenamiento es una forma de autoría, por las siguientes razones:

1. Dice expresamente la cláusula que “también es autor” quien actúa como representante autorizado o de hecho de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo, o como representante voluntario de una persona natural; con lo cual está diciendo que aquél responderá como autor.

2. La cláusula del actuar por otro fue establecida de manera general e incluida en la norma que describe las distintas formas de autoría, por lo cual ha de ser tenida como una más al lado de la autoría inmediata individual, la mediata y la coautoría, y bien puede ser denominada “autoría por el actuar por otro” o “autoría por actuación en lugar de otro” o “autoría por actuación en nombre de otro”, etc., respecto de la cual pueden darse la autoría mediata y la coautoría; de modo que existe la autoría inmediata individual por actuación por otro, la autoría mediata por actuación por otro y la coautoría por el actuar por otro, de acuerdo a las reglas generales de la autoría aplicables a los delitos especiales. No se trata de un concepto unitario de autor, porque tanto el representante como el representado pueden ser autores o partícipes, razón por la cual no tiene aplicación la denominada “teoría de los delitos de infracción del deber”, que tiene como autor a quien infrinja el deber legal especial con independencia de que domine o no el hecho.

El representante de la persona jurídica o de la natural sólo responderá como autor si “realiza la conducta punible”, es decir, si cumple acto que fundamente autoría inmediata individual ejecutado con dominio del hecho. Con todo, tanto la autoría mediata como la coautoría pueden darse en el actuar por otro. En efecto, bien puede ocurrir que quien actúa por otro utilice a un tercero como instrumento para realizar el delito, evento en el cual aquél es autor mediato en el actuar por otro, como cuando el representante de una persona jurídica para evitar un embargo de los bienes de la empresa le ordena a su subalterno que los oculte, quien ignorando la razón del ocultamiento procede a realizarlo, por lo cual frustra la medida cautelar, caso en el cual el representante es el autor mediato en la actuación por otro, pues tiene el dominio del hecho (dominio de la voluntad), y el empleado es el instrumento. También puede ocurrir que quienes actúan por otro sean los integrantes de la representación colectiva de una sociedad y realicen el hecho con acuerdo común y división de trabajo, además de hacer aportes importantes en la fase ejecutiva del delito especial, caso en el cual los representantes tienen el dominio funcional del hecho y son coautores en el actuar por otro; coautoría que puede darse con el concurso del sujeto idóneo, cuando el representado es persona natural, porque bien puede ocurrir que el representante y el representado codominen el hecho, situación que no puede darse cuando la representada es persona jurídica porque ésta no responde penalmente.

Como en la dogmática penal colombiana no tiene aplicación la llamada “teoría de los delitos de infracción del deber” ni la “teoría del instrumento doloso no cualificado”, el *intraneus* sólo es autor si realiza la conducta descrita en el tipo; razón por la cual aquél no es autor si sólo infringe el deber legal especial y no domina el hecho, como tampoco lo es si utiliza como “instrumento” a un *extraneus* que actúa dolosamente, porque en el primer caso el sujeto no “realiza la conducta punible”, sino que sólo infringe el deber especial, por lo cual sería partícipe, y en el segundo el extraño no realiza el delito especial, respecto del cual no hay autor, y el *intraneus* (sujeto idóneo) no responde como autor porque no tiene el dominio del hecho y sólo sería determinador; pero como no hay autor de delito especial porque el extraño no lo puede ser, tampoco respondería el *intraneus* como partícipe, por razón del principio de la accesoriedad de la participación, salvo que el ejecutor doloso actúe por otro que tenga la calidad de autor y sea éste persona natural, porque el ejecutor es autor por actuar en nombre de otro y quien está detrás es determinador; conviene aclarar que si “el instrumento doloso no cualificado” realiza delito común, será autor del mismo, del cual el *intraneus* es partícipe.

C. EL ACTUAR POR OTRO COMO PARTICIPACIÓN

Al disponer el inciso 3.º artículo 29 C. P. que también es autor el representante autorizado o de hecho de persona jurídica o natural que realiza la conducta punible, señala como autor en el actuar por otro no a todos los representantes sino sólo a quien realice el hecho punible, y no descarta la posibilidad de que tal representante sea partícipe; lo cual es lógico porque el Código Penal colombiano no ha adoptado un

concepto unitario de autor sino uno restrictivo y diferenciador. Como no puede implementarse la “teoría de los delitos de infracción de deber”, el sujeto idóneo (el representado) cuando sea persona natural no sólo puede ser autor sino también partícipe, bien determinador al persuadir al representante, es decir a quien actúa por él, para que realice delito especial del cual el representado podría ser autor, o bien cómplice si le ayuda a la realización de tal delito especial que lesione o ponga en peligro el bien jurídico del cual es garante el representado por ser el titular de la respectiva función social, económica o jurídica, y el representante por haber ingresado en el rol del representado y asumido el papel de garante de la incolumidad del bien jurídico respectivo. Cuando la representada es persona jurídica no hay problemas de participación de ésta, porque no responde penalmente.

Respecto de la participación en el actuar por otro pueden darse las siguientes situaciones:

- Que el representado intervenga como partícipe, como cuando instiga o auxilia al representante, caso en el cual éste es autor y aquél cómplice o determinador, y por su condición de *intraneus* no puede ser penado como interviniente no cualificado.
- Que el representante intervenga como partícipe, al instigar o auxiliar al representado, evento en el cual éste es autor de delito especial y aquél cómplice o determinador.
- Que un extraño que no actúa por otro (extraño no actuante por otro) determine o auxilie al representante que actúa en nombre de otro o al representado, caso en el cual aquél es cómplice o determinador de delito especial y por su condición de *extraneus* es interviniente no cualificado.

D. LOS ELEMENTOS DEL ACTUAR POR OTRO

Son elementos del actuar por otro: 1. La realización de conducta típica; 2. La disociación personal de los elementos del tipo; 3. La equivalencia del actuar del *extraneus* al del *intraneus*, y 4. La calidad del representante. A continuación se analizarán.

1. La realización de conducta típica

Para que la cláusula general del actuar por otro pueda jugar papel es necesario que el sujeto a quien se le quiera aplicar haya actuado como autor en el sentido del inciso 1.º artículo 30 C. P., haciéndole falta sólo la concreta condición (deudor, acreedor, dueño, etc.) exigida por el respectivo tipo. De acuerdo con el inciso 3.º *ibídem* la responsabilidad penal de quien actúa por otro se deducirá de la realización de la conducta punible que no corresponda a delito común, porque, como ya se analizó, quedan

excluidos de su ámbito las actuaciones de miembro u órgano de representación consistentes en la realización de acciones que correspondan a delitos que no requieran cualidades o condiciones para ser sujeto activo del mismo, pues en estos supuestos todos los elementos típicos concurren en el agente y la conducta se subsume, sin más, en el tipo penal de la parte especial correspondiente. Sin embargo, la realización de la conducta punible debe cumplirse por parte del representante del sujeto cualificado (persona natural o jurídica), pues si quien actúa no tiene el rol de representante autorizado o de hecho, como puede serlo un empleado de una persona jurídica o natural, no será penado por el delito especial, sino por uno común: p. ej., hurto, abuso de confianza, falsedad o estafa.

La actuación del representante puede ser por acción u omisión en delito que exija respecto del sujeto activo elementos especiales para fundamentar la punibilidad de la figura delictiva respectiva. La acción u omisión realizada por quien actúa por otro corresponde a delitos especiales determinados, porque la ley ha incorporado al precepto de las actuaciones por otro un criterio formal de equivalencia y no basta que el sujeto haya realizado cualquier acción con dominio del ámbito de protección del bien jurídico para ser autor de delito especial, sino la concreta acción descrita por el tipo de injusto con el cual entra en relación la respectiva cláusula.

Como el inciso 3.º artículo 29 C. P. se aplica a los delitos especiales, es preciso aclarar si comprende tanto los propios como los impropios. Los delitos especiales propios son aquellos que sólo pueden ser realizados como autor por quien tenga la cualificación señalada para el sujeto activo y no tienen correspondencia con un tipo penal paralelo del cual cualquier persona pueda ser sujeto activo, como el delito de prevaricato, p. ej.,; mientras que los delitos especiales impropios, a pesar de que sólo pueden ser autores de los mismos los sujetos cualificados, tienen un correspondiente tipo común que sí puede ser realizado por cualquiera como autor, como el delito de peculado por apropiación, del cual sólo el servidor público puede ser autor, pero si el particular se apropia de bien del Estado es autor de delito patrimonial.

En el delito especial propio se presenta laguna de punibilidad si quien realiza el hecho por otro es *extraneus*, la cual sólo puede ser colmada por la cláusula estudiada; mientras que en los delitos especiales impropios no se presenta tal laguna, porque si quien actúa por otro no tiene la cualificación no sería autor del delito especial pero sí del común cuyo tipo sea correspondiente al del especial. Sin embargo, si quien actúa por otro no tiene la calidad de autor del delito especial impropio que realiza en nombre del sujeto idóneo, a pesar de que podrá ser penado como autor de delito común y de no darse en tal caso laguna de punibilidad, si existe la cláusula mencionada debe ser castigado como autor del delito especial, por concurrir en su representado la respectiva cualidad. Al respecto la doctrina no ha sido unánime¹⁵, porque mientras unos sostienen que la cláusula deberá abarcar también el actuar por otro en los delitos

15. Cfr. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. II, pp. 96 y ss.

especiales impropios, otros sostienen que no debe aplicarse en estos delitos, pues en tal caso no hay laguna de punibilidad dado que el representante responderá como autor del delito común correspondiente¹⁶.

De cara a nuestra legislación penal no hay razón para limitar el efecto de la cláusula del actuar por otro sólo a la comisión de delitos especiales propios, porque si bien es cierto que los elementos típicos de los que carece el agente y deben concurrir en el representado son “elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva” (art. 29 C. P.), ha de entenderse que la equivalencia no excluye a los que fundamentan la punibilidad de la figura de los delitos especiales impropios; además, la cláusula se refiere de manera genérica a quien “realiza la conducta punible” sin diferenciar entre el delito especial propio y el impropio.

A estas razones de carácter dogmático hay que sumar las de política criminal, pues no debe olvidarse que quien actúa por otro adquiere el dominio del hecho desde el punto de vista normativo, que acarrea para el representante una posición de garante respecto de la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, el cual el Derecho penal encuentra más necesitado y merecedor de protección que el del delito común¹⁷. Entonces, el inciso 3.º artículo 29 C. P. regula las actuaciones por otro en relación a los delitos especiales propios e impropios, porque el criterio de equivalencia bien puede hacerse entre la acción de los representantes y la de los sujetos activos de los tipos especiales propios e impropios; pues, repito, si el agente realiza la acción típica de delito especial impropio, cumple el requisito de “realizar la conducta punible” y los elementos que fundamentan la punibilidad de la “figura punible” del delito especial impropio concurren en el representado, a los cuales el extraño accede por el rol que asume como representante de quien posee tales elementos especiales.

2. La disociación personal de los elementos del tipo

El inciso 3.º artículo 29 C. P. dispone que también es autor el representante autorizado o de hecho “aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la

16. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER. *Responsabilidad*, cit., pp. 325 y ss.; igualmente ÁNGEL LINARES ESTRELLA. *Un problema de la parte general del Derecho Penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho Penal español y cubano*, Granada, Edit. Comares, 2002, p. 241. De otra opinión GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. II, pp. 84 y ss., 94 y ss., 104 y ss.

17. Se comparten los siguientes argumentos de GRACIA MARTÍN: “De estas premisas cabe deducir ciertas consecuencias para las actuaciones en lugar de otro en el ámbito de los delitos especiales impropios. Cuando un sujeto no cualificado ha accedido al dominio social sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente, y en el ejercicio de dicho dominio realiza la acción típica, su conducta aparece, desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto especial impropio, equivalente a la del sujeto cualificado. Desde este punto de vista sería insatisfactorio penar al actuante en lugar de otro sólo por el delito común, lo que, como he dicho, no se adecuaría a los objetivos político-criminales de los delitos especiales impropios. En tales casos, la pena del delito común no refleja la gravedad del reproche jurídico penal de la conducta realizada por el no cualificado actuante en lugar de otro”: ob. cit., p. 98.

figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”. Se basa la fórmula del actuar por otro en la “disociación personal de los elementos del tipo”¹⁸, con influencia del §14 StGB¹⁹ y del artículo 31 C. P. español²⁰, al presuponer que la totalidad de los elementos del tipo se reparten entre dos sujetos: en uno que en la mayoría de los casos no ha actuado (lo cual es lógico en las personas jurídicas por el principio *societas delinquere non potest*), pero reúne el elemento personal de la autoría, y en otro que realiza la acción típica, pero carece de aquel elemento de la autoría. La cláusula del actuar por otro evita esa dispersión de los elementos típicos, al disponer que se tiene como autor a quien carece de elementos personales que fundamentan la autoría si actúa por quien sí los posee.

La fórmula plasmada en el Código Penal colombiano no presupone que el representado no actúe sino que lo haga el representante y que en aquél concurren los elementos especiales que no se dan en éste; lo determinante no es que el sujeto idóneo obre o no, sino que lo haga el representante, pues la dispersión de los elementos sólo se da si en el representado concurren los elementos especiales que fundamentan la punibilidad, de modo que si el representado actúa junto a su representante se sigue dando la dispersión cuya aglutinación hace la cláusula del actuar por otro respecto del representante, a pesar de que en el representado se cumplen todos los elementos típicos y podría ser penado sin necesidad de la cláusula. La actuación del representado (sujeto idóneo) no impide afirmar la responsabilidad penal como autor del representante si realiza actos de autoría, pues si éste sólo interviene como partícipe de un hecho realizado por el representado como autor, se le sancionará como partícipe.

3. La equivalencia del actuar del extraneus al del intraneus

Es importante que el representado pueda delegar y que se trate de un delito que no se pueda realizar por parte del no cualificado sin esa delegación. La persona jurídica y la natural pueden delegar en otra (órgano o representante legal) ciertas funciones, cuya realización puede hacerse, bien porque el mandatario requería del mandato para hacer lo encomendado, p. ej., vender un inmueble, o porque sin ese mandato lo encomendado se hubiera podido realizar, p. ej., trasladar una cosa de un lugar a otro, lo cual no exige poder, como sí se requiere para correr escritura pública en lugar de otro. En estos casos quien delega lo hace porque la ley se lo autoriza, al existir una dispo-

18. Cfr. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. II, pp. 121 y ss.

19. Dispone el §14 StGB: “Cuando una ley fundamente la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (especiales características personales), también son aplicables al representante, aun cuando estas características no se den en él, pero sí existan en el representado”: *Código Penal alemán (StGB)*, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

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

nibilidad de sus derechos; pero el servidor público no puede delegar si no está expresamente autorizado por la ley para ello, de modo que si “delega” sin tal autorización, quien recibe “el mandato” incurre en usurpación de funciones si actúa, y quien “lo otorga” es determinante de ese delito; si el delito se puede realizar sin esa delegación no hay actuar por otro sino “actuar por sí mismo”. Por tanto, para hacer la equivalencia entre la actuación del *extraneus* y la del *inraneus* no es suficiente establecer si el sujeto cualificado se encuentra en una determinada relación con el bien jurídico, sino que es necesario, además, que esté autorizado para poner a otro en dicha relación con el bien jurídico respecto del cual es garante.

El criterio de equivalencia de quien actúa por otro (el extraño) y el sujeto idóneo (el *inraneus*) en los delitos especiales está dado por la comprobación de que un extraño, bajo determinadas circunstancias ha entrado en la misma relación con el bien jurídico que tiene el *inraneus*. En los delitos especiales lo decisivo es la particular relación con el bien jurídico, lo cual le otorga a quien actúa por otro “un dominio de la protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”²¹ y la autoría “está conectada a la asunción de funciones sociales que engendran deberes de garantía bajo el punto de vista del dominio sobre la indefensión de la víctima o del dominio sobre cosas peligrosas”²². El autor de los delitos especiales se caracteriza fundamentalmente por el ejercicio del dominio sobre la incolumidad del bien jurídico, que concreta la posición de garante, por lo cual se producirá una actuación por otro cuando un sujeto que no es el titular de una posición jurídica, social o económica, etc., con la cual el tipo cualifica al autor, se coloca mediante un acto de representación en el ejercicio de una función en una relación especial con el bien jurídico que emana de aquella titularidad, es decir, será también autor “el que haya asumido las tareas del autor descrito por la ley, en su lugar, y ejecute la acción descrita por el tipo”²³.

El juicio de equivalencia en el actuar por otro no debe buscarse en la teoría de la representación sino en lo normativo²⁴, razón por la cual ya había señalado que para la elaboración del concepto de autor en el Derecho Penal colombiano debe tenerse en cuenta la teoría del dominio del hecho, entendido éste como dominio objetivo, positivo y normativo, característica ésta última que se advierte de manera especial en la autoría mediata y la autoría por el actuar por otro²⁵. Así, hay algunos bienes jurídicos que no pueden ser lesionados o puestos en peligro de manera directa por cualquier persona sino sólo por algunos sujetos, porque dichos bienes “existen únicamente en el seno de determinadas estructuras sociales en las que o bien cumple su función social o bien es la función que se desempeña en la propia estructura social la que

21. SHÜNEMANN, citado por GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. I, p. 343.

22. Ídem.

23. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., p. 343.

24. *Ibid.*, p. 349.

25. Cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 73, 2001-2002, Bogotá, pp. 177 y ss.

tiene como misión su fomento y desarrollo para alcanzar determinados fines, sociales o individuales”²⁶, como los de la administración pública, por lo cual, p. ej., no cualquier persona puede dictar sentencia manifiestamente contraria a la ley, sino sólo quien practica las funciones propias de su rol público, es decir, quien sea juez o funcionario con capacidad de tomar decisiones judiciales o administrativas.

Desde luego que quien no tenga a su cargo tales roles sociales también puede lesionar o poner en peligro de manera indirecta dichos bienes jurídicos a través de la participación, pues un *extraneus* que se limita a auxiliar o determinar a un *intraneus* en la realización de la acción típica no ejecuta su propio dominio sobre el hecho y no puede ser considerado autor, dado que en los delitos con elementos especiales de la autoría la posibilidad de actuar con dominio del hecho y ser, por tanto, autor presupone alguna exigencia normativa como contenido del injusto típico. Por tal razón, los delitos con especiales elementos de la autoría –delitos especiales o de infracción de deber– son también delitos de dominio del hecho, entendido éste como dominio, además, normativo, al que se le suele denominar “dominio social”²⁷, del cual dice GRACIA MARTÍN que “no es un criterio de contenido ontológico sino un criterio normativo mediante el que se averigua las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica, única forma de que adquiera relevancia jurídico-penal la producción del resultado”²⁸.

Los delitos especiales son de dominio porque la norma exige del sujeto idóneo para ser autor la capacidad para lesionar o poner en peligro el bien jurídico penalmente tutelado debido a su posición de garante, es decir, “el dominio social” o dominio objetivo, positivo y normativo, que consiste en poder decidir el si y el cómo de la realización típica, y en tener el “poder” para decidir tales “si” y “cómo”, que le otorga el rol social, económico, financiero, jurídico, etc. que desempeña; pues no todo el que decide el si y el cómo de dicha realización puede ser autor en los delitos especiales (suficiente, sí, para los delitos comunes), si la norma no lo ha investido del deber especial de protección del respectivo bien jurídico que no sólo le permita velar por su incolumidad sino que también le dé la oportunidad de lesionarlo o ponerlo en peligro (el “poder” consiste en que sólo algunos están en el círculo de personas con capacidad de daño directo y autónomo, pues todos los demás lo están de manera indirecta, es decir, son autores quienes están en condiciones de posibilidad de ejercicio del dominio del hecho con criterio normativo); de lo contrario, si es un extraño, por más que decida el si y el cómo y realice la conducta objetiva descrita en el tipo especial no es autor y no pasa de ser partícipe (interviniente no cualificado, en la legislación penal colombiana), si un *intraneus* realiza el hecho como autor.

Así, si el particular que no ejerce funciones públicas permanentes o transitorias se apodera de bienes del Estado no podrá ser autor de peculado por apropiación, a pesar de que decida el si y el cómo del apoderamiento y lleve a cabo la conducta, porque

26. Cfr. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. 1, p. 351.

27. *Ibíd.*, p. 355.

28. *Ibíd.*, p. 357.

carece del “poder” sobre la protección de la vulnerabilidad del bien jurídico de la administración pública, no inscrito en su esfera de dominio, el cual corresponde al servidor público que tiene dentro de su rol social la obligación de administración, tenencia o custodia de dichos bienes; es decir, el particular no tiene el dominio sobre el control y protección del bien jurídico porque la norma no le ha encomendado esa especial protección y no le ha dado el “dominio social” que tiene el titular de la respectiva función pública (el servidor público). Ese “poder” de lesión directo lo constituye el dominio “normativo”, como un ingrediente que se suma, repito, al dominio objetivo y positivo, y se concreta en el poder de “accesibilidad del bien jurídico”²⁹, porque “la característica del delito especial radica en que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en tales tipos sólo es accesible a las personas que pertenecen a un círculo determinado. Es decir, no hay bienes jurídicos especiales. Pero al ubicarse determinados bienes jurídicos en una esfera social a la que sólo algunos ciudadanos tienen acceso personalmente, quienes no pertenecen a ese círculo personal no pueden atacarlos y –dice NAGLER– no hay ya fundamento para dirigir la amenaza penal a todos los sujetos capaces de delito”³⁰.

Es mediante el ejercicio de las facultades propias de determinada titularidad de una posición social, económica, jurídica, etc., a la cual extienda el sujeto su competencia, como puede lesionarse de manera directa el bien jurídico, pero no es suficiente que en ejercicio de las facultades inherentes a tal titularidad infrinja el deber legal extrapenal, porque es necesario que realice la conducta descrita en el tipo penal especial. El sujeto cualificado domina un determinado espacio construido por lo normativo o estructura social en la que se encuentra el bien jurídico, del cual es garante por poseer el poder o dominio sobre el bien jurídico.

No basta el dominio “social” o “normativo” para ser autor, razón por la cual no creo aplicable en la dogmática penal colombiana la teoría de los “delitos de infracción de deber”, porque se requiere en todo caso del dominio objetivo y positivo³¹; así, p. ej., un *intrañeus* puede ser partícipe de delito especial si auxilia o determina a otro *intrañeus* para que lleve a cabo la realización de la conducta descrita en el tipo especial, pues a pesar de que infringe el deber especial jurídico extrapenal no tiene el dominio del hecho.

La equivalencia típica de las acciones del autor en el actuar por otro consiste en que el extraño accede al dominio de la protección de la vulnerabilidad del bien jurídico, por ley (el representante legal), negocio jurídico (la representación voluntaria), estatutos (los órganos de la persona jurídica) o de manera fáctica, sin que releve de su posición de garante al sujeto idóneo; por tanto, el criterio material de equivalencia de

29. *Ibíd.* pp. 361 y ss.

30. *Ibíd.*, p. 362.

31. BACIGALUPO ZAPATER considera que no sólo el sujeto tiene que ejecutar la infracción de un deber sino que también debe tener el dominio del hecho como de la infracción del deber: *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1999, p. 214.

las actuaciones en lugar de otro lo constituye el “acceso al dominio social típico”, como lo llama GRACIA MARTÍN³²; el cual no es ilimitado, pues tanto el §14 StGB como el artículo 31 C. P. español restringen el círculo de sujetos actuantes en lugar de otro al órgano o representante o administrador de hecho o de derecho, como también lo hace el artículo 29 C. P. colombiano al circunscribirlo al miembro u órgano de representación autorizado o de hecho y al representante voluntario; de modo que si éstos delegan la representación en otro que actúa en lugar del representante, el nuevo representante no es autor porque no se extiende a él el tipo para cobijarlo como autor por actuar por otro, pues la ley no castiga como tal a quien actúa en lugar del que actúa por otro.

En los delitos impropios de omisión que puedan ser cometidos por cualquier persona no tiene razón de ser la actuación por otro, porque el que actúa por otro, al acceder al dominio del hecho y ser garante de la incolumidad del bien jurídico, a partir de ese momento se convierte él mismo en garante, por lo cual su responsabilidad se derivará directamente del tipo de comisión por omisión, sin necesidad de acudir a la cláusula general; pero, dicha cláusula es necesaria en aquellos delitos de comisión por omisión correspondientes a tipos de acción con especiales elementos de autoría³³.

4. La calidad del representante

El autor en el actuar por otro lo es el órgano o miembro de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de un ente colectivo sin atributo de persona jurídica o de una persona natural. Es decir, la persona o personas naturales autorizadas por los estatutos o la ley para expresar la voluntad de un persona jurídica o de un grupo de personas (naturales o jurídicas) que no tiene la calidad de persona jurídica o de otra natural; también lo es la persona o las personas naturales que de hecho asumen la representación de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo o de una natural.

No queda incluida en la cláusula la actuación de quien lo hace en representación de quien es representante de otro, como ya se dijo, como cuando una persona (jurídica o natural) encarga a una persona jurídica la gestión de sus asuntos y son los miembros u órganos de representación de ésta última quienes actúan, pues la segunda persona jurídica no está cualificada y, por lo tanto, sus representantes, que actúan formalmente por ella, no lo hacen en representación de la primera persona que es la única cualificada³⁴.

E. CONCEPTO DE ELEMENTOS ESPECIALES QUE FUNDAMENTAN LA PUNIBILIDAD DE LA FIGURA DELICTIVA

Hay que destacar, en primer lugar, que como sólo se responde por la propia culpabilidad (pues la culpabilidad es personal e individual) y no por la ajena, si la represen-

32. Cfr. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. I, p. 384.

33. *Ibid.*, p. 399.

34. Cfr. GRACIA MARTÍN. Ob. cit., t. II, p. 92.

tada es una persona natural y ésta es capaz de culpabilidad (pues no habría problema si lo es una persona jurídica) quedan por fuera del círculo de elementos especiales los personales pertenecientes a la culpabilidad, porque, a pesar de que aquélla actúe y se cumplan en ella tales elementos subjetivos, quien actúa en su lugar y junto a ella podrá recibir el reproche propio de la culpabilidad sólo por razón de los elementos subjetivos que concurran en su propia persona y no por los que se den en su representada. Por consiguiente, los elementos personales de la culpabilidad no entran en el concepto de elementos especiales para el actuar por otro, porque éstos son sólo los pertenecientes al injusto que falten en el autor y concurran en el representado (persona jurídica o natural).

En segundo lugar, quedan excluidos todos los elementos que hagan referencia a las circunstancias de modo, medios y formas de ejecución descritas en la respectiva figura punible, pues de manera necesaria deben concurrir en quien actúa. También hay que excluir la infracción al deber objetivo de cuidado (en los delitos culposos) y la exigencia de la ejecución directa en los delitos de propia mano, porque estos elementos, por definición, deben concurrir en quien actúa por otro.

En tercer lugar, hay que destacar que por “elementos especiales que fundamentan la penalidad” deben entenderse sólo los objetivos de la autoría de los delitos especiales, es decir aquellos que hacen que un delito tenga la condición especial y no común, o sea que se trate de una cualificación del sujeto o de una posición de garante, que permita que sólo un círculo cerrado de sujetos puedan realizar la conducta punible como autores.

Pueden entrar en consideración para su inclusión en la cláusula del actuar por otro los siguientes elementos objetivos que fundamentan la punibilidad: a. Los que provienen de relaciones jurídicas patrimoniales, como cuando el deudor se alza con sus bienes, el propietario realiza fraudulentamente un derecho propio (sustracción de bien propio); b. Los que son consecuencia de una posición procesal, como el quebrado; c. Los que son consecuencia de una función social a la que incumbe especiales deberes de cuidado, como productor, distribuidor, obligado por la Constitución o la ley, y d. Los que son consecuencia de obligaciones fiscales como el recaudador o retenedor de impuestos, tasas o contribuciones.

Quedan excluidos aquellos referidos a disposiciones anímicas y espirituales del sujeto, como los motivos y actitudes internas, con independencia de que pertenezcan a la culpabilidad o se trate de elementos subjetivos del injusto, y las cualidades inseparables de la persona, a diferencia del artículo 31 C. P. español que señala a las “condiciones”, “calidades” y “relaciones” como relevantes para el actuar por otro.

El dolo y los demás ingredientes subjetivos del injusto son elementos comunes que deben concurrir en quien realiza la conducta por otro, de modo que si el agente no actúa con ánimo de lucro cuando el tipo exija tal elemento subjetivo, no hay tipicidad

de la conducta. Por tal razón respecto de elementos subjetivos del tipo que consistan en realizar la acción en provecho propio (diferente a cuando es en provecho propio o ajeno), como en los denominados “delitos con tendencias subjetivas egoístas”³⁵, no se da el actuar por otro; es más, si el representado, en quien concurra la “tendencia subjetiva egoísta” realiza el hecho con tal propósito junto a su representante, aquél será autor y éste partícipe. En conclusión, entre los elementos especiales referidos por la cláusula del actuar por otro no quedan incluidas las tendencias subjetivas egoístas, como sí las incluye el artículo 12 C. P. portugués al disponer que el actuante por otro responde “incluso cuando el respectivo tipo de crimen exija: [...] b) Que el agente realice el hecho en su propio interés y el representante actúe en interés del representado”.

En cuarto lugar, hay que tener en cuenta que son elementos especiales que fundamentan la punibilidad de la figura delictiva respectiva aquellos que no puedan concurrir en el agente al momento de la realización de la conducta, como los de deudor, quebrado, acreedor. Comprende los que fundamentan la tipicidad de delito especial propio o impropio, porque se trata de elementos especiales de la figura respectiva del tipo especial; de modo que es difícil aceptar que comprendan dichos elementos especiales a las circunstancias que modifican la punibilidad agravando o atenuando un tipo. En otras palabras, debe entenderse por “elementos especiales” sólo los que fundamentan la punibilidad del delito especial respectivo y no las circunstancias que modifiquen la pena, ya sea cualificando o privilegiando un tipo, pues las circunstancias se distancian de los elementos constitutivos del delito, porque estos son los elementos personales exigidos para que alguien pueda ser sujeto activo del delito, es decir, autor del mismo.

Finalmente, para la actuación por otro no pueden entrar en consideración los elementos de la autoría que tengan carácter personalísimo, porque quien actúa por otro debe asumir el rol que le corresponde al representado, para lo cual deben darse los siguientes requisitos: a. Que la persona que delega la representación tenga competencia para hacerlo, es decir, que se trate de delegación que pueda efectuar por su propia iniciativa, y b. Que la persona en quien delega pueda aceptar tal representación, y si es representación de hecho que se trate de la asunción de competencias y roles que el representado pueda delegar y de los cuales el representante pueda hacerse cargo.

Esto significa que no todos los elementos especiales que fundamentan la punibilidad de un tipo especial pueden ser objeto de aglutinación a través de la cláusula del actuar por otro, p. ej., los que tienen carácter personalísimo, porque la persona que desempeña la función o rol no tiene facultad para delegarla a otro y el supuesto delegado no puede aceptarla ni asumirla de hecho, pues podría el representante incurrir en usurpación de desempeños. Tal es el caso del servidor público, quien no puede delegar en un particular su función, porque su reemplazo temporal o definitivo sólo puede ser nom-

35. *Ibíd.*, p. 126.

brado por el funcionario competente y el nombrado debe posesionarse en el cargo respectivo, y si se trata de un encargo a un funcionario el designado ya posee la calidad de servidor público. Si el servidor público delega su desempeño en un particular y hace dejación del cargo, temporal o definitivamente, aquél puede quedar incurso en responsabilidad penal y disciplinaria, y el particular, si ejerce función pública, sería autor de usurpación de funciones (art. 425 C. P.); en este caso los elementos objetivos de la autoría son indelegables e irrepresentables³⁶.

36. GRACIA MARTÍN sostiene lo contrario, al afirmar: “No es posible, a mi juicio, como he tratado de demostrar, establecer categorías de elementos de la autoría que quedaran excluidos *a priori* de la actuación en lugar de otro. El calificativo de personalísimo no puede ser un parámetro para la identificación de los elementos de la autoría de las actuaciones en lugar de otro. Tampoco el hecho de que sean o no susceptibles de concurrir en una persona jurídica”: *ibíd.*, p. 150.

