

EL ACTUAR POR OTRO: FUNDAMENTO DOGMÁTICO Y ANÁLISIS COMPARADO ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

*Juan David León Quiroga**

Resumen: La cláusula del actuar por otro es una forma de atribución de responsabilidad penal que ha cobrado importancia en las sociedades modernas. La razón de su auge es su capacidad de solucionar las lagunas de punibilidad que se presentaban en los delitos especiales, máxime cuando se fraccionaban los elementos objetivos del tipo en dos personas diferentes. Sin embargo, su legitimidad ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia, sin ser este un tema pacífico. Por ello, en este trabajo estudiaremos la figura del actuar por otro en España y en Colombia. Analizaremos las diferentes tesis.

Palabras clave: actuar por otro, autoría, delitos especiales, deber, libertad.

Abstract: The clause of acting for another is a form of attribution of criminal liability that has gained importance in modern societies. The reason for its rise is its ability to solve the punishability gaps that were present in special crimes, especially when the objective elements of the type were divided into two different persons. However, its legitimacy has been the subject of study

* Abogado, graduado de la Universidad Nuestra Señora del Rosario con profundización en Derecho Penal y especialista en Derecho Penal en esta universidad. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra. Correo electrónico: leonq.juan@hotmail.com. Fecha de recepción: 21 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022. Para citar el artículo: Juan David León Quiroga, “El actuar por otro: fundamento dogmático y análisis comparado entre Colombia y España”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 114, enero-junio 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 39-81. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n114.03>

by doctrine and jurisprudence, without this being a peaceful issue. Therefore, in this paper we will study the figure of acting for another in Spain and Colombia, we will analyze the different dogmatic theses that legitimize it and we will make a proposal from a normative point of view.

Keywords: Act for another, authorship, special offenses, duty, freedom.

INTRODUCCIÓN

La atribución de responsabilidad por la ocurrencia de un hecho delictivo es uno de los temas que más suscitan debate en el desarrollo de la dogmática penal. Sobre este punto, se han erigido múltiples teorías que pretenden dar una respuesta coherente y viable a la pregunta de cómo imputar un comportamiento a determinada persona. Esta cuestión penetra uno de los pilares fundantes de nuestras sociedades modernas: la libertad.

Partimos de una concepción donde el ejercicio de la libertad se ha convertido en la base primordial del desarrollo social. Consideramos –o así lo hace cierta parte de la doctrina– que, en las sociedades occidentales, la convivencia de los ciudadanos se basa en la capacidad de autodeterminación de la conducta y que solo de manera excepcional esta nos podrá ser limitada. Pero estas barreras que regulan el comportamiento en comunidad y, en consecuencia, restringen la capacidad de actuar obedecen a fenómenos propios de regulación emanada de un consenso popular; en esto basan su legitimidad.

Sobre este punto, resulta importante recalcar la tendencia a considerar el ejercicio de la ciudadanía como un espectro de expectativas, donde el ciudadano encuentra la libertad de realizarse como mejor lo considere, siempre y cuando exista un deber tendiente a permitir este ejercicio en cabeza de sus pares¹. Ello conlleva pensar que el comportamiento del ciudadano no debe ser visto de manera aislada o bajo un prisma individual; todo lo contrario, su visión debe ser enfocada desde una responsabilidad social que implica la existencia de un deber de cooperación² sobre el cual se hace exigible una lealtad a la norma.

Son las normas penales las que prohíben la realización de ciertas conductas desviadas que resultan –a juicio de la sociedad– de mayor lesividad para los intereses colectivos; y, en consecuencia, de imperiosa prevención o sanción en los eventos de su

1 En este punto, resultan de gran claridad los conceptos realizados por Pawlik, quien considera –al analizar la finalidad de la pena– que “la función principal del Derecho, pero sobre todo del Derecho penal, consiste en respetar y garantizar el deseo de que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con su propio entendimiento, si bien el Derecho penal no puede garantizar una vida resuelta”. Cfr. Pawlik, Michael. *La libertad institucionalizada: estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Pilar González Rivero et al. (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 95.

2 *Ibidem*, p. 94 y ss.

realización. En principio, la redacción de estas normas está encaminada a la totalidad de la comunidad; pese a ello, y en circunstancias especiales, la gravedad de este comportamiento está dada por las condiciones especiales que rodean a su autor, y no por la conducta en sí misma. Estas prohibiciones se conocen como delitos especiales.

Partiendo de la visión mediante la cual la libertad no es un criterio de individualidad absoluta, sino una conjunción del mandato liberal y democrático, es importante tener claridad sobre cuál es la legitimidad que permite a la sociedad imponer límites al ejercicio de la autoconfiguración de la esfera personal. El ejercicio de la creación de la norma tiene una finalidad previa direccionada frente a quienes tienen la capacidad de quebrantar la expectativa de lealtad (en principio, la totalidad de los ciudadanos) y quienes –a pesar de llevar a cabo el comportamiento– no resultan aptos para desvirtuar esa “relación” entre personas³.

Si tenemos en cuenta que lo determinante para establecer el alcance de la libertad de los ciudadanos está dado por múltiples sistemas que se relacionan entre sí debido a los diversos roles que se desarrollan simultáneamente para una sola persona, será fundamental esclarecer –como requisito para demarcar el ámbito de actuación– cuáles son las capacidades sociales que se le atribuyen a cada rol y, con ello, los deberes correlativos que sobre este se erigen. Por esta razón, la determinación de los deberes sociales, vistos de una manera normativa en un sistema jurídico integral, resulta esencial para verificar la extensión de estos; este es el principal objeto de estudio que debe tener en cuenta el legislador al crear los tipos penales.

La modificación del comportamiento determinada por ese modelo normativo sería aplicable exclusivamente a quienes cumplen las calidades del sujeto activo que incorpora el tipo penal; y, a la inversa, quien no cuente con esas condiciones especiales podrá desarrollar el comportamiento sin que sea conminado por pena alguna, salvo que se encuentre este sancionado en un tipo penal aparte (delito especial impropio). Lo anterior implica la creación de una confianza legítima por parte de los ciudadanos que no cuentan con el revestimiento exigido por la norma, quienes podrían actuar en plena convicción de la inocuidad de su conducta frente a la expectativa social. Ahora bien, lo anterior implica que existan dificultades manifiestas en la atribución de responsabilidades en los eventos donde se escinden los requisitos del tipo. Aunque estas situaciones se ven reflejadas con mayor claridad en los andamiajes empresaria-

3 Sobre este punto, es necesario hacer dos apreciaciones. La primera de ellas es que, para los efectos que orientan este trabajo, se acoge la visión esquemática que promueve la corriente del funcionalismo radical; en especial, la planteada por Pawlik en lo concerniente al interés de protección del Derecho penal. En este sentido, y aunque va a ser objeto de análisis posteriormente, será la preservación de las relaciones entre ciudadanos el objeto a proteger por el Derecho penal, y no la tutela del bien jurídico. Lo segundo, que está estrechamente ligado con lo anterior, es que serán “las relaciones entre sujetos de derecho” lo que guiará el análisis de la capacidad de lesión que entraña el obligado en los delitos especiales.

les, no son exclusivas de este sector. Por esta razón, y para evitar la impunidad sobre conductas de importante lesividad, se han ido estableciendo mecanismos tendientes a ampliar la atribución de responsabilidad de quienes –en principio– no tendrían por qué hacerlo. La cláusula del “actuar en nombre de otro” es su ejemplo más claro.

Este modelo normativo incorporado en la determinación de autoría ha sido de gran utilidad para poder sancionar los comportamientos cuando se fraccionan los elementos típicos de los delitos especiales⁴ y ha sido una herramienta de gran utilidad para resolver casos complejos de autoría. Pero la gran utilidad práctica no implica, por sí, que sea legítima, ni mucho menos respetuosa de los principios rectores del Derecho penal liberal; en especial, el principio de legalidad. Esto ha llevado a que se elaboren múltiples teorías tendientes a brindar legitimidad a la posible ampliación del círculo de destinatarios de la norma en “detrimento” de la libertad de los no obligados. Es acá donde encuentra objeto este trabajo.

La pretensión de este escrito no es otra que estudiar la figura del actuar por otro desde su legitimidad a la luz del Derecho penal moderno. Para ello, será imperativo fundamentar la determinación de expectativas que rigen el comportamiento de los individuos en sociedad: esto es, la existencia y contenido del haz de deberes que recaen en la figura del ciudadano. Esta categoría será de especial interés para el desarrollo de este trabajo, pues nos permitirá identificar la diferenciación entre los preceptos normativos que existen en el Código Penal español y el colombiano y, a la vez, establecer el alcance que tiene dicha categorización dogmática.

Posteriormente, se realizará un estudio de las teorías que han fundamentado la incorporación del actuar por otro en las diferentes legislaciones; en especial, en España. El estudio de estos planteamientos contará con dos fases. La primera de ellas será descriptiva, mientras en la segunda se pretenderá realizar un análisis crítico de los argumentos y las consecuencias que de estos se deriven, lo cual llevará a la visión propia de la cláusula del actuar por otro y su legitimidad en los diferentes ordenamientos jurídicos bajo una visión de la generación de expectativas sociales.

4 Para dotar de contenido este concepto a lo largo del presente trabajo, resulta –en general– adecuada la definición que da Roxin sobre este tipo de delitos cuando afirma que “[...] en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (‘cualificación de autor’)”. Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I, Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Pamplona, Civitas, 2014, p. 338. Sin embargo, considero que no resulta adecuada, para el entendimiento de este trabajo, la definición que el autor da sobre los delitos especiales propios e impropios; es, entonces, acogido el planteamiento de Jakobs, quien separa estas dos categorías mediante la determinación temporal de su vinculación con la institución jurídica. En los delitos especiales, la relación defraudatoria se crea mediante el comportamiento desviado, mientras que en los delitos de infracción de deber la relación institucional es previa a la conducta. Cfr. Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 73 y ss. También: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 45 y ss.

1. LA CLÁUSULA DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

La cláusula del actuar en lugar de otro encuentra su principal desarrollo en la intención social de llenar un vacío de punibilidad que se presentaba en los casos donde no coincidían los elementos del tipo en una sola persona. Por tal razón, y ante esta situación, se tenían que flexibilizar las garantías propias del Derecho penal para aportar una decisión adecuada en criterios de justicia material pero inadecuada en su aspecto dogmático. Principalmente, se encontraba que los tribunales acudían a aminorar el principio de legalidad mediante interpretaciones extensivas de la autoría que permitieran atribuir responsabilidad a los procesados que no contaban con las calificaciones del tipo penal. Esto conllevaba un elevado reproche por parte de la doctrina que reclamaba la evidente violación de las garantías propias del Derecho penal liberal.

En el marco de esta necesidad es que resulta conveniente la incorporación legislativa del actuar en lugar de otro como una forma de expansión de la autoría⁵. Sin embargo, la misma no estaría exceptuada de críticas, ya sea en su fundamentación o en su alcance. A pesar de las dificultades dogmáticas que se podían presentar en su legitimación, resultaba ostensiblemente más conveniente su incorporación que los dos efectos de su ausencia: la impunidad (visión dogmáticamente acertada) o la flexibilización del principio de legalidad (visión político-criminal adecuada).

Pero su utilidad práctica no traía consigo la legitimidad de su aplicación, la cual no resulta fácil de observar a primera vista. Pese a ello, la opción de eliminarla del ordenamiento jurídico no resulta atractiva –por lo menos– de manera cercana.

Para poder entender cuáles son los fundamentos de esta extensión de la autoría, es necesario conocer el funcionamiento de la cláusula en el interior de los ordenamientos jurídicos escogidos; es decir, el español y el colombiano. Por tal razón, a continuación estudiaremos la legislación de cada país con respecto a este punto.

1.1. El actuar en lugar de otro en España

La legislación española actual incluyó la cláusula del actuar en lugar de otro en el artículo 31 del Código Penal⁶. Sin embargo, esta figura de atribución de respon-

5 Sostiene Salazar Marín que “[e]sta es entonces una norma extensiva de la autoría, que permite imputar responsabilidad penal como autor a un sujeto que realiza el supuesto de hecho de un delito especial en nombre de la persona, sin tener el sujeto ejecutor la calificación que sí tiene la persona natural o jurídica o el ente colectivo que representa”. Salazar Marín, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2.ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 155.

6 “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

sabilidad fue incluida en el ordenamiento jurídico mediante la reforma al Código Penal de 1944 realizada en la LO 8/1983. Desde esa época, el legislador observó las dificultades que afloraban para precisar la autoría en los denominados delitos económicos y las dificultades de atribución de responsabilidad cuando las conductas criminales ocurrían dentro de las personas jurídicas. En virtud de lo anterior, y para evitar las complicaciones que se generan en los delitos especiales, se incluyó –en el artículo 15 bis– la ampliación del marco de autores cuando se actúa en representación del obligado⁷.

Bajo esta perspectiva, el artículo 15 bis quedó redactado de la siguiente manera:

El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren 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.

Como se puede apreciar de la lectura de la exposición de motivos y de la consecuente redacción del artículo precitado, el interés principal con la aplicación de la cláusula en este escenario normativo fue la mitigación de las lagunas de punibilidad que se generaban con respecto de los comportamientos delictivos que se producían en el interior de las personas jurídicas. Pese a ello, no bastaba con la ocurrencia de un hecho delictivo dentro de la empresa, sino que se requerían cuatro factores adicionales: la individualización del comportamiento en una o varias personas naturales, que el delito a imputar fuera un tipo penal especial, que la empresa contara con la cualificación especial exigida y que las personas responsables actuaran como miembros del órgano directivo de la persona jurídica⁸.

condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

7 Así lo sostiene el legislador en la exposición de motivos cuando afirma: “Evidentemente, la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos. El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras Leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo artículo 15 bis, que amplíe los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual artículo 14”.

8 Díaz y García Conlledo, al analizar el artículo 15 bis, llega a la conclusión que la incorporación de esta cláusula no establecía un sistema unitario de autor, pues tan solo pretendía extender los requisitos del

Esta cláusula fue objeto de estudio por el Tribunal Constitucional, quien –en Sentencia 253/1993– consideró que este precepto en ningún momento quebrantaba el principio de culpabilidad, pues lo pretendido con esta cláusula no era la atribución de responsabilidad objetiva, sino evitar la impunidad en los delitos especiales propios cometidos dentro de las personas jurídicas por parte de su(s) representante(s) o directivo(s)⁹. Con ello, el único escollo que se pretendería solucionar es la escisión de los elementos objetivos del tipo; en especial, la cualificación del autor.

Con la promulgación del Código Penal vigente, la cláusula del actuar por otro fue complementada de tal forma que no se limitara a los eventos de representación de la persona jurídica, ni al nombramiento formal del representante. Este mismo precepto ha sido modificado en tres oportunidades: mediante la LO 15/2003, la LO 5/2010 y la LO 1/2015.

De manera consecuente a la profusa regulación legal que se ha hecho del actuar por otro, aparece una sistemática interpretación por parte de la jurisprudencia sobre la aplicación de esta cláusula de extensión de la autoría. Partiendo del estudio precitado que realizó el Tribunal Constitucional, se destaca la decisión del 15 de enero de 1998 por parte de la Audiencia Provincial de Segovia, donde se replicó la postura sobre la finalidad político-criminal del actuar por otro consistente en la prevención de la impunidad al “amparo de formas jurídicas”¹⁰.

intraneus al representante que materialmente actuaba. Esto implica que no basta la transferencia de la calidad para entender que el representante es autor, se requiere que su comportamiento cumpla con todos los elementos –objetivos y subjetivos– de la autoría. Díaz y García Conlledo, Miguel y Luzón Peña, Diego Manuel. *La autoría en Derecho penal*, Madrid, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, p. 229 y ss.

- 9 “Su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar, indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concuerden en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis C.P. tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva”. España. Tribunal Constitucional. Sentencia 253/1993, julio 20 de 1993. http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2382#complete_resolucion&completa.
- 10 España. Audiencia Provincial de Segovia. Sentencia 3/1998, enero 15 de 1998.

Ese mismo año, la Audiencia Provincial de Granada¹¹ califica el defecto de aplicación de la norma por disociación de la conducta con los calificativos del autor como un fraude de ley que hay que prevenir, siendo –precisamente– esta la finalidad de la cláusula de actuar por otro. En 1999, la Audiencia Provincial de Tarragona resalta la inaplicabilidad de la responsabilidad objetiva por el simple hecho de ostentar un cargo de representación de la persona jurídica, puesto que esto no es el objetivo de la cláusula objeto de estudio. En esta ocasión, deja entrever la Audiencia Provincial –de manera adecuada– que será necesario constatar la realización de una conducta por parte del representante para que pueda ser desvalorado su actuar¹².

Una explicativa descripción del actuar por otro se encuentra en la decisión proferida por la Audiencia Provincial de Barcelona del 10 de enero de 2005. En esta sentencia, el juzgador establece que la función del artículo 28 del Código Penal es delimitar el círculo de autores con respecto a un determinado comportamiento delictivo, pero este marco entraba en crisis cuando los conminados por la norma eran las personas jurídicas. En este escenario, resulta necesaria la construcción de una extensión que permitiera –sin vulnerar el principio de legalidad– hacer responsables a quienes no eran los llamados normativamente a responder, pero que actuaban como agentes del obligado¹³.

En 2010, el Tribunal Supremo español¹⁴ reiteró la postura ya esgrimida con respecto a dos puntos: el interés de la cláusula en lugar de otro y el alcance de esta. En cuanto

11 España. Audiencia Provincial de Granada. Sentencia 750/1998, octubre 30 de 1998.

12 España. Audiencia Provincial de Tarragona. ARP/1999/4517. Octubre 8 de 1999. Esta misma postura se replica en la Sentencia 38 de 2002 proferida por la Audiencia Provincial de Alicante al afirmar: “Es evidente que tal conclusión [responsabilidad objetiva derivada por el hecho de ostentar la representación de una persona jurídica] no puede ser mantenida en el marco del Derecho Penal, que debe regirse por criterios de responsabilidad material, por ello que si se pretende exigir responsabilidad penal al directivo o administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que, además, habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya de condenar o, dicho de otro modo, deberá realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico”. Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia 38/2002, julio 29 de 2002. También en: Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 573/2003, julio 11 de 2003. Resulta importante lo manifestado por la Audiencia Provincial de Palencia cuando menciona que “[...] se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de las características típicas de la autoría en la persona del autor; siendo por tanto aplicable únicamente para tener por acreditadas estas características cuando, en todo caso, el autor ha realizado la acción tipo”. Audiencia Provincial de Palencia. Sentencia 55/2004, marzo 15 de 2004.

13 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia 94/2005, enero 10 de 2005. Postura reiterada por: Audiencia Provincial de Islas Baleares. Sentencia 47/2008, marzo 31 de 2008; Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia 455/2010, julio 2 de 2010.

14 Tribunal Supremo de España. Sentencia 607/2010, junio 30 de 2010. Es importante recalcar de esta providencia el siguiente fragmento: “El art. 31 no puede servir como criterio de atribución de responsabilidad penal por sí mismo en los delitos empresariales. Esto es si se constata que en la empresa se ha cometido un delito no puede concluirse, sin más, que el responsable sea el administrador. El art. 31.1 CP, no regula la responsabilidad de los administradores por delitos que se cometan en la

al primer punto, menciona el alto tribunal que la función de esta figura es garantizar la posibilidad de hacer responsables penalmente a quienes realizan el delito en representación de la persona jurídica. Pese a esto, y acá corresponde al segundo punto, la extensión de autoría no implica la existencia de una responsabilidad objetiva por la ostentación de un determinado cargo, sino tan solo la posibilidad de valorar negativamente un comportamiento que –en principio– no sería objeto de reproche por no ser el llamado a responder.

Adicionalmente, el mismo tribunal –en decisión posterior– sostuvo nuevamente que el actuar por otro no tiene un objetivo limitado al Derecho penal empresarial –aunque estos sean los casos más emblemáticos–, ni mucho menos pretende configurar un sistema de responsabilidad de los administradores, sino que pretende evitar lagunas de punibilidad en los casos de delitos especiales propios¹⁵.

El actuar por otro también ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina española. Resalta la postura de Bacigalupo Zapater, quien afirma que la finalidad principal de la inclusión legislativa es evitar la existencia de una laguna de impunidad derivadas del principio de legalidad, en especial del principio de tipicidad y las reglas de autoría y participación¹⁶. Partiendo de esta necesidad, considera el autor que esta cláusula permite la extensión de la responsabilidad penal por la comisión de un delito especial propio cuando se actúa en representación de un *intranseus*¹⁷. Observa, entonces, de la estructura del artículo 31 del Código Penal español, que existen tres requisitos para que se pueda aplicar la transmisión de la calidad especial del representado al representante: i) la ocurrencia de un delito especial propio, ii) la conducta del *extraneus* debe ser idónea para considerarla típica y iii) que el representado ostente la calidad especial requerida por el tipo penal¹⁸.

Con respecto al primer requisito, parte el autor de considerar que solo en los delitos especiales propios cabe la aplicación de la cláusula del actuar por otro, en el entendido que esta tiene por finalidad evitar la laguna de punibilidad causada por la calificación especial del autor; situación que no se da en los delitos especiales impropios. Debemos

empresa, únicamente pretende que no exista una laguna de punibilidad en casos en que, en el delito especial propio, la calificación de la autoría recaiga en una persona jurídica”. Sobre la imposibilidad de la responsabilidad objetiva amparada en el artículo 31: Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 396/2013, octubre 31 de 2013.

15 Tribunal Supremo de España. Sentencia 714/2014, noviembre 12 de 2014. Postura replicada en las providencias: Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 585/2017, septiembre 25 de 2017; Tribunal Supremo de España. Sentencia 194/2018, abril 24 de 2018 y Tribunal Supremo de España. Sentencia 467/2018, octubre 15 de 2018.

16 Bacigalupo Zapater, Enrique. “El actuar en nombre de otro”, en AA. VV. *Curso de Derecho penal económico*, 2.ª edición. Bacigalupo Zapater, Enrique (dir.), Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 132.

17 *Ibidem*, p. 133.

18 *Ibidem*, p.139.

advertir desde ya que esta postura es adoptada por un amplio sector de la doctrina, pero –en nuestro criterio– no es adecuada por adoptar una visión parcializada de las consecuencias del actuar por otro. Esto será objeto de argumentación posteriormente.

En lo concerniente al segundo requisito, y al ser este un elemento propio de valoración de la tipicidad al ser un requisito que el actuar jurídico-penalmente relevante sea capaz de afectar el interés jurídico tutelado mediante la norma penal, pues basta remitirse a este criterio sin que merezca una especial valoración desde el prisma del actuar por otro.

Sin embargo, situación diferente sucede con el tercer punto, ya que este es el eje central de la argumentación del autor. Considera Bacigalupo que este requisito puede fragmentarse a su vez en dos partes: los destinatarios del artículo 31 y las calidades que son transmisibles mediante la cláusula de actuar por otro. Para el autor, y de manera acertada, el actuar por otro no se encuentra ligado al ámbito empresarial ni a la persona jurídica; de hecho, es “una problemática que no depende de la especie de persona que sea el *intrañeus*”¹⁹.

Esta visión –en nuestro criterio, adecuada– permite extender esa posibilidad de representación tanto a las personas naturales como a las jurídicas, estas últimas entendidas desde un criterio amplio y no restrictivo y, con ello, aplicable a las sociedades colectivas²⁰. Ahora bien, teniendo claro quién puede fungir como representado, queda el interrogante sobre el representante. En este aspecto –aunque no se adopta una posición expresa–, se puede entrever que parte de una posición formal para la atribución de la representación, a pesar del reconocimiento del administrador de hecho, pues este viene incorporado en el mismo texto legal. Luego, para poder atribuir la calidad al representante deberá cumplirse con un requisito formal que –expresamente señala el autor en el caso de los factores o mandatarios singulares– deberá cumplir con lo establecido en el Código de Comercio.

En lo concerniente a las calidades sujetas de transmisión, parte de la idea que todas las calidades son sujetas de transmisión, salvo las que obedecen a condiciones “altamente personales”²¹. Para ello, restringe esta aplicación bajo el entendido que solo las calidades que no pueda ostentar una persona jurídica serán las que impiden su transmisión mediante la cláusula del actuar por otro. Frente a este punto, encontramos dos inconsistencias. La primera de ellas es que, si la aplicación del actuar

19 *Ibidem*, p. 133.

20 Sostiene Bacigalupo Zapater que “[e]l concepto de persona jurídica no se limita a las asociaciones (civiles, mercantiles o industriales), es decir, a aquellas que provengan de acuerdos voluntarios de personas naturales o de varias personas jurídicas. La personalidad jurídica debe aceptarse también allí donde la ley establece una asociación de intereses que opera como un centro de imputación de actos y negocios jurídicos diferente de los titulares de los intereses individuales”. *Ibidem*, p. 141.

21 *Ibidem*, p. 142.

por otro no tiene relación alguna –más que la probable aplicación casuística– con la persona jurídica, no resulta congruente entender como un criterio adecuado para la determinación de la transmisión de calidades que esta pueda o no tenerlas; pese a que coincidimos con el resultado. Se estaría, entonces, en un contrasentido al imponer la necesidad de valorar su aplicación bajo el exclusivo prisma de la persona jurídica, cuando el mismo autor reconoce –además, como un acierto del legislador– el deslinde del actuar por otro de esta figura.

Una cuestión más de fondo suscita la determinación –o, más bien, indeterminación– que plantea la condición de “altamente personal”. Sobre este punto, debe decirse que la condición principal de los delitos especiales es la existencia de un deber que condiciona al ciudadano y, por eso, en cada caso será una vinculación personal lo que vincula la expectativa social; por ende, resulta muy subjetivo el contenido del precepto pretendido por el autor al tratar de delimitar las condiciones sujetas de transmisión. Esto se evidencia en el ejemplo del representante o administrador. En estos casos, las obligaciones que emanan de esta relación pueden entenderse como personalísimas (máxime cuando se contrata a una persona en virtud de sus especiales condiciones académicas o profesionales) y no por ello, a juicio del autor, dejan de ser aplicables para la cláusula del actuar por otro. Por tal razón, no compartimos la fundamentación de esta limitación, aunque sí nos resulta acertada la necesidad de establecer un marco que reduzca la capacidad de transferencia de las calidades.

Por último, refiere Bacigalupo Zapater que no existe argumento para afirmar la posibilidad que el actuar por otro sea aplicable a los delitos de omisión, cuando se pueda observar el deber de actuar en cabeza del representado y la capacidad de actuar por parte del representante.

Otra postura similar es la de Mir Puig y Gómez Martín. Estos autores consideran que la cláusula del actuar en nombre de otro viene a legitimar dogmáticamente una respuesta político-criminal²². En este sentido –y tras hacer un recuento histórico–, entienden que esta norma permite la sanción de un *extraneus* que actúa en representación del *intraneus*; mecanismo que venía manejando la jurisprudencia del Tribunal Supremo mediante autoría suprallegal, la cual contravenía claramente el principio de legalidad por tratarse de una aplicación analógica *in malam partem* de la norma penal²³.

En el criterio de los autores, la aplicación de esta norma está precedida por el cumplimiento de tres requisitos. El primero de ellos es comisión de un delito especial propio, dejando especial énfasis en que una teoría tendiente a aplicar el actuar por

22 Mir Puig, Santiago y Gómez Martín, Víctor. “Responsabilidad penal de las personas físicas”, en AA. VV. Díaz Morgado, Celia (coord.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa, parte general y parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 46.

23 *Ibid.*

otro en delitos comunes resulta equivocada²⁴. Como segundo elemento, consideran necesaria la concurrencia “de una o varias personas con patrimonios autónomos”²⁵. La fundamentación de este requisito se da en el entendimiento que no resulta político-criminalmente la aplicación del actuar por otro cuando nos encontramos ante un caso de autoría propia con la instrumentalización de una personalidad jurídica diferente.

Por último –y, a mi juicio, el más llamativo–, corresponde a la existencia de un dominio social frente al bien jurídico tutelado en virtud de la posición que se adquiere con el mandato de representación. Sobre esta idea, los autores consideran que no es suficiente para la aplicación de la cláusula que se tenga la calidad descrita en el enunciado, sino que debe existir un plus establecido en el “ejercicio efectivo o real [...] de la administración de hecho o de derecho [...]”²⁶.

Este último criterio, sin duda, nos permite entender que para Mir Puig y Gómez Martín se exige la existencia de un dominio sobre la empresa y, en consecuencia, sobre el mismo hecho delictivo²⁷. Por tanto, no bastaría el cumplimiento de un requisito formal –como podría ser el nombramiento o la relación contractual– para poder atribuir la responsabilidad penal al representante; este tendría que tener un control de las decisiones que se adopten y una garantía sobre la ejecución de las mismas. Esto conlleva circunscribir su planteamiento en las teorías materiales del actuar por otro; asunto que será estudiado con más detenimiento en acápites posteriores.

La postura que plantea Corcoy Bidasolo resulta bastante llamativa. Parte la autora –como la doctrina mayoritaria– de entender, como fundamento de la cláusula del actuar en lugar de otro, la inevitabilidad de una laguna de punibilidad que ocurre en los delitos especiales propios. Desde esta visión, empieza a fundamentar una visión restrictiva del artículo 31 del Código Penal español. Considera que no es del todo adecuada la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber como modelo de atribución de autoría para estos casos, pues ello implicaría que con la tenencia de la condición formal de la calidad especial y una contribución –no necesariamente relevante– al injusto se fundamentaría su responsabilidad como autor; concepto que deja de lado el “control efectivo del ámbito funcional”²⁸ de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

24 Así, “[jurisprudencia minoritaria] considera, de forma incorrecta, que el art. 31, también resulta de la aplicación a delitos comunes, como la estafa [...]”. *Ibidem*, p. 47.

25 *Ibid.*

26 *Ibidem*, p. 48.

27 *Ibid.*

28 Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento”, en AA. VV. *Derecho penal económico y teoría del delito*. Eduardo Demetrio Crespo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 104.

Por tal razón, considera Corcoy Bidasolo, concordando con el planteamiento de Schünemann, que, en los casos de actuar por otro, se requerirá la efectiva tenencia del dominio del hecho sobre la actividad delictiva por parte del representante; situación que habría sido necesaria en el caso que el representado hubiese cometido la conducta punible²⁹. Luego, expresa la necesidad de una percepción por parte de terceros de la posición de garantía que ostenta el representante, dando especial realce a un concepto material sobre el criterio formal de la ostentación del cargo³⁰.

Pese a la intención restrictiva del planteamiento, retoma un criterio de delito especial diferente basado, no en la delimitación directa del legislador en la redacción del tipo, sino en la capacidad de “dominio del riesgo típico”³¹. Esta noción implica que no solamente la manifestación expresa realizada en el tipo penal determina la calificación del autor, sino que también –aunque este describe la conducta de un modo común– puede ser un delito especial al contemplar la capacidad lesiva del bien jurídico únicamente en cabeza de un círculo concreto de autores; por ejemplo, las personas jurídicas en los delitos medioambientales³².

Otro criterio doctrinal es el sostenido por Silva Sánchez, quien acoge –de manera expresa– el criterio esbozado por Gracia Martín acerca del esquema de atribución de responsabilidad al *extraneus* que actúe en representación del obligado normativo. Parte Silva Sánchez de entender que el actuar por otro se consagró con la finalidad de facilitar “la imputación de responsabilidad a personas físicas integradas en la estructura jerárquica de la empresa atendiendo a criterios materiales [...]”³³. Pese a la circunscripción al ámbito empresarial, este autor no descarta la posibilidad que esta extensión se realice entre personas naturales. Pero, en cualquiera de los dos casos, debe tenerse en cuenta que lo esencial será la existencia del “dominio social típico”³⁴ (planteamiento que es esgrimido –por primera vez– en la tesis propuesta por Gracia Martín, y que a continuación explicaremos con más detenimiento). Este concepto descarta –de primera mano– la necesidad de un criterio formal como elemento determinante para la transmisión de la calidad, pues lo relevante será la posición de control que sobre el hecho ostente el nuevo destinatario de la norma. Por ello, entiende el autor que el legislador consagró el administrador de hecho como una figura que permite la extensión.

29 “[...] quien actúe por otro solo podrá ser calificado como autor cuando, precisamente por medio de este ‘actuar por otro’, se coloque en la posición de aquél y muestre para sí los elementos de la autoría que habrían motivado la punibilidad del autor ‘desplazado’”. *Ibid.*, p. 104.

30 *Ibid.*, p. 106.

31 *Ibid.*, p. 107.

32 *Ibid.*, p. 106 y ss.

33 Jesús María Silva Sánchez. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid, B de F, 2016, p. 167.

34 *Ibid.*

Especial atención le lleva al autor la posibilidad de aplicar el artículo 31 del Código Penal a los administradores de hecho. Si bien el legislador realizó la consagración de esta figura, no dotó de contenido sobre qué debía entenderse como un ciudadano que actuara bajo esta calidad y, en consecuencia, hay un vacío jurídico que resulta fundamental llenar para poder establecer el alcance de esta forma de atribución de responsabilidad. Para Silva Sánchez resulta dable entender al administrador de hecho bajo un concepto amplio, el cual se entiende como una persona que tiene un poder de determinar el comportamiento de quien administra y que dicho poder se ostenta en el comportamiento concreto que deriva el reproche penal³⁵. Esto conlleva la exclusión de los criterios formales e, incluso, de los materiales restrictivos, los cuales no son adecuados porque dejan fuera del ámbito de aplicación las situaciones de dominio temporal o con alguna delimitación para el ejercicio de representación fáctica³⁶.

Es importante resaltar que el autor –coincidiendo con la postura jurisprudencial anteriormente explicada– entiende que la cláusula de actuar en lugar de otro no constituye una responsabilidad penal objetiva por la mera ostentación de un cargo, sino que requiere la existencia del juicio de imputación acorde con el principio de culpabilidad, pues el primer elemento a constatar será “la realización de los actos materiales de comisión activa o comisión por omisión”³⁷.

Lascuraín Sánchez entiende el contenido del artículo 31 del Código Penal español como una forma de expansión de la autoría con el objetivo de evitar una laguna de impunidad. En su criterio, la incorporación de esta cláusula resulta justa porque sanciona la conducta típica cometida por un individuo que, aunque en principio no era el destinatario de la prohibición, sí encuentra una estrecha vinculación con el *intraneus*³⁸.

Pero, para encontrar la razón de ser de esta expansión, el autor parte de una premisa esencial consistente en los delitos especiales propios. Entiende Lascuraín Sánchez que la razón de ser de la delimitación del círculo de autores responde a la existencia de un grado de lesividad con respecto al bien jurídico. En este sentido, solo ciertas personas que tengan una especial relación con este son capaces de generar un comportamiento lesivo o cuya lesividad se encuentra en un grado mayor al de cualquier otro ciudadano³⁹.

35 En palabras de Silva Sánchez, “[...] puede extenderse a los casos en que el sujeto ‘ostenta de hecho poderes de administración’ sobre la empresa de cuyo ejercicio, en el caso concreto, se ha derivado la comisión del delito”. *Ibidem*, p. 178.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, p. 188.

38 Lascuraín Sánchez, Juan Antonio *et al. Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 96.

39 *Ibid.*, p. 99.

Sin embargo, bien entiende el autor que debe existir una razón válida que permita legitimar la sanción del *extraneus* en la misma dimensión que sucede con el obligado. Para dotar de legalidad esa transmisión de calidades acude a las fuentes materiales de posición de garantía⁴⁰. En lo que respecta al empresario, basta con entender que la creación de la empresa responde a un ejercicio dispositivo de su desarrollo económico y, en consecuencia, es titular de las actuaciones que se hagan en su seno. Pero esta posibilidad de obtención de posición de protección especial frente al bien jurídico no queda en este punto, también puede ser delegada y, con ello, aplicable a otras personas ajenas al empresario, pero con una relación material de delegación sobre determinadas capacidades de actuación⁴¹.

1.2. El actuar en lugar de otro en Colombia

En Colombia, la definición del autor se encuentra establecida en el artículo 29 del Código Penal. Dentro de este mandato normativo, en su inciso 3, se encuentra incorporada el actuar en lugar por otro, que establece lo siguiente:

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.

Esta acepción normativa, como cláusula general, fue incorporada mediante la Ley 599 de 2000.

Como se puede observar a simple vista, la estructuración de la norma no es una creación de esta legislación, sino que es la adopción de regulaciones extranjeras con base en experiencias normativas ya acontecidas en los demás países. Pese a la importancia que parecería tener, su estudio no ha sido muy profuso por parte de la jurisprudencia ni la doctrina colombiana. En cuanto a la primera, han destacado dos decisiones emitidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La primera de ellas crea un criterio de interpretación sobre los requisitos que deben concurrir en el caso concreto para que se pueda dar aplicación a la extensión de autoría sobre quien —en principio— es un no obligado. Esta sentencia sostiene: “Esta figura del actuar por otro, que solo es posible en tratándose de delitos especiales

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino que requieren en el autor la presencia de determinadas calidades objetivas [...]”⁴².

En esta decisión, el alto tribunal considera que la aplicación del actuar en lugar de otro se circunscribe exclusivamente a los delitos especiales –que, como se verá más adelante, puede generar amplio debate– y, en concreto, a los delitos especiales propios⁴³. Adicionalmente, pero de manera tímida, deja entrever que aplica solo cuando un ciudadano realice el comportamiento punible en representación de quien cumpliría con el calificante que motiva la punición⁴⁴.

Con mayor desarrollo, la decisión del 8 de diciembre de 2018 del mismo tribunal explica la figura del actuar en lugar de otro. Parte de identificar los componentes de manera más explícita que en la primera sentencia, para conceptualizarlos de la siguiente manera: i) un individuo, ii) que represente –de hecho o de derecho– a una persona jurídica o un ente colectivo sin personalidad o a una persona natural, iii) que cometa un delito especial, y iv) que las calidades especiales del tipo recaigan sobre el representado y no el representante⁴⁵.

Adicional a esto, resalta la Corte Suprema de Justicia que, en su entendimiento, la cláusula del actuar por otro es una ficción por medio de la cual se le atribuyen al

42 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia rad. 20249 (8, septiembre, 2004). M. P. Mauro Solarte Portilla.

43 Expresamente lo afirma la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene que “[l]a equivocada referencia que hizo el juez de primer grado de dicho precepto, que no el Tribunal, no es esencial en este caso, ni varía la situación de la procesada, pues ella es autora en sentido estricto tanto en los términos del anterior artículo 23 como en el actual artículo 29, y no a través de otro o por otro, como quiera que esta figura se predica únicamente de los delitos especiales propios, a los cuales no pertenece el delito de testaferrato”. *Cfr. ibid.*

44 Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “[...] solo es posible en tratándose de delitos especiales que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino que requieren en el autor la presencia de determinadas calidades objetivas [...] Si a la procesada se la condenó por haber prestado su nombre para adquirir bienes provenientes de actividades de narcotráfico, a través de las mencionadas sociedades, y no por la simple relación con las mismas a título de representante o accionaria, como se deduce de la sentencia de segunda instancia, no resulta cierto que el Tribunal haya incurrido en el yerro que denuncia el casacionista”. *Cfr. ibidem.*

45 “En esta hipótesis [el actuar por otro], un individuo que opera como representante de hecho o de derecho de una persona jurídica o de un ente colectivo que carece de personalidad, o de una persona natural que no obra por sí misma, es castigado como si fuera el autor del delito, aun cuando los elementos estructurales de éste, y especialmente la cualificación especial exigida por un tipo penal en particular, recaen en la entidad representada y no en el representante”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333-2018, rad. 50236 (5, diciembre, 2018). M. P. Eugenio Fernández Carlier. A pesar de hacer la descripción de la cláusula, posteriormente, en la misma decisión, la Sala la limita a dos elementos que –a su juicio– son estructurales, a saber: que el tipo penal sea un delito especial cuyo cualificante lo tiene quien es representado y la intervención del representante. Pese a ello, a párrafo seguido, el mismo tribunal sostiene que lo “transversal” al actuar por otro es la relación jurídica que existe entre el representado y el representante; y que este último actúa en virtud de ese mandato.

representante las calidades especiales del representado, a pesar de que ontológicamente no suceda esta situación. Como se estudiará más adelante, esta conclusión resulta –en mi criterio– errónea porque la fundamentación de las calidades no debe ser vista desde un criterio ontológico sino normativo. Esta idea la desarrollaré en el acápite de planteamiento alternativo.

En similar sentido de lo que sucede con la jurisprudencia, la doctrina colombiana tampoco ha sido muy profusa en este tema. Sin embargo, resaltan algunos trabajos importantes que abordan el contenido y fundamentación del actuar por otro.

La primera postura que se observará es la planteada por Escobar Vélez. Esta autora parte de la idea que el actuar por otro es una extensión de la autoría mediante la cual se permite la erogación de cualidades a quien no las tiene con fundamento en una relación jurídica de mandato, con el objetivo de evitar las lagunas de punibilidad que se puedan producir por la escisión de los elementos objetivos del tipo⁴⁶. Siguiendo esa línea argumentativa, sostiene que el enunciado normativo permite identificar los elementos a concurrir de la siguiente manera: la acción de una persona, que esta se realice en virtud de una representación –de persona jurídica, ente colectivo o persona natural, que realice un tipo especial propio cuyas calidades las ostente el representado y no el representante. Este planteamiento, como se puede observar, es de carácter restrictivo en cuanto a los delitos objeto de aplicación del actuar por otro y, en consecuencia, limita su aplicación a los delitos que encuentren fundamento de la punibilidad en la calificación; es decir, a los delitos especiales propios⁴⁷.

Sostiene Escobar Vélez que la aplicación de esta extensión en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra su sustento en la existencia de una relación fáctica entre el representante y el representado. Ello conlleva entender que lo importante para que se materialice la transmisión de las calidades del representado al agente será “la asunción de la posición de garante por parte de aquél [...]”⁴⁸.

46 Así lo manifiesta la autora al decir que el actuar por otro es “un mecanismo de extensión de la autoría, pues implica la ampliación de los alcances del concepto de autor para incluir en éste a aquellos sujetos –miembros u órganos de representación autorizados o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo, o de persona natural cuya representación voluntaria se detente– que sin ostentar la calidad especial exigida por el tipo penal, realizan la conducta prevista como punible”. Cfr. Escobar Vélez, Susana. “El actuar en lugar de otro en el Código Penal colombiano: aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”, *Grupo de Estudios Penales*. ISSN 1692-0694, Medellín, Universidad Eafit, 2006, p. 12.

47 Así se observa cuando sostiene que “[c]onsideramos más acertada la primera de las interpretaciones, que excluye a los delitos especiales impropios del ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro [...]”. Cfr. *ibidem*, p. 28. Esta postura es adoptada, también, por Salazar Marín, quien afirma que “[l]a actuación en lugar de otro es exclusiva para los delitos especiales propios, toda vez que sólo en éstos se exigen los elementos especiales calificantes que fundamentan el injusto y la pena”. Salazar Marín, Mario. *Op. cit.*, p. 156.

48 Escobar Vélez, Susana. *Op. cit.*, p. 25.

Otra postura que resalta es la de Suárez Sánchez, quien sostiene –de manera similar que Escobar Vélez– que la finalidad del actuar por otro es una concepción netamente político-criminal consistente en la evitabilidad de vacíos de punibilidad, los cuales se presentan en los casos en que actúa un *extraneus* en representación del *intraneus*⁴⁹. Así, desde su visión, considera que la cláusula de actuar en lugar de otro tiene cuatro elementos: 1. La realización de un tipo penal, 2. La escisión de los elementos del tipo penal en el obligado y el agente, 3. La cualificación especial del representante y 4. La equivalencia entre el representante y el representado.

A pesar de que este autor considera que la finalidad de la cláusula de actuar por otro se fundamenta en la evitación de una laguna de sanción, no hace diferenciación alguna en el alcance de los delitos especiales. Por tal razón, considera que el actuar por otro puede ser aplicado tanto a delitos propios como impropios. Menciona Suárez Sánchez que dogmáticamente no hay motivo para realizar esta diferenciación, ya que la legislación colombiana “excluye a los que fundamentan la punibilidad de la figura de los delitos especiales impropios”⁵⁰. Adiciona a su fundamentación un criterio político-criminal basado en la idea de asunción del dominio del hecho mediante la creación de una posición de garante –que, si bien el autor no lo hace explícito, parecería fundamentarse en la injerencia. Sin que sea la intención hacer una exposición profunda sobre este planteamiento (ya que será objeto de la toma de postura), debo dejar sentado que comparto la conclusión del planteamiento mas no su camino puesto que la diferenciación de delito especial propio o impropio, para el actuar en lugar de otro, resulta intrascendente; siendo, entonces, lo esencialmente relevante la génesis de la transferencia de las calidades que ostenta el obligado primario por la norma.

Sin embargo, resulta casi evidente la necesidad acerca de la ocurrencia de una acción delictiva por parte del representante. El actuar en lugar de otro, fruto de una lectura rápida, podría llegar a permitir planteamientos de atribución de responsabilidad por la conducta ajena, como si de un modelo vicarial de atribución de responsabilidad se tratara. Pero debemos advertir que esto no es así. El comportamiento objeto de valoración por esta cláusula corresponde al desarrollado por el propio agente, quien es sobre el que va a recaer el reproche, y no sobre su representado. Lo anterior implica entender que la conducta objeto de juicio no es la que pudo haber desplegado el representado porque –en esa situación– carecería de sentido la aplicación del actuar en lugar de otro al no existir la posible laguna de punibilidad.

49 Suárez Sánchez, Alberto. *La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano*, 3.ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 187. Aunque el autor afirma que existe una finalidad adicional consistente en no discutir la posibilidad de punir a las personas jurídicas. Sin embargo, consideramos que esta no es una finalidad, sino una salvedad que no resulta pacífica en la doctrina.

50 *Ibid.*, p. 187.

Esto lleva a entender que el actuar por otro tampoco encuentra una estrecha relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por una razón principal: la primera es el contenido taxativo de la norma.

Para esto, es necesario remitirnos al contenido normativo del artículo 29 del Código Penal colombiano. En este punto, se afirma que la trasmisión de la calidad al agente se puede dar ante tres supuestos de representación: de una persona jurídica, de un ente colectivo sin personería jurídica o de una persona natural. En consecuencia, y coincidiendo con la postura de Suárez Sánchez –a pesar de que este la ubica como una no-finalidad del actuar por otro–, la cláusula no tiene incidencia alguna en el debate de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino la evitación de herramientas jurídicas de despersonalización del agente y el representado. Por esto, como pudimos ver en la legislación española, la cláusula de actuar en lugar de otro sigue operando a pesar de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA CLÁUSULA DEL ACTUAR POR OTRO

A pesar de que hemos evidenciado que gran parte de la doctrina consideraba necesaria la inclusión de la cláusula del actuar por otro en los ordenamientos jurídicos, existen posturas que afirman lo contrario. Para estos planteamientos, el ordenamiento jurídico-penal era suficiente para sancionar las conductas que realizara el *extraneus* en virtud de la representación, enfocada a la intervención en el marco de las personas jurídicas.

El primer criterio que se observa corresponde al expuesto por Ribka. Este autor parte de negar el vacío de punibilidad que se presenta en los casos de representación en el interior de las personas jurídicas. Esto lo sustenta al entender que, si bien no se les puede hacer atribuible un delito a las empresas, no por ello se debe negar que estos entes sí pueden cometer conductas típicas y antijurídicas. Luego, lo único que no es objeto de valoración en su comportamiento es el grado de exigencia de proceder diferente, es decir, la culpabilidad⁵¹.

Esta premisa le permite sostener que, contrario a lo que se sustenta para fundamentar el actuar por otro, sí se puede responsabilizar al representante por el comportamiento delictivo que se comete en el seno empresarial, pues, a pesar de no aplicar la culpabilidad, en virtud del principio de accesoriedad limitada que rige la participación, permite atribuir responsabilidad a los órganos de representación y, en general, a

51 Cfr. García Cavero, Percy. “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 9, 2002, p. 109.

cualquiera que actúe como administrador bajo las figuras de participación criminal. Sin embargo, es evidente que existe la limitación de la autoría, siendo esta reservada –según este planteamiento– a quien tiene la vinculación normativa: la persona jurídica. Más allá de las réplicas que se pueden hacer sobre la materialización del principio *societas delinquere non potest* (que no es un absoluto, pues ya es desplazado en algunos ordenamientos jurídicos), resultan muy importantes las críticas que capitalizan Gracia Martín⁵² y García Caveró⁵³ en cuanto a la dependencia de la sanción a una irregularidad del representado, pues genera una relación de necesidad de un comportamiento indebido por parte de la persona jurídica que permita –en virtud de la accesoriedad– vincular al no obligado. Pero ello no siempre es así; lo cual deja en evidencia la necesidad de la cláusula del actuar en lugar de otro.

Otro planteamiento que rechaza la necesidad del actuar por otro es el expuesto por Nagler. Su planteamiento se basa en la existencia de un deber general. Parte de la concepción de que las normas exigen un comportamiento por parte de los ciudadanos; sin embargo, el cumplimiento de estos depende –ineludiblemente– de la capacidad de los destinatarios para cumplirlos. En los eventos donde no pueden cumplirse –esto implica todos los escenarios de incapacidad, no solo los corporativos– surge un traslado de la competencia a quien actúa como su representante. Esto conlleva entender que, según este planteamiento, existe un principio general del Derecho que realiza el traslado a quien pudiese fungir como representante de un incapaz⁵⁴.

La doctrina ha criticado asiduamente la postura de Nagler por partir de la imposibilidad de exigencia normativa en cabeza de los incapaces. Esto resulta contradictorio de lo que se ha venido planteando en los ordenamientos jurídicos –incluso, en la teoría de Ribka⁵⁵– donde se les reconoce un grado de exigibilidad –puede que aminorado–

52 “La tesis de Ribka, sin embargo, no me parece satisfactoria ni convincente. Tropieza ya con graves dificultades intrínsecas y, además, no puede resolver ni explicar el supuesto de las actuaciones en lugar de otro jurídico-penalmente relevantes. Desde el punto de vista aquí sostenido, la persona jurídica no tiene capacidad de acción en el sentido del Derecho penal. Dada la naturaleza accesoría de la participación, no es posible penar como cómplice a una persona sin que haya un autor principal que haya realizado una acción típica, es decir, un tipo de lo injusto”. Gracia Martín, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I: *Teoría general*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 26-27.

53 Así lo sostiene al manifestar que “[e]n muchos de los supuestos de actuación en lugar de otro el representado no siquiera actúa –puede que incluso no tenga conocimiento de lo que está haciendo su representante– y parece claro que no pueda afirmarse una actuación del representado que permita una sanción penal del representante como partícipe”. García Caveró. *Op. cit.*, p. 109.

54 *Ibidem*, p. 111.

55 Esta diferencia se observa cuando es precisamente Ribka quien afirma la capacidad de hacer reproche a las personas jurídicas siquiera hasta el escenario de antijuridicidad. Esto evidenciaría que el *intraneus* sí es un destinatario de la norma y no, como lo propone Nagler, que sea un no-obligado normativo. Esta misma postura es la que sostiene García Caveró en *ibidem*, p. 112.

de comportamiento; se elimina entonces la fundamentación de imposibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho.

El segundo aspecto que motivó su no aceptación corresponde a la aplicación analógica en su estructura. De partirse que la norma tiene un destinatario específico, resultaría inadecuado extender este deber basado en un principio general en los casos donde el obligado resulte ser un incapaz. En otras palabras, se estaría tomando un supuesto para aplicarlo a un evento similar, pero no contemplado en la norma; esta es una interpretación *in malam partem*.

A pesar de la existencia de estas posturas que plantean la falta de necesidad del actuar por otro, los diferentes ordenamientos jurídicos consideraron necesaria la inclusión de las cláusulas generales de extensión de la autoría para evitar la laguna de punibilidad que se venía advirtiendo. Sin embargo, su incorporación no es suficiente para establecer el fundamento dogmático que permite la atribución de deberes a quien en un principio no figura como destinatario de la norma. Para ello, la doctrina que ha analizado la figura ha hecho un esfuerzo para dar legitimidad a esta expansión de la autoría; es posible clasificar las posturas en tres grandes corrientes: las tesis formales, los planteamientos materiales y las tesis mixtas del actuar en lugar de otro.

2.1. Teorías formales del actuar por otro

La necesidad del actuar por otro surge por la existencia de vacíos de punibilidad en los denominados delitos especiales. Luego, la sustentación de su fundamentación debe estar relacionada con la construcción dogmática de estos para así poder entender cómo y en qué términos se puede realizar el traspaso de deberes del representado al representante. Por eso, es necesario remitirse –en primer lugar– al concepto de delito especial. Uno de los grandes aportes que realiza Roxin a la teoría jurídico-penal consiste en la estructuración del concepto material de los delitos especiales, los cuales, según este autor, son considerados como delitos de infracción de deber⁵⁶. Esto implica que la sanción que realiza el ordenamiento jurídico a este tipo de comportamiento ya no se evalúa bajo la perspectiva de su teoría del dominio del hecho, sino que se basa en la existencia de un mandato de comportamiento que existe previo al concepto penal; es decir, es una forma específica de conducta que se encuentra referenciada en un ámbito extrapenal pero que viene a ser respaldado jurídico-penalmente por la especial protección que este le hace al bien jurídico⁵⁷. Esto implica que solo las

56 Cfr. Roxin. *Op. cit.*, p. 179 ss.

57 Afirma el autor: “[e]l segundo método consiste en la conexión con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con pena. El legislador se sirve de este método sobre todo en los casos en que lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica

personas que se encuentran vinculadas por ese deber extrapenal que hace parte integral del tipo son quienes pueden realizar la conducta delictiva y, con ello, afectar de manera significativa el bien jurídico tutelado.

Por tal razón, Roxin considera que el planteamiento del actuar por otro se circunscribe exclusivamente a los delitos especiales, entendidos estos como delitos de infracción de deber. Muchos de estos tipos penales se vienen desplegando en las realidades económicas que abordan la sociedad, lo cual implica que exista una representación de los factores que intervienen en el mercado –sean inimputables o imputables–. Este mandato conlleva que se haga la transferencia de los deberes que ostenta el representado al representante, quien deberá cumplirlos a cabalidad o, en caso de incumplimiento, ser sancionado con la misma calidad con que lo sería el destinatario de la norma. Lo anterior permite que el representante asume la calidad de *intra-neus* que le faltaba como uno de los elementos de autoría del tipo penal.

Pero sobre este punto existen restricciones. Para Roxin, no todos los deberes son sujetos de transferencia, pues los mandatos que se erigen sobre cuestiones personalísimas no podrán ser cedidos a ninguna persona, siendo su único titular y destinatario quien ostente la calidad directamente; esta caracterización remite directamente a los delitos de propia mano⁵⁸. De lo contrario, todas las posiciones se pueden pasar a quien funja como representante, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para que se tenga validez de dicho acto.

La teoría de los delitos de infracción de deber no ha sido de gran recibo en la mayoría de doctrinantes, como sí lo ha hecho el planteamiento del dominio del hecho. Por ello, los seguidores de este segundo planteamiento –en contradicción directa con la fundamentación basada en un deber extrapenal– niegan que la fundamentación dogmática del actuar en lugar de otro pueda basarse en la idea de los delitos especiales como concepto idéntico al de infracción del deber; postulan así su fundamentación en delitos de dominio. De esta concepción resaltan dos grandes posturas: la postulada por Schünemann denominada “teoría sobre el fundamento del resultado” y la propuesta por Gracia Martín llamada “teoría del dominio social”. Ambos planteamientos, contrarios a lo observado previamente, encuentran su fundamento en

en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción y omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho”. *Ibid.*, pp. 179-180.

58 En este aspecto, resulta importante mencionar que el autor distingue, a su vez, los deberes que permiten realizar la imputación de un delito a un ciudadano a título de autor basándose en la relación que tiene la calidad del individuo. Así cuando afirma que “[l]os deberes fundamentadores de autoría no son todos de la misma clase; la mayoría de las veces describen un injusto especial referido al autor [...], pero en ocasiones sirven también sólo para restringir el tipo al autor típico [...] tomado en consideración por el legislador [...]”. *Ibid.*, p. 182.

la vinculación fáctica de las personas con los bienes jurídicos y, por ello, reciben el nombre de teorías materiales⁵⁹.

2.2. Teorías materiales del actuar por otro

De acuerdo con las tesis formales de la representación, el fundamento para la transferencia de los deberes que ostentaba el obligado se podía dar siempre y cuando existiera una actuación jurídica previa que cumpliera con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para dar validez a la cesión. Es decir, que las formalidades propias del acto se cumplieran y, con ello, se hiciera oponible a terceros el mandato de representación. Sin embargo, este criterio podría dejar incólumes las lagunas de punibilidad que habían motivado la inclusión del actuar en lugar de otro, pues su extremo formalismo dejaría por fuera del ámbito de aplicación de la cláusula los eventos de administración de hecho o –sencillamente– las situaciones en que, por la falta de un requisito de validez en el acto jurídico, no se cumpliera la formalidad exigida por la norma extrapenal.

Es así como se pretende dar por superada la exigibilidad de un formalismo para dar paso a la asunción material de la protección al bien jurídico; es entonces pertinente abordar estas tesis:

2.2.1. Teoría del dominio sobre el fundamento de resultado

Parte Schünemann de negar la viabilidad de separar el entendimiento de los delitos en las categorías de dominio y de infracción de deber. Para este autor, todos los delitos deben ser considerados de dominio, pues la diferenciación que hace Roxin, a su juicio, no es necesaria⁶⁰. Considera, entonces, que los delitos especiales también son delitos de dominio, sino que la calificación especial del autor se deriva de la especial vinculación que este tiene con el bien jurídico⁶¹. Es decir, que no es un reglamento extrapenal el que debe resultar determinante para la valoración que haría el Derecho penal, pues el primero solo tendrá efectos en su ámbito, sin contar con

59 Entre otras: Escobar Vélez. *Op. cit.*, p. 21.

60 Schünemann, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, n.º 75, 2004, p. 20.

61 Roxin describe la postura de su discípulo, la cual se encamina a comprender los delitos de deber como delitos de dominio bajo el concepto de “dominio de protección sobre el bien jurídico” o “dominio del suceso o acontecimiento en el sentido de control sobre un ámbito social”, y es crítico al decir que “[...] se ha de reflexionar sobre el hecho de que el dominio de protección o control asumido por el autor precisamente no se observa o se ejerce en la realización de delitos de infracción de deber, y por tanto no se puede equiparar necesariamente al actuar mediante ejercicio activo de dominio del hecho”. Roxin. *Op. cit.*, p. 182.

mayor relevancia –por lo menos en este aspecto– para la determinación del comportamiento del autor⁶².

Lo esencial para establecer la existencia de responsabilidad será la tenencia de una vinculación material de protección con respecto al bien jurídico tutelado, y no la relación formal emanada de una fuente externa. Por tal razón, acogiendo la visión material de las posiciones de garantía, sostiene que la relación especial con el bien jurídico no se basa en la preexistencia de un acto formal que determine esa vinculación, sino en la asunción de la protección mediante un comportamiento previo que genere en el autor el actuar de una manera determinada para salvaguardar la integridad del objeto de protección; es decir, el bien jurídico tutelado.

Esta visión conlleva reducir significativamente la importancia del estatus como fundamento del injusto, puesto que entiende que lo relevante será la adquisición de una función de protección del bien jurídico tutelado y la capacidad material de evitar comportamientos lesivos; la cual puede provenir de la vinculación con el bien o mediante el control de una fuente de riesgos⁶³. Negando la relevancia de estatus, Schünemann señala que los delitos denominados “de infracción de deber” no son más que delitos especiales de garantía, donde el autor se convierte en un garante al asumir voluntariamente una posición fáctica de dominio, que implica la exigibilidad de un comportamiento –activo u omisivo– tendiente a evitar la puesta en peligro irregular de los bienes jurídicamente tutelados.

Así las cosas, no considera este autor que lo esencial será el reconocimiento de la calidad de representante mediante un acto formal con plena validez jurídica, sino que lo determinante es la asunción fáctica de una posición de garante mediante un comportamiento previo, lo que permitirá convertir al *extraneus* en *intraneus* para efectos de los delitos especiales propios. Este acto implica la aceptación de la posición de garante que, en un principio, el legislador había consagrado para un individuo concreto, pero que fácticamente fue adoptada por el que no estaba contemplado como obligado directo⁶⁴.

62 Sostiene Schünemann que “[...] la razón decisiva para la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de custodia y, de este modo, en una relación de dominio sobre el suceso. Este dominio no se manifiesta como en el hacer activo mediante el propio movimiento corporal, sino a través de la asunción de la custodia en forma de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico”. Schünemann. *Op. cit.*, p. 21.

63 *Ibidem*, p. 23.

64 Según la tesis del autor, “[...] el fundamento de ello no puede consistir en la figura jurídica de la representación del Derecho Civil, justamente porque consecuencias jurídicas de Derecho Civil no son, como tales, idénticas a consecuencias jurídicas penales. Más bien, el representante puede ser calificado también como autor con buen derecho solo si se ha colocado en la posición del otro bajo aspectos que sean relevantes para la integridad del bien jurídico, y ha atraído sobre sí aquellos atri-

2.2.2. Teoría del dominio social

A pesar de partir de concepciones materiales, Gracia Martín no comparte en plenitud el planteamiento de Schünemann⁶⁵. Considera que una visión basada exclusivamente en la asunción permitiría afirmar que cualquiera podría realizar actos de representación sin necesidad de incurrir en la posición de representante o administrador –de hecho o de derecho–, lo cual no resulta adecuado a la realidad. Debido a esto, este autor plantea una visión –también fáctica, pero basada en lo que él denomina “dominio social”.

Parte por entender que los bienes jurídicos se ubican en dos estructuras: una general y otra específica. En la general se encuentra la interacción con que se pueden desarrollar todos los ciudadanos y, entonces, es capaz de causar la lesión o puesta en peligro cualquiera. En otras palabras, los ciudadanos interactuamos –como regla– en la estructura general, donde podemos –mediante comportamientos desviados– afectar de manera irregular los bienes jurídicos. Pero también existe una estructura especial, donde no todos los ciudadanos interactúan y a la cual solo se accede mediante la tenencia de una relación especial con el bien jurídico; en esta dimensión se hallan los delitos especiales⁶⁶.

En este sentido, no apoya la visión basada en una asunción derivada de la posición de garante material, sino que resalta la importancia del estatus, pues es esta categorización lo que permite la interacción del ciudadano en la estructura especial. Esta diferenciación de aspectos no implica que los ciudadanos que en principio no ostenten la calificación especial no puedan ingresar a la estructura especial; todo lo contrario, cláusulas como el actuar por otro permiten esta vinculación, requiriendo que exista una asunción fáctica materializada mediante un comportamiento que conlleve la transferencia del deber por parte de quien ostentaba el estatus. En pocas palabras, existe un comportamiento que –con aquiescencia ya sea legal o voluntaria

butos que ofrecen el fundamento de la punibilidad en la tipificación del respectivo delito especial por parte del legislador”. *Ibidem*, p. 22.

65 *Cfr.* Gracia Martín. *Op. cit.*, p. 344 y ss.

66 Así los define cuando afirma lo siguiente: “Hay estructuras sociales susceptibles de alojar bienes jurídicos protegidos por el derecho penal que permanecen ‘abiertas’; es decir, que permiten que cualquier ciudadano se sirva de ellas en un momento determinado para realizar una actividad social [...] [n]adie ostenta una posición de monopolio sobre la actividad susceptible de ser realizada en tales estructuras. [...] Otras estructuras sociales, por el contrario, deben ser caracterizadas como ‘cerradas’ porque la función y el potencial de actividad a los que sirven son monopolio de una determinada clase de sujetos. En estos casos, los bienes jurídicos que se inscriben o han penetrado en una estructura de monopolio son sólo accesibles –por lo menos de un modo prevalente– a aquella clase de sujetos que en virtud de las competencias o del potencial de actividad que les atribuye la función que realizan ostentan un ‘dominio sobre la estructura social’”. *Ibidem*, p. 356.

del *intraeius*– le atribuye los deberes del obligado y le permite la interacción en la estructura social especial, haciéndolo así un nuevo obligado normativo⁶⁷.

2.3. Tesis mixtas del actuar por otro

Esta tesis es sustentada por García Cavero, quien parte de entender que la radicalización del contenido de los delitos especiales no permite el adecuado entendimiento de la totalidad de su dimensión⁶⁸. Considera este autor que la forma más adecuada de entender esta categoría de delitos es bajo la visión dada por Jakobs, donde se clasifica entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber⁶⁹. En este sentido, los tipos penales especiales pueden ser de competencia por organización o por deberes institucionales. Según sea su contenido, el alcance de la transmisión será diferente⁷⁰.

En el caso de los delitos especiales por competencia, al ser estos emanados del deber ciudadano de llevar un adecuado manejo de la libertad, basta entender un acto de asunción material como elemento suficiente para la adquisición del deber que ostenta el obligado⁷¹. Esto lo entiende al percibir que el ciudadano puede, por ser esta una mera expresión de su libertad, expandir su esfera de competencia para incorporar deberes que son competencia de otros, siempre y cuando exista una aceptación –tácita o expresa– de quien resulta el titular de estos; es entonces innecesaria la realización de un acto formal de atribución de la calidad.

Bajo este entendido, en los delitos especiales de deberes por competencia se aplicaría la visión material del actuar por otro y, en consecuencia, lo único que se exigiría sería

67 *Ibidem*, p. 380 y ss.

68 Para el autor, la construcción de los delitos especiales no obedece a una razón material, sino a una simple construcción lingüística que surge del ingenio del legislador. Así, “[l]os delitos especiales como tales no tienen una razón material, su creación es simplemente un uso lingüístico del legislador [...]. En este sentido, quienes pretenden ver en los delitos especiales razones materiales de creación, no harán más que artificiosas explicaciones sin poder cubrir plenamente las distintas manifestaciones de este grupo de delitos”. García Cavero. *Op. cit.*, p. 132. No concuerdo con esta visión de los delitos en especial pues, a la hora de crear los mandatos normativos, partimos –como sociedad– de la idea que el cuerpo legislativo hace una ponderación de los intereses jurídicos que se van a proteger. Con ello, al crear un delito especial no solamente se busca tutelar esa expectativa social, sino que se determina sobre quién recae la expectativa de comportamiento y, con ello, quién puede ser capaz de su defraudación. Luego, el desconocimiento de la importancia de los delitos especiales impide ver la razón de ser de esta categoría de tipos penales y, en consecuencia, desconoce la diferenciación de los sujetos activos y la razón de su punibilidad.

69 García Cavero. *Op. cit.*, p. 134.

70 *Ibidem*, p. 134.

71 *Ibidem*, p. 135.

un comportamiento previo que incorpore en la esfera de dominio del ciudadano el deber que le es exigible al *intra-neus*⁷².

En el caso de los delitos especiales emanados de deberes institucionales no puede aplicarse el mismo criterio. Partiendo de la idea mediante la cual existe una vinculación más allá que la sola libertad, entiende el autor que no puede permitirse la asunción del deber mediante un simple acto de expansión de la esfera de competencia, sino que será necesaria la realización de un acto jurídico formal que permita la transferencia del deber en cabeza del representado al representante. Sin esto, la relación de libertad resultaría insuficiente y, en consecuencia, irrelevante para efectos de la transmisión del deber institucional que fundamenta la imposición de la pena al *intra-neus*⁷³.

3. PLANTEAMIENTO PROPUESTO

Una vez realizada una reconstrucción sobre las diferentes visiones del actuar por otro, podemos observar que todas las posturas parten de un punto en común: la finalidad principal de esta cláusula es evitar la existencia de lagunas de punibilidad. A partir de este punto, son múltiples las bifurcaciones que se derivan de cada situación. En este acápite, será mi objetivo establecer una postura que –desde ya anuncio– pretende adecuarse a una visión más normativa y que, como fue enunciado en la introducción, parte de la idea de libertad como una visión institucionalizada.

Al ser un elemento esencial de la visión de Estado democrático de derecho, la libertad debe ser el punto en el horizonte que guíe la forma de interpretación de la norma objeto de estudio. Esto resulta aplicable desde la aplicación del propio principio de legalidad, el cual contempla –en su esencia– el ejercicio libre de cada ciudadano para determinar su comportamiento como mejor le parezca, siempre y cuando exista un reconocimiento por parte del Estado que permita expandir o contraer su esfera de

72 “El que actúa en lugar de otro amplía su esfera de organización e incluye ámbitos propios del *intra-neus* del tipo penal, de manera que se hace responsable de los riesgos que salgan de ese ámbito asumido y lesionan la esfera de organización de terceros. En este sentido, no es necesario que exista una relación de representación entre el *intra-neus* y el *extra-neus*, sino el dominio, por parte del *extra-neus*, del ámbito de la esfera del *intra-neus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro esferas de organización de terceros”. *Ibidem*, p. 136.

73 Afirma el autor que la existencia de deberes institucionales no implica la imposibilidad de su transferencia. Por ello, sostiene que es dable “la posibilidad de delegar el deber institucional en otra persona, justamente porque la actual complejidad social limita la capacidad de cumplir personalmente en todo momento con todos los deberes institucionales. En caso de deberes que pueden ser cumplidos por terceras personas, puede presentarse un (sic) actuación en lugar de otro que permita una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional. Pero la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la traslación del *extra-neus* de un deber institucional de un *intra-neus*. [...] Este traslado opera, pues, mediante la relación de representación, esto es, mediante el vínculo de representación entre el *intra-neus* y el *extra-neus*”. *Ibidem*, p. 138.

desarrollo personal. Ello implica que es el Estado quien establece el marco mediante el cual el ciudadano puede gestionar su comportamiento de una manera legítima, decidiendo cómo conducir sus intereses jurídicos de la manera que –a su juicio– le parezca más adecuada, garantizando, eso sí, que no se expanda esa capacidad de acción más allá de la concesión brindada por la misma sociedad⁷⁴.

Este marco social reconocido encontraría sus límites en los mandatos prohibitivos que emanan del consenso social, siendo normas que pueden obedecer a múltiples repercusiones, pero las que acá nos interesan son las de carácter penal. Así, entonces, será el legislador, en ejercicio de esa representación popular, quien mediante restricciones de comportamiento pretende estructurar el debido ejercicio de la libertad y, con ello, fundar expectativas sociales sobre cada uno de los ciudadanos que interactuamos en determinada comunidad. Luego, basados en esa confianza legítima amparada en una presunción de buen comportamiento, podemos interactuar de manera segura, con el ideal que el ciudadano par también respetará el ordenamiento jurídico. Entender de manera diferente este criterio conllevaría la inversión del principio de confianza a un deber de desconfianza y, correlativamente, de constante sospecha del igual que interactúa con cada esfera de libertad.

Por tal razón, se debe entender que los mandatos prohibitivos contemplados en las normas penales, en principio, son dirigidos a la totalidad de las personas que interactúan en determinada sociedad; pues es este ordenamiento jurídico quien les reconoce la capacidad de interactuar con la sociedad mediante la generación de expectativas recíprocas de comportamiento⁷⁵. De lo contrario, su ejercicio de autodeterminación no podría ser entendido como una manifestación de la libertad reconocida por la sociedad, sino como una mera expresión de autodeterminación carente de legitimidad jurídica y, con ello, desprotegida por el Derecho.

Sin embargo, el legislador ha considerado que existen comportamientos cuya capacidad de quebrantar la debida interacción social no recae en cualquier tipo de ciudadanos, sino que solamente quienes ostenten una posición especial podrán afectar negativamente la expectativa sobre un determinado comportamiento. De lo contrario, aunque pueda existir cierto tipo de reproche, la realización de un comportamiento por parte de quien no ostenta esa especial relación con el interés jurídico a proteger no será –en principio– jurídico-penalmente relevante y, en consecuencia, no será objeto de reproche por el Derecho penal.

74 Sobre el criterio de libertad: *cfr.* Sánchez-Vera. *Op. cit.*, p. 84 y ss.

75 Resulta importante señalar lo dicho por Sánchez-Vera cuando afirma: “[l]a libertad de organización es sólo una posibilidad. El Derecho es un permiso, porque contiene la posibilidad de organizar lo que se quiera [...]”. Sánchez-Vera. *Op. cit.*, p. 90. También: Robles Planas, Ricardo. “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *Indret* 4, 2013, Barcelona, p. 5 y ss.

Pero, como una excepción a esta circunstancia, se encuentra la cláusula del actuar por otro, que –como se ha podido ver– permite la sanción en términos penales de quien no es destinatario de la norma prohibitiva de comportamiento. Esta ampliación del círculo de autoría permite entender que quien cumple con determinados requisitos, a pesar de no haberse contemplado como un sujeto capaz de defraudar la confianza depositada por la sociedad, puede ser un infractor de la norma penal y, con ello, ser objeto de reproche para que –en virtud del sacrificio de sus intereses jurídicos– se reconfirme la vigencia del ordenamiento jurídico.

Bajo esta idea, lo primero que se debe abordar es la naturaleza de la cláusula del actuar en nombre de otro con el objetivo de entender cuál es la legitimidad de la inclusión de esta herramienta para la extensión de la autoría en “detrimento” –legítimo– de la libertad del ciudadano.

3.1. El actuar en nombre de otro no tiene como finalidad única la evitabilidad de lagunas de punición

Varios autores⁷⁶ coinciden en entender la cláusula de actuar en nombre de otro como una herramienta que evita la impunidad que se presentaba en los casos de delitos cuyo sujeto activo tenía un componente especial; es decir, en los delitos que son conocidos como especiales. Por tal razón, alude gran parte de la doctrina que esta es una finalidad político-criminal que pretende zanjar la dificultad dogmática que se genera cuando se fraccionan los elementos objetivos del tipo; en especial, la calificación del sujeto activo y el desarrollo de la conducta. La situación más clara –aunque no por ello debe limitarse a este aspecto– corresponde a lo que sucede con las personas jurídicas.

En muchas ocasiones, por la propia libertad de empresa que se configura en los ordenamientos jurídicos, son las personas jurídicas quienes contraen obligaciones en la interacción con la sociedad. Por ello, es este tipo de ciudadanos quienes se hacen con posiciones privilegiadas en la relación con otros agentes de la comunidad, ya sea con el Estado o con otros particulares. Bajo esta visión, son las personas jurídicas quienes tendrían la expectativa social de comportamiento; por ende, serían los titulares del deber que fundamentaría el reproche penal.

Pese a ello, la construcción de las relaciones jurídicas no se limita a las personas jurídicas; todo lo contrario, permiten el reconocimiento de asunciones basadas en la voluntariedad de adquirir ciertas posiciones. Un ejemplo de ello corresponde a

76 Para ello, basta remitirnos a las posturas que hemos visto a lo largo de la presente investigación donde la mayoría de la doctrina adopta un criterio político-criminal para sustentar la cláusula del actuar por otro. Con excepción a este planteamiento: Gracia Martín. *Op. cit.*

quien funge como representante legal de una persona jurídica. En estos casos, existe una vinculación adicional que permite la adecuación de la esfera de competencias para que se incluya en ella una nueva posición y con esto un nuevo haz de derechos y de deberes.

Resulta esencial, entonces, la determinación propia del ciudadano para moldear a su voluntad las relaciones que influyen en su cotidianidad. En este sentido, cuando el ciudadano elige ser el representante de una prestigiosa empresa, asume la posibilidad de realizar actos jurídicos tendientes a comprometer a su representada, como por ejemplo los contratos comerciales; los cuales –a pesar de no estar suscritos directamente por la persona jurídica (por una imposibilidad física evidente)– resultan plenamente válidos para las partes y para la sociedad en general; esta última los acoge como legítimos y los reconoce como existentes en un plano normativo con consecuencias también ontológicas.

Similar situación sucede con quienes ostentan una curaduría. Aunque estos cargos pueden provenir de una imposición legal, no dejan de tener un componente basado en la libertad del ciudadano que los desempeña; pues es este quien elige las condiciones que lo llevan a vincularse de determinada manera con la sociedad y, en consecuencia, ostentar ciertas posiciones especiales que hacen que de su comportamiento surja una expectativa calificada. Ello conlleva entender que la confianza que deposita la sociedad en este tipo de ciudadanos es igual a la que se tiene de un representante legal de una sociedad comercial: que lleven en los mejores términos sus actividades y, para ello, que realicen todas las conductas que les sean debidas.

Por ello, el ordenamiento jurídico permite la diferenciación de las dos esferas de interacción: la personal y la que se despliega en virtud del otro. En el primer escenario, se encuentran los derechos y deberes propios de cada ciudadano; mientras que en el segundo se encuentra abordada la esfera de competencias que tiene a quien representa y, con ello, es un reconocimiento legítimo de la extensión de las calidades del representado. En otras palabras, cuando el ciudadano actúa en representación de otro asume la posición social del representado y, con ello, se convierte en un emisario de este último. En consecuencia, todos los actos que despliegue se entenderán como si los hubiese hecho el representado.

Lo anterior es posible porque existe un reconocimiento normativo que así lo acredita. La legislación comercial habilita para que sea otro –previamente autorizado– quien realice un comportamiento en nombre de una sociedad comercial, así como la normatividad civil permite que un curador actúe en nombre de su pupilo para contraer obligaciones y hacer cumplir sus derechos. Entonces, si el ordenamiento jurídico permite que se extienda la capacidad del representado a un representante y con ello se compartan las capacidades para realizar actos jurídicos, no habría razón alguna para restringir dicha expansión para el haz completo de consecuencias que pueden derivar de estas actuaciones; incluyendo, por supuesto, el ámbito penal.

Bajo esta línea, no resulta adecuado entender que la cláusula del actuar en lugar o representación de otro tenga simplemente una función político-criminal, sino que obedece al reconocimiento de una realidad jurídica que se había estado presentando en otras áreas del Derecho y que se vino a reconocer –en virtud del principio de legalidad– de manera expresa en la legislación penal. Por ello, la función de este precepto normativo es integrar al escenario penal la asunción de competencias que se realizaba en virtud de la libertad que era reconocida por otras dimensiones del ordenamiento jurídico.

Esto no implica que no exista una finalidad político-criminal en la incorporación de esta cláusula de extensión de la autoría, puesto que la génesis de esta discusión discurre en la necesidad de sancionar conductas que se consideraban lesivas a los intereses sociales pero que, por la escisión entre obligado y ejecutor, no se podían reprochar. Lo que conlleva este planteamiento es a entender que el interés principal es armonizar el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos y la conformación de sus esferas de competencia; de tal suerte que se pregone una determinación de facultades de comportamiento y, en consecuencia, no se permitan márgenes de incertidumbre que lleven a la inseguridad jurídica de la sociedad.

Una demostración del planteamiento acá esbozado se encuentra en los casos que motivaron a los legisladores a la incorporación del actuar en lugar de otro. En estos eventos se consideraba que los comportamientos desplegados por los representantes eran de suma gravedad para la sociedad; pese a ello, resultaba indebida su sanción porque se había delimitado considerablemente el espectro de conminados normativos y, en virtud del principio de legalidad, resultaba inadecuado dogmáticamente su castigo⁷⁷. Pero esto no aminoraba la peligrosidad del comportamiento; todo lo contrario, evidenciaba un riesgo significativamente alto, ya que la capacidad lesiva de la conducta era idéntica a si la cometiere quien fungía como *intrañeus*, pero la posibilidad de sancionar sin tener que recurrir a interpretaciones tergiversadas era bastante baja⁷⁸. En este sentido, se reconocía que en quienes actuaban en representación sí existía la capacidad de contrariar significativamente el orden jurídico, lo que no sucedería con cualquier otro ciudadano que actuara en un rol diferente; en consecuencia, se entendía que estas personas tenían la idoneidad jurídica para encarnar a su representado para todos los actos jurídicos menos para la comisión de delitos, siendo este espacio el único en el cual sus actos carecían de validez, por lo menos, penal.

77 Una narración detallada de los casos se encuentra en: Gracia Martín. *Op. cit.*, p. 5 y ss.

78 En palabras de Gracia Martín, “[s]e afirma, en efecto, estar ante una laguna de punibilidad porque repugna al sentimiento de justicia material y no responde a las necesidades político-criminales del ordenamiento jurídico punitivo el dejar impunes las conductas de determinados sujetos porque, no obstante haber producido el resultado que la norma penal quería evitar, carecen de ciertos elementos personales típicos”. Gracia Martín. *Op. cit.*, p. 15.

Es decir, la sociedad reconocía la existencia de un riesgo para los intereses jurídicos en el comportamiento desviado cometido por el representante, no por el hecho de que lo hiciera cualquier ciudadano, sino porque quien lo cometía había adoptado la posición social de su representado y, en consecuencia, asumía las expectativas sociales de quien estaba representando. Este es el calificativo que hace jurídico-penalmente relevante la desvaloración del comportamiento indebido porque, de no ser así y fuera un ciudadano sin relación jurídica alguna quien desplegara el comportamiento típico, sería este totalmente irrelevante o, cuanto menos, susceptible de ser sancionado mediante otro tipo penal.

Estas primeras consideraciones nos permiten concluir que la finalidad de la cláusula del actuar en el lugar de otro no se acompaña únicamente con un concepto político-criminal⁷⁹, sino que está acompañada por una pretensión integradora del ordenamiento jurídico en general mediante el reconocimiento expreso de la transferencia de calidades que ocurría en otras áreas del Derecho. A tal punto que es posible sostener que la finalidad principal es la armonización del sistema evidenciada por un detonante que corresponde a la incoherencia político-criminal que se pretende evitar.

Este cambio de paradigma cobra especial relevancia para el entendimiento de los elementos que conforman la cláusula del actuar en lugar de otro bajo esta visión normativa. Lo primero que debemos analizar es que, si partimos de la idea que lo que se constata es el reconocimiento legal de la transferencia de calidad entre el representante y el representado, debemos establecer si todas las calidades son sujetas a transmisión y, de ser negativa esta respuesta, cuáles y bajo qué concepto se autoriza su traspaso. Este punto lo desarrollaremos a continuación.

3.2. No todas las calidades son sujetas de transmisión

El Estado, en representación de la sociedad, les confiere a los ciudadanos la libertad para configurar sus esferas de competencia de la manera que les parezca más adecuada para sus proyectos de vida, siempre y cuando esta no se expanda de manera inadecuada. Esto implica que la libertad se transforma en el pilar esencial de la sociedad al permitir a los ciudadanos confiar en que sus pares van a actuar de una forma adecuada a Derecho y que, en caso de no suceder esto, existirá una sanción

79 A similar conclusión llega Gracia Martín, quien entiende que el actuar por otro no tiene una exclusiva finalidad político-criminal. Sin embargo, este autor entiende que la finalidad es de corrección dogmática. Así cuando sostiene que “[d]icho precepto, en casos como el examinado, no tiene *prima facie* la finalidad de colmar lagunas de punibilidad, sino la de operar un efecto de reajuste, corrección o rectificación de la calificación del hecho. En este sentido, un precepto de responsabilidad penal del que actúa en el lugar de otro incorpora al ordenamiento punitivo una cláusula de equivalencia de la conducta de estos *extranei* cualificados, desde el punto de vista del contenido del injusto personal, a la de los verdaderos *intraanei*”. Gracia Martín. *Op. cit.*, p. 86.

que reafirmará su confianza en el ordenamiento jurídico. Los ciudadanos eligen qué posiciones sociales adoptan para sí y con ellas el haz de deberes y derechos que les son inherentes a los modelos de vida que incorporen a su esfera de competencia; este es un ejercicio pleno de libertad y autodeterminación. Sin embargo, a pesar de que la aceptación de los roles sea una materialización de la libertad, no implica lo anterior que todas las relaciones sean de las mismas características, ni que la intensidad de las expectativas sea idéntica para todos los casos; sino que podremos distinguir entre dos clases: las relaciones de competencia y las relaciones institucionales⁸⁰.

En cuanto a las primeras, debemos mencionar que se fundamentan en la interacción de los ciudadanos basados en relaciones puras de libertad. En este marco, se incorporan la mayoría de las interacciones que se tienen en la cotidianidad basadas en formas de estructurar la manera de vivir. En este sentido, la sociedad solo les exige a sus ciudadanos que no se expandan de manera indebida y en sacrificio de la libertad de sus pares. Luego el deber principal que subyace es un deber de naturaleza negativa: no invadir las esferas de competencia ajenas de manera irregular. Un ejemplo claro de esto lo observamos en la libertad de empresa, donde es un ciudadano quien decide –en ejercicio de su interés patrimonial– emprender una actividad comercial para obtener un lucro que redundará directamente en el incremento de su patrimonio. Fruto de esta actividad podrá interactuar con los demás ciudadanos en relaciones de comercio que se encuentran reconocidas por el ordenamiento jurídico; incluso podrá interactuar con el mismo Estado en realización de contratos o en la solicitud de autorizaciones especiales que le sean requeridas para el ejercicio de su actividad empresarial. Todo esto sin que cambie el mandato normativo: no se expanda de manera ilegítima.

En el segundo evento, a pesar de que también son posiciones asumidas en ejercicio de la libertad, estas encuentran una especial diferencia con las enunciadas previamente, pues la relación con la sociedad es tan importante que implica una confianza cualificada por parte de la comunidad en quien la va a desarrollar, pues –de faltarse a los deberes que la rigen– se pondría en peligro la existencia de la sociedad como se tiene entendida. Contrario a lo que sucede con los mandatos por competencia, las relaciones institucionales tienen un carácter positivo: proteger los intereses jurídicos de cualquier ataque que puedan sufrir, ya sea de terceros o de la misma naturaleza.

Por ser formas de relacionamiento esenciales para la existencia de la sociedad como la conocemos, las posiciones institucionalizadas deben ser interpretadas de manera restrictiva y de acuerdo con la naturaleza de cada sociedad en un tiempo y lugar determinado. Sin embargo, para efectos de este trabajo y con el objeto de no abarcar más de lo necesario para el objetivo acá propuesto, nos limitaremos a entender que

80 Jakobs, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 118.

solo hay dos: el ejercicio de la función pública por parte de unos ciudadanos y las relaciones paternofiliales.

Como mencionábamos previamente, la asunción de estas posiciones también deriva de un ejercicio de libertad; es decir, quien decide ser padre o funcionario público, en principio, lo hace bajo un interés particular de serlo y sin que le sea impuesto. Pero los deberes que emanan de estas dos calidades son de especial calificación al entender que deben garantizar la indemnidad del interés jurídico que custodian. Por ejemplo, en el caso de los padres de familia se les hace exigible realizar conductas más allá que la no afectación por sus medios de los intereses de sus hijos, sino velar por que estos no sean afectados por los demás miembros de la comunidad. Lo mismo sucede con los funcionarios públicos, quienes deberán velar por que se mantenga la indemnidad del Estado y evitar que los demás atenten contra esta.

Entendiendo esta diferenciación es que podemos asimilar el porqué de la restricción de transferencia de cualidades entre ciudadanos exclusivamente a los eventos de posiciones por competencia. Así como el empresario puede vender su persona jurídica y, con ello, todos los deberes que sobre él se erigen con respecto a sus acreedores, sucede lo mismo con cualquier deber que se encuentra fundamentado en la competencia. Estos son susceptibles de transferencia libre porque no incorporan en su esencia un calificativo especial del ciudadano y su desempeño lo puede cumplir cualquier persona que permita la interiorización de la calidad en su esfera de libertad. Pero lo mismo no sucede con los deberes institucionales.

Las relaciones institucionales se basan en la especial vinculación que tiene la sociedad con la persona; es decir, que podrían catalogarse como *intuitu personae*⁸¹, siendo imposible la transferencia de la calidad a otro ciudadano. Pese a ello, y para efectos de claridad, esto no implica la imposibilidad de realizar delegación sobre ciertos deberes que pueden emanar de esta posición, lo cual permite que otro ciudadano ajeno a la relación individuo-sociedad participe en la realización de una actividad determinada, sin que ello lo convierta en parte de la ecuación inicial. Un ejemplo claro de esto sucede con la niñera que cuida a un infante. Esta persona, en virtud de una delegación por parte de los padres del menor, asume voluntariamente el deber de custodia sobre el niño; pero esta situación no la transforma temporalmente en su madre, tan solo le asigna unos deberes que resultan emanados de competencias que cesarán en el momento en que se despoje de la posición de garante.

81 Una restricción similar se encuentra en la postura de Roxin sobre los delitos de infracción de deber altamente personales. *Cfr.* Roxin. *Op. cit.*, p. 196. En similar sentido es la postura de Jakobs, quien sostiene que “[l]os delitos que resultan del ámbito de un deber positivo se llaman delitos de infracción de deber y solo puede ser cometidos por el titular de un determinado *status*, por una persona obligada precisamente de forma positiva”. Jakobs. *Dogmática*, p. 153.

Así las cosas, por más que se puedan delegar funciones propias de la calidad especial institucionalizada –como lo vimos en el ejemplo del deber de custodia–, nunca se realiza la transferencia de la calidad en sí misma; lo cual nos permite dar una respuesta negativa al interrogante que nos habíamos planteado previamente. No todas las relaciones jurídicas son sujetos de transferencia. Siguiendo esta línea argumentativa, también podríamos afirmar –de antemano– cuáles son las calidades susceptibles de transferencia, las cuales serían las posiciones derivadas de competencia.

Esta visión restrictiva de la transferencia de calidades tiene consecuencias importantes en la interpretación de la cláusula del actuar en nombre de otro, porque, si entendemos que solo las posiciones emanadas de competencias pueden ser sujetos de transmisión, dejamos de lado la posibilidad de sancionar a quien actúa en representación de un ciudadano en virtud de un deber institucionalizado; lo cual –a nuestro juicio– resulta adecuado.

Todo ello conlleva entender que la cláusula del actuar en nombre de otro solo aplica para los delitos especiales y no para los denominados como delitos de infracción de deber.

3.3. La cláusula del actuar en nombre de otro solo aplica para los delitos especiales y no para los de infracción de deber

Para este acápite, partimos de una distinción adoptada por cierto sector de la doctrina, que no en su totalidad, consistente en considerar que los delitos de infracción de deber son diferentes a los delitos especiales. En los primeros, la punición se da en virtud de la existencia de un deber institucional, como lo vimos previamente. En esta categoría podríamos encontrar los delitos como el prevaricato, el peculado, el infanticidio, el parricidio o, en Colombia, el delito de inasistencia alimentaria. Estos tipos penales parten del presupuesto que su punibilidad se da por la infracción de los deberes institucionales que emanan de la especial relación con la sociedad. Luego, su lesividad se deduce del quebrantamiento de la expectativa de comportamiento tendiente a proteger la indemnidad del interés jurídico amparado, y que no la expansión ilegítima de su esfera de competencia, la cual puede concurrir o no sin que sea relevante para la comisión del injusto.

En los delitos especiales, por el contrario, encontramos que son tipos penales en los cuales el legislador ha consagrado que cierta calidad del autor puede implicar un riesgo desaprobado para la comunidad sin que esto implique una relación especial con el objeto materia de protección. Todo lo contrario, la sociedad ha concebido el castigo del ciudadano porque aumenta de manera irregular su esfera de libertad y, en consecuencia, vulnera la esfera ajena; pero, contrario a los delitos comunes, esta afectación resulta punible por la capacidad que detenta el sujeto activo de la conducta,

la cual resulta especialmente peligrosa para la sociedad o, en el caso de los delitos especiales impropios, meritoria de una mayor punibilidad⁸².

Como se puede evidenciar, la diferencia es ostensible: mientras que en los delitos de infracción del deber la fundamentación de su punibilidad se basa en la no frustración de amenazas o lesiones a los intereses jurídicos propios de la institución, en los delitos especiales se sanciona la extensión de la esfera de libertad en virtud de una característica de lesividad especial que reviste al autor.

La inaplicabilidad de la cláusula del actuar en lugar de otro a los delitos de infracción de deber emana de la misma imposibilidad de transferencia de calidades vinculadas a las relaciones institucionales. De no ser entendido de esta forma, encontraríamos una incoherencia en el planteamiento, pues diríamos, en una parte, que no se pueden transferir las calidades, pero en otra que sí reconocemos la transmisión y –basado en ello– penamos al *extraneus* en el delito de deber. Para hacer esto más evidente, veamos el siguiente caso: un padre de familia le pide el favor a su amigo para que realice el pago de alimentos a sus hijos. El amigo, quien tenía discrepancias con la madre de los menores, decide ocultar el dinero y sustraerse de realizar la transacción, incumpliendo así la obligación que el padre le había encomendado. De aceptarse la aplicación del actuar en lugar de otro, afirmaríamos que el amigo que se sustrajo del pago, a pesar de no ser el padre de los menores, asumió voluntariamente el deber y que, por ello, temporalmente, sería el padre de los menores, siendo entonces responsable del delito de inasistencia alimentaria. Lo cual resultaría una incongruencia total.

Subsiste en la doctrina el debate acerca de si el actuar en lugar de otro debe aplicarse a los delitos especiales impropios o, por el contrario, reservarse a los propios. Nuestra postura la adoptaremos en el siguiente acápite.

3.4. Irrelevancia de la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios para la cláusula del actuar en lugar de otro

Hemos sostenido como piedra angular de nuestra interpretación del actuar en lugar de otro que lo normativamente sucedido es la transferencia de una calidad plena del representado al representante. Por ello, quien asume la representación de un sujeto no se hace acreedor solo a los derechos o deberes del sujeto pasivo, sino a la integralidad del haz de libertad que este tenía establecido para ese rol social. Partiendo de esta idea, debemos afirmar que el objetivo de esta cláusula no es posibilitar la atribución de responsabilidad penal impedida por la división de elementos objetivos del tipo, sino el reconocimiento por parte del andamiaje penal sobre el préstamo del rol avalado por otras áreas del ordenamiento jurídico.

82 Ver nota al pie 4.

Por ende, cuando el representante asume la posición jurídica del representado queda revestido de las mismas condiciones normativas de este, sin fraccionamiento alguno. Lo cual implica que actuará como esta persona en todos los actos jurídicos que despliegue en el ejercicio de su representación, sean de carácter positivo o negativo. Entonces, mal haría en entenderse que la posición jurídica puede fraccionarse por una simple decisión legislativa que, en ocasiones, carece de fundamentación.

Esta separación entre delitos especiales propios e impropios para el actuar en lugar de otro tiene sentido si comprendemos que su única finalidad es solucionar un asunto político-criminal. Para lo cual sí resultaría válido porque en los delitos impropios no existiría laguna de punibilidad y, en consecuencia, no habría problema de legalidad en realizar la imputación del comportamiento al no obligado. Pese a ello, esta distinción, contrario a lo anterior, resulta problemática en la forma de interpretación que acá planteamos, ya que implicaría un ser y no ser al mismo tiempo.

Al asumir la posición jurídica, el representante incorpora en su esfera de libertad el rol social de su representado; lo que conlleva tener la asunción de las facultades propias que le son asignadas. Si acogiéramos la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios estaríamos desconociendo esta incorporación plena y adoptaríamos una visión parcial: el representante solo asume la competencia de lo que no puede ser juzgado como no obligado, puesto que, en los eventos donde puede responder a título propio, lo hará a pesar de que haya actuado en virtud de su relación con el representado. Es por lo anterior que una visión en este sentido genera una dicotomía de existencia normativa porque se actuaría como representante en los eventos donde no exista un delito común que sancione su conducta, pero sería un *extraneus* cuando se esté ante un delito especial propio; lo cual dependería ya no del comportamiento objeto del reproche, sino de un mero tecnicismo legislativo a pesar de que la conducta en ambos escenarios tendría que ser objeto del mismo reproche. Es decir, el ciudadano sería y no sería al mismo tiempo un *intraneus* en virtud de su representación.

Por esta razón, consideramos que esta discusión no resulta aplicable para nuestra forma de interpretación, puesto que hay una asunción efectiva de las calidades por parte del representado que le hace exigible todos los comportamientos propios del rol adquirido de su representado; y estos son exigibles en igual manera. En consecuencia, tendría que aplicarse el delito especial preferentemente sobre el común cuando estemos ante un escenario de delito especial impropio, y no aceptar la variación sujeta a la existencia del delito común correlativo⁸³.

83 A una conclusión idéntica llega Suárez Sánchez. Pese a ello, su fundamentación es diferente. Sostiene que “[d]e 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

3.5. ¿El reconocimiento de la representación obedece a un acto formal o material?

Resulta importante resaltar que la validez de la representación está basada en dos elementos fundamentales: el reconocimiento entre las partes del mandato y la legitimidad que la sociedad le dé a este acto. Ambos criterios deben presentarse para que se entienda que existe un acto de representación pues, de ausentarse uno de ellos, sería imposible dar legitimidad a la transferencia de calidades. Con respecto al acuerdo entre las partes, este puede presentarse de manera voluntaria –como sería mediante un contrato de mandato– o por expresión legal –como sucedería en el caso de los curadores–; este aspecto es el más sencillo de este punto. El asunto más controvertido se presenta en el reconocimiento social de la relación jurídica, pues será necesario identificar si basta la existencia de una relación material con respecto al interés jurídico que se va a tutelar o se requiere el cumplimiento de las formalidades de los actos para garantizar su validez.

A nuestro juicio, no basta la enunciación legal del administrador de hecho para entender que la pretensión del legislador es adoptar una tesis material sobre una formal, pues –como lo hemos dicho– la intención de la cláusula del actuar en nombre de otro es reconocer una realidad normativa que acontecía en otras áreas del Derecho. Esto implica que en la figura del administrador de hecho también se requiere la satisfacción de unos requisitos para entenderse como válida y generadora de consecuencias jurídicas. Esto lleva a pensar que, contrario a las tesis materiales, lo esencial será que se dé una asunción reconocida por la sociedad de las capacidades jurídicas por parte del representado; esto implica que la comunidad tenga claridad del rol que despliega el no obligado al actuar en representación del destinatario primario de la norma y que, en virtud de esta nueva posición, se le hace extensible la obligación de un comportamiento diferente al que –en principio– se esperaba de él.

En consecuencia, la formalidad –entendida esta como una condición de reconocimiento social– resulta esencial para entender la atribución de posiciones jurídicas ajenas pero que, en virtud de la representación, ingresan a la esfera de libertad del no obligado, pues, de no contarse con la asunción formal de estas, le resultaría imposible a la sociedad edificar una expectativa de comportamiento sobre un ciudadano del cual desconoce su nueva condición.

Por ello, consideramos que la fundamentación de la cláusula del actuar en lugar de otro resulta ser de carácter formal y no material, al necesitar del reconocimiento social para acreditar su validez; el cual se plasma mediante el reconocimiento jurídico de 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”.

relación, y no simplemente con la asunción arbitraria de determinadas funciones. No debe dejarse de lado que la asunción voluntaria e individual de ciertas situaciones de riesgo puede constituir una posición de garante en quien despliegue esta conducta, pero no por ello puede entenderse que existe una transferencia de calidades como la que se requiere para el actuar en lugar de otro.

4. CONCLUSIÓN

Como resultado de esta investigación, es posible entender que la fundamentación de la cláusula del actuar en lugar de otro puede ser interpretada de una manera normativa; lo cual implica la superación del esquema de “ficción” –como lo ha sostenido la jurisprudencia colombiana–, para dar paso a una integración de las diferentes áreas del Derecho para complementar así el esquema de expectativas sociales que se erigen sobre los ciudadanos.

Partimos de la idea que no es una cuestión de política-criminal lo que fundamenta la cláusula de extensión de autoría, sino que esta situación tan solo deja en evidencia la necesidad incorporar en el Derecho penal el reconocimiento de la transferencia de calidades normativas cuando se actúa en representación, ya sea esta emanada de la voluntad o por un mandato legal. Sin embargo, esta posibilidad no es absoluta, puesto que, al ser una extensión de los mandatos prohibitivos con respecto a quien no fungía como destinatario primario de la norma, la restricción de la libertad que implica debe ser tomada de manera restrictiva y en beneficio de la capacidad de autodeterminación de las esferas de competencia de los ciudadanos.

Por ende, solo las calidades que implican deberes negativos pueden ser sujetas de transmisión, dejando por fuera del ámbito de competencia del actuar en lugar de otro las relaciones institucionales que se puedan erigir entre los ciudadanos y la sociedad, como lo son las vinculaciones paternofiliales y la de los funcionarios públicos.

Siguiendo este hilo argumentativo, al reconocer que el representado comparte su calidad normativa con el representante en virtud de su vinculación jurídica, debe entenderse que el vicario asume la totalidad de las funciones propias del rol que tenía el *extraneus*. Con ello, se comparte la posición jurídica y le permite al representante la realización de los actos jurídicos y sus consecuencias, tanto positivas como negativas; siendo exigible una conducta que –en principio– no era de competencia de este. Esto implica que su juzgamiento no deberá hacerse de manera parcializada, sino que debe acogerse la visión integral, lo cual conduce a la aplicación de los delitos especiales aun cuando el comportamiento del no obligado sea sancionado también por un delito común.

Por último, podemos concluir que la validez de la transferencia de calidades implica dos aspectos: el reconocimiento de la relación entre representante-representado y

la convalidación social de los efectos de esta relación jurídica. Por tanto, solamente cuando la sociedad reconozca que es válida la relación podrá incorporarse la posición jurídica en la esfera del representante; reconocimiento que solo se da en la satisfacción de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, sin que esto excluya –por ejemplo– el administrador de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, Enrique. (Dir.). *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Bacigalupo Saggese, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Berruezo, Rafael. *Delitos de dominio y de infracción de deber*, 2.^a edición, Buenos Aires, B de F, 2016.

Berruezo, Rafael. “Incorporación de la cláusula de actuar en lugar de otro en el Anteproyecto del Código Penal”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 12, marzo, 2014.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia rad. 20249 (8, septiembre, 2004). M. P. Mauro Solarte Portilla. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333-2018, rad. 50236 (5, diciembre, 2018). M. P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3874-2019, rad. 52816 (12, septiembre, 2019). M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4699-2019, rad. 55244 (30, octubre, 2019). M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2339-2020, rad. 51444 (01, julio, 2020). M. P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1122 de 2008 (12, noviembre, 2008). M. P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: responsabilidad de los órganos de administración, asesores

y oficiales de cumplimiento”, en AA. VV. *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Díaz y García Conlledo, Miguel y Luzón Peña, Diego Manuel. *La autoría en Derecho penal*, Madrid, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

Díaz y García Conlledo, Miguel. “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, Santiago de Chile, 2008.

Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.

Escobar Vélez, Susana. “El actuar en lugar de otro en el Código Penal colombiano: aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”, *Grupo de Estudios Penales*, ISSN 1692-0694, Medellín, Universidad Eafit, 2006.

España. Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia 38/2002. Julio 29 de 2002.

España. Audiencia Provincial de Islas Baleares. Sentencia 47/2008. Marzo 31 de 2008.

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia 94/2005. Enero 10 de 2005.

España. Audiencia Provincial de Tarragona. ARP/1999/4517. Octubre 8 de 1999.

España. Audiencia Provincial de Segovia. Sentencia 3/1998. Enero 15 de 1998.

España. Audiencia Provincial de Granada. Sentencia 750/1998. Octubre 30 de 1998.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 573/2003. Julio 11 de 2003.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 396/2013. Octubre 31 de 2013.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 585/2017. Septiembre 25 de 2017.

España. Audiencia Provincial de Palencia. Sentencia 55/2004. Marzo 15 de 2004.

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia 455/2010. Julio 2 de 2010.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 253/1993. Julio 20 de 1993.
http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2382#complete_resolucion&completa.

España. Tribunal Supremo de España. Sentencia 607/2010. Junio 30 de 2010.

España. Tribunal Supremo de España. Sentencia 714/2014. Noviembre 12 de 2014.

España. Tribunal Supremo de España. Sentencia 194/2018. Abril 24 de 2018.

España. Tribunal Supremo de España. Sentencia 467/2018. Octubre 15 de 2018.

García Cavero, Percy. “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 9, 2002.

Gracia Martín, Luis. *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal*, tomo I, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1985.

Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jakobs, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.

Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Jakobs, Günther. *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio *et al.* *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: parte general*, 10.^a edición, Barcelona, Repertor, 2017.

Mir Puig, Santiago y Gómez Martín, Víctor. “Responsabilidad penal de las personas físicas”, en AA. VV. *Manual de Derecho penal, económico y de empresa, parte general y parte especial*. Celia Díaz Morgado (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Pawlik, Michael. *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Robles Planas, Ricardo. “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *Indret* 4, 2013.

Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007.

Robles Planas, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo II, Madrid, Civitas, 2014.

Salazar Marín, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal*, 2.^a edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Schünemann, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, n.º 75, 2004.

Silva Sánchez, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid, B de F, 2016.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a edición, Madrid, Civitas, 2001.

Suárez Sánchez, Alberto. *Autoría*, 3.^a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Suárez Sánchez, Alberto. “La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, junio 2004, pp. 171-196.

Torres Cadavid, Natalia. “La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español: la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 90, n.º 90, enero-junio 2018, pp. 54-102.