

22

**EL “ACTUAR POR OTRO”,**  
**UNA PROBLEMÁTICA DE LA DOGMÁTICA PENAL**  
**RELACIONADA CON LA DELINCUENCIA ECONÓMICA**

# EL “ACTUAR POR OTRO”, UNA PROBLEMÁTICA DE LA DOGMÁTICA PENAL RELACIONADA CON LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

## “ACTING FOR ANOTHER”, A PROBLEM OF CRIMINAL DOGMATICS RELATED TO ECONOMIC CRIME

Oswaldo Brito Febles<sup>1</sup>

E-mail: [obrito@umet.edu.ec](mailto:obrito@umet.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7803-0080>

Jorge Luis Barroso González<sup>2</sup>

E-mail: [jorgeb@uclv.edu.cu](mailto:jorgeb@uclv.edu.cu)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1201-8892>

<sup>1</sup> Universidad Metropolitana. Ecuador.

<sup>2</sup> Universidad Central “Marta Abreu de Las Villas. Santa Clara. Cuba.

### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Brito Febles, O., & Barroso González, J. L. (2021). El “actuar por otro”, una problemática de la dogmática penal relacionada con la delincuencia económica. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(1), 174-187.

### RESUMEN

En el presente artículo se analiza una de las actuales problemáticas de la dogmática penal en relación con la delincuencia económica, relativa a la institución del “actuar por otro”. Si bien dicha institución está siendo incluida en los Códigos Penales modernos bajo diferentes formas de regulación, la misma no está exenta de polémica. La falta de claridad y diversidad de criterios acerca de sus elementos constitutivos y determinados inconvenientes que surgen a partir de su aplicación práctica ha provocado grandes controversias en la dogmática penal actual. Los detractores del “actuar por otro” abiertamente lo catalogan como una institución innecesaria e ineficaz, sin embargo, quienes la defienden ponderan su importancia en el contexto del Derecho Penal moderno para resolver un importante problema de imputación en materia de delitos económicos. No obstante, subsisten cuestiones que deben tomarse en cuenta para solventar aspectos que aún no alcanza a resolver dicha institución, al menos de la forma en que se regula en las diversas leyes penales sustantivas que la contienen. Es necesario, además, continuar profundizando en su estudio dogmático y normativo en aras de su perfeccionamiento y desarrollo.

### Palabras clave:

Actuar por otro, delitos económicos, responsabilidad penal.

### ABSTRACT

This article analyzes one of the current problems of criminal dogmatics in relation to economic crime, related to the institution of “act by another.” Although this institution is being included in modern Criminal Codes under different forms of regulation, it is not without controversy. The lack of clarity and diversity of criteria about its constituent elements and certain inconveniences that arise from its practical application has caused great controversy in current criminal dogmatics. The detractors of “act by another” openly label it as an unnecessary and ineffective institution; however, those who defend it weigh its importance in the context of modern Criminal Law to solve a significant problem of imputation in the area of economic crimes. However, there are still issues that must be taken into account to resolve issues that have not yet been resolved by said institution, at least in the way it is regulated in the various substantive criminal laws that contain it. It is also necessary to continue deepening their dogmatic and normative study in order to improve and develop it.

### Keywords:

Act by another, economic crime, criminal responsibility.

## INTRODUCCIÓN

La criminalidad en la era moderna, como fenómeno que se expande a pasos agigantados, a la par del propio desarrollo de la humanidad, se ha dotado de formas cada vez más complejas de actuación. Una de sus características distintivas tiene que ver con su producción en contextos organizados, ya sea el de organizaciones que operan de manera totalmente ilícita, como pueden ser las terroristas, las de criminalidad organizada, etc.; y también el de aquellas que funcionan revestidas de legalidad, y que por ende se imbrican adecuadamente en la vida económica y financiera, dígase sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra tipología de persona jurídica, todas las cuales actúan con normalidad en el tráfico económico lícito.

En el ámbito concreto de la actividad empresarial, no cabe duda de que hoy la empresa moderna constituye un conglomerado complejo. En ella se materializan un conjunto de relaciones derivadas de los principios de jerarquía y de división del trabajo, los cuales tanto en el plano horizontal como en el vertical generan disímiles actividades que en la mayoría de los casos son realizadas por más de un individuo, produciéndose una aportación mancomunada al objeto social de la agrupación, multiplicidad de actuaciones que puede conducir a actos de naturaleza delictiva.

Es indiscutible que las personas jurídicas dominan el tráfico comercial a gran escala y que los principales delitos asociados a este se cometen hoy en su seno (incluyendo los denominados "delitos económicos desde la empresa"), fenómeno que se abrió paso desde los inicios del siglo XX, pero que hoy alcanza dimensiones extraordinarias. La evolución de las complejas estructuras empresariales ha obligado a trazar nuevos lineamientos político-criminales, básicamente orientados a lograr mayor eficacia en el enfrentamiento de estas sofisticadas formas de criminalidad. La dogmática penal también se ha situado frente a diversas realidades dilemáticas derivadas de las cada vez más perfiladas formas de operar de la delincuencia económica.

Una de tales problemáticas, lo constituye la recurrente interrogante relativa a cómo exigir responsabilidad penal al sujeto individual que actuase a nombre y representación de una persona jurídica, cuando el acto cometido fuese encuadrable en un delito especial propio sin poseer precisamente el ejecutor la cualificación que exige la norma penal sustantiva para el injusto en cuestión. Ante tal supuesto se estaría en presencia de una acción ejecutada por un autor no cualificado, lo que advierte un delicado problema de imputación delictiva.

Uno de los más controvertidos problemas que presenta la dogmática penal en relación al fenómeno de la codelinquencia es el de la intervención de los sujetos no cualificados (*extranei*) en los delitos de sujeto especial, a lo que

se suma que estos tipos de delitos restringen el ámbito de los posibles autores por lo que, en la solución a la intervención de varios sujetos, cuando algunos no reúnen la condición personal exigida por el tipo penal cabría formularse las siguientes interrogantes: ¿Responderá el extraño por el mismo ilícito en el que intervino? ¿Por qué grado y tipo de participación se le exigirá responsabilidad penal? (Vera Toste, 2015).

Dicha cuestión se presenta en materia de delitos económicos mucho más que en ilícitos penales pertenecientes a las restantes familias delictivas, dado que gran parte de los delitos económicos son precisamente delitos especiales. De ahí que la doctrina ha evaluado posibles soluciones para salvar posibles lagunas de punibilidad cuando quien ejecuta el hecho no posee la cualificación exigida por la norma penal: por un lado, establecer cláusulas especiales que permitan incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los administradores de las sociedades, órganos y representantes; y de otra parte, la introducción de una fórmula o cláusula normativa general que permita extender la exigencia de responsabilidad del representado, denominado *intraneus*, al representante o *extraneus*. En un apreciable número de las legislaciones actuales se ha impuesto la solución relativa a la cláusula general.

Dicha fórmula legal, que es ajena a las teorías que sustentan la participación delictiva, ha venido a otorgar un tratamiento jurídico-penal a lo que se ha dado en denominar "actuar por otro", "actuar en lugar de otro", "actuación en nombre de otro", o "actuar por otra persona", y que en la inmensa mayoría de los casos comprende en la actualidad no solo a la representación de la persona jurídica sino también a quien actúa en nombre de otra persona natural.

Un análisis preliminar podría conducir *prima facie* a la idea de que esta propuesta normativa quebranta ciertos principios del Derecho, como los de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, tal institución ha ido "acomodándose" de diversos modos en los Códigos Penales, aunque es justo señalar que la problemática de la dogmática penal que aparentemente viene a resolver continúa enfrentando ciertas discordancias en la actualidad. De ella se continúan derivando asuntos de especial conflictividad sobre los cuales se debate ampliamente, puntos álgidos que se advierten cuando se acude a las formulaciones legales del "actuar por otro" en legislaciones concretas.

Se puede sostener entonces que estamos en presencia de un tema dotado de actualidad, que no debe escapar a la mirada del jurista que se desempeña en el área penal, esté regulado el "actuar por otro" en su legislación patria o no, caso este último que no puede conducir a un desentendimiento de la misma, sobre todo a tenor con el modo en que tanto las modernas instituciones como las "instituciones modernizadas" del Derecho Penal van

literalmente “poblando” las normas sustantivas penales latinoamericanas.

Ello sin obviar que en varios Códigos Penales actuales se ha optado por la fórmula de la actuación en nombre de otro a través de cláusulas especiales que aparecen en delitos particulares, como es el caso de Ecuador; incluso, en algunos de los que incorporan la cláusula general, por ejemplo, en Colombia y Perú, se han mantenido de manera excepcional ciertas disposiciones del actuar por otro en la parte especial. Todo lo cual justifica que en el presente escrito nos propongamos realizar precisiones y apreciaciones, desde el punto de vista teórico-doctrinal y de su regulación positiva, sobre el actuar por otro, al margen de cualquier parcialidad normativa hacia la misma, ya sea como cláusula general, cláusulas especiales, o empleando una forma mixta.

## DESARROLLO

Como es sabido, en los delitos especiales propios la determinación de la autoría depende de que el perpetrador de la acción sea también el obligado por el deber especial cuya infracción es la base de la tipicidad, o lo que es lo mismo, el fundamento de la punibilidad. Dicho de otro modo: la norma que está por detrás del tipo penal de los delitos especiales propios tiene un grupo determinado de destinatarios; por ende, quien no tiene la cualificación legal que lo convierte en destinatario de la norma no puede ser autor (Bacigalupo Zapater, 2005).

Este principio no supone dificultades prácticas de importancia para delitos comunes. Sin embargo, aquellos ilícitos penales que se cometen en el ámbito económico y más concretamente en el empresarial, dada su compleja ejecutoria, demandan una perspectiva de análisis diferente para solucionar situaciones conflictuales que las instituciones tradicionales del Derecho Penal ya no logran abarcar en toda su dimensión.

Precisamente este fue el criterio que determinó la inclusión, en su momento, de la institución relativa a la actuación en nombre de otro en algunos Códigos Penales modernos, aunque con particulares matices de una legislación nacional a otra. Una de las primeras alusiones a este tema se remonta a 1929, año en que se celebró el Congreso Internacional de Derecho Penal, en Bucarest, y en dicho cónclave, aunque tímidamente, se sugirió a los países participantes que introdujeran reformas legales propiciadoras de una agravación del castigo para aquellos que actuaran en representación de una organización.

Los antecedentes normativos concretos de la actuación en nombre de otro en su variante de cláusula general nos conducen al artículo 14 del Código Penal alemán, adelantado en esta materia, y que inspiró de manera directa la inclusión de esta institución, primero en el artículo 12 del Código Penal portugués de 1982, y luego en el Derecho Penal español. En el caso particular de España, el Proyecto de Código Penal de 1980, modificativo del

que databa de 1973, incluía el actuar por otro, pero dicha institución no fue Derecho vigente en dicha nación hasta que se hizo efectiva la reforma, en el año 1983. Así, apareció regulada la actuación en nombre de otro en el artículo 15 *bis* del mencionado cuerpo legal ibérico, comenzando con posterioridad su irradiación a otras legislaciones nacionales, sobre todo de Latinoamérica.

La inclusión de la actuación en nombre de otro en el Código Penal español (CPE) significó, para muchos, una solución parcial al problema de la responsabilidad (o irresponsabilidad) penal de las personas jurídicas (no acogida en ese momento por el Derecho Penal español), trasladándola a sus representantes. Por cierto, esta fórmula primigenia se consideró incompleta, en base a que se limitó a la representación de la persona jurídica y no de la persona natural. También se le reprochó que no se aplicaba a las faltas sino solo a los delitos (Calderón Cerezo & Choclán Montalvo, 2005). Ambos cuestionamientos se resolvieron en la posterior regulación de la actuación en nombre de otro, contenida en el CPE de 1995, específicamente en el artículo 31.

El actuar por otro en el actual CPE es, en puridad, una cláusula de extensión de la autoría, pero referida a un supuesto concreto consistente en que el autor del hecho actúa en nombre o representación de una persona jurídica o física sin la cualificación exigida por el delito especial propio correspondiente. Un aspecto a destacar es que el legislador español agregó a mediante la Ley Orgánica 15 del 2003 un apartado 2 al artículo 31, conforme al cual cuando se impusiera pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, esta última sería responsable del pago de manera directa y solidaria.

En referencia al mencionado apartado 2, se ha planteado que “no se trata en realidad con esta medida de incorporar *“la regla *societas delinquere potest* sino más bien *sujetar los bienes de la persona jurídica al pago de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la actuación delictiva de sus órganos de representación. Se trata de una manifestación del principio aceptado por la doctrina de que cabe imputar inmediatamente a la persona jurídica los efectos jurídicos patrimoniales producidos por la acción del órgano o del representante. La responsabilidad penal de la persona jurídica, para ser propiamente tal, hubiera requerido el establecimiento de una sanción pecuniaria como sanción autónoma a la persona jurídica, como consecuencia de la imputación del hecho punible al órgano, afirmando una especie de ‘culpa por la organización’, pero el legislador de 2003 se ha limitado a disponer la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica para satisfacer la multa impuesta al administrador, privando a la pena de multa en estos casos su carácter personal”* (Calderón Cerezo & Choclán Montalvo, 2005, p. 70)*

Un criterio contrario al anterior esgrime que no se dispuso otra cosa que la responsabilidad patrimonial de la

persona jurídica para satisfacer la multa impuesta a su administrador, desapareciendo en tales casos el carácter personal de la pena de multa, exacerbando aún más la incongruencia de considerar a dichas personas sujetos pasivos de auténticas penas, sin ser reconocidos como sujetos activos del delito: tienen responsabilidades auténticamente penales sin ser “responsables”; *societas delinquere potest et non potest*.

No fue necesario aguardar mucho tiempo para que quedaran dirimidas tales posturas discrepantes, aunque emergieron otras, pues con la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal español de 1995, se ha aseverado que, se da un giro dogmático radical, asumiendo directamente en el Código Penal español la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el propio artículo 31 (Benítez, 2015). En resumen, se mantuvo la cláusula general de la actuación en nombre de otro aunque eliminando de la misma el mencionado apartado 2, y se abandonó el principio por tanto tiempo invocado de *societas delinquere non potest*. Se puede afirmar que en España ahora rige el *societas delinquere potest*, lo que no significa que las divergencias respecto a este tema han terminado.

La “actuación en nombre de otro” ha sido definida como “la realización de una conducta punible descrita en tipo penal de delito especial por el *extraneus* que ha entrado en la misma relación con el bien jurídico respectivo que tiene el *intraneus*, al actuar como representante autorizado o de hecho de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo, o como representante legal o voluntario de una persona natural” (SUAREZ SANCHEZ, 2004, pág. 173). Dicha definición, por su integralidad y grado de concreción, es la que se suscribe en el presente escrito.

Se trata de una disposición que pudiendo establecerse en la parte general o especial del Código penal o en leyes especiales, resulta aplicable a delitos especiales para extender el tipo penal al *extraneus* que realice directamente la conducta descrita en el respectivo tipo como representante del *intraneus*. En síntesis, estamos en presencia de una cláusula de extensión del tipo o de la punibilidad o de una forma de autoría, y se aplica al *extraneus* y no al *intraneus*.

Se ha afirmado, a su vez, que la actuación en nombre de otro persigue estructurar una especie de técnica de imputación para delitos especiales aplicable a aquellos que resulten, casuísticamente, sus verdaderos realizadores, aunque no posean la calidad o cualidad exigida por el tipo penal para el sujeto activo, la cual sí concurre en el representado (persona natural o jurídica). Meini (1999) de manera oportuna aclara que no se está hablando de responsabilidad penal por el “*hecho ajeno*” sino por el “*hecho propio*”. Por ello, no se trata de una responsabilidad por el hecho de un tercero, sino de la responsabilidad penal por el hecho propio cuando se “*actúa para otro*”. (p. 140)

Resumiendo, si se parte de que en los delitos especiales propios la autoría depende de que el autor de la acción sea también el obligado por el deber especial cuya infracción es la base de la punibilidad (Muñoz Conde, 1977), la “actuación en nombre de otro” entonces extiende la responsabilidad penal a los sujetos no cualificados, siempre que hubiesen obrado en representación de la persona física o jurídica que poseyera tal cualificación. De otra manera, el autor del comportamiento no sería punible por carecer de la cualificación para el supuesto de hecho típico, ni como partícipe, pues la persona representada no habría obrado de ninguna manera y toda participación presupone la concurrencia de la acción del partícipe en relación con la del autor Rodríguez Mourullo (1978).

La doctrina se ha ocupado entonces de enarbolar un conjunto de teorías en aras de fundamentar y justificar la extensión de la autoría a través de la aplicación de una cláusula de “actuación en lugar de otro”. Estas posturas teóricas se pueden concentrar en dos grandes grupos, teniendo en cuenta la diferente naturaleza del fundamento que cada uno expone. Los posicionamientos de ambos, no obstante, coinciden en que el basamento de la extensión de la responsabilidad en estos casos ha de encontrarse en el principio de la equivalencia, en el sentido de que la ley castiga a quien obrando en nombre de otro no retiene las condiciones exigidas para ser sujeto activo pero su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto.

En el primer grupo, partiendo de un fundamento formal, aparecen los defensores de la teoría de la representación (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006), quienes se apoyan a su vez en la concepción teórica de los delitos de sujeto especial como delitos de infracción de un deber, considerando que el sustento de la actuación en nombre de otro solo concierne a los delitos de infracción de un deber extrapenal.

Aducen, como elemento cardinal para que pueda presentarse una actuación en lugar de otro, la existencia de un vínculo formal de representación entre representante y representado (Bacigalupo Zapater, 2004). Precisamente hacia tal requerimiento formal se dirigen los principales reproches que la doctrina le endosa a la teoría de la representación, tachándola de reducir el ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro” de tal modo que lo convierten en inoperante ante supuestos de representación fáctica, subapoderamiento, o de actuaciones en lugar de otro en el seno de grupos empresariales (Vinelli & Bellido, 2008).

Las críticas esbozadas precedentemente han conducido a varios autores a sustentar la actuación en nombre de otro mediante un fundamento de tipo material que supere el excesivo formalismo de la teoría de la representación. Así, este posicionamiento doctrinal apunta como criterio decisivo, más que a un determinado status o a la relación

interna entre representante y representado, a la asunción fáctica de las funciones propias de dicho status y a la relación material externa del actuante en lugar de otro con el bien jurídico protegido (Vinelli & Bellido, 2008).

Si bien dentro de esta agrupación dogmática aún se aprecian posturas en cierto modo dispares, donde sobresalen las de Schünemann (2006), y su teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, y Gracia Martín (1986), con su teoría del dominio social, cabe señalar que una comparación a fondo de las mismas no arroja diferencias sustanciales. Más bien, ambos teóricos convienen en un mismo principio inicial, consistente en la necesidad de conformar un juicio de equivalencia entre la conducta del *extraneus* y el sujeto idóneo a partir del fundamento material ya aludido; por añadidura, también coinciden en que la solución del asunto no es otra que la regulación en el derecho positivo de la actuación en nombre de otro.

Habiendo despejado el elemento dogmático principal respecto a la fundamentación de la actuación en nombre de otro, consideramos pertinente referirnos a su posible armonización con la exigencia de responsabilidad penal directa a la persona jurídica en la norma sustantiva penal. Mucho se ha afirmado que en España, por ejemplo, la actuación en nombre de otro fue una necesidad dada la no exigencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica que imperó durante muchos años. De ese modo, al no poder imputar delito alguno al ente colectivo, quien actuara en su nombre cometiendo un delito de sujeto especial sin cualificación alguna, también quedaba impune.

Cabría preguntarse, pues, cómo queda el actuar otro en España ahora que la persona jurídica sí puede responder penalmente. Pues bien, ello no acarrea inconveniente alguno, si nos remitimos a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, la cual plantea que “para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación”.

Similar dualidad se aprecia en otros Códigos Penales latinoamericanos. Incluso, en el anteproyecto de Código Penal argentino de febrero del año 2014, donde se incorporó en el artículo 10 la cláusula de actuar en lugar de otro, se complementa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también incorporada en el anteproyecto, estableciéndose así un sistema de doble imputación cuando se comete un delito a través de una estructura empresarial; habrá sanción para la persona física que actúa en representación y en interés de la persona

jurídica, y sanción para la persona jurídica por la comisión del ilícito.

En síntesis: la cláusula del actuar por otro no riñe con la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pudiendo coexistir con las tesis que defienden esta doctrina y también con las que la niegan. Así lo confirma Meini (1999), al señalar que el hecho de que *“los entes colectivos no sean penalmente responsables no presupone que se tenga que regular el actuar en lugar de otro, presupone simplemente que las personas naturales no podrán ser consideradas como partícipes de las jurídicas, habida cuenta de la accesoriedad de la participación. Por el contrario, las necesidades político-criminales que se toman en cuenta cuando se discute la conveniencia de imponer penas a las personas jurídicas... son totalmente distintas a las que se toman en consideración cuando se discute sobre la conveniencia del actuar en lugar de otro”* (p. 140)

De manera general se plantea la exigencia de que el sujeto “actúe”, lo que significa que ha de realizar la acción correspondiente al tipo delictivo, sin que baste con que el sujeto realice cualquier acción. La utilización de este verbo rector se aprecia, en Latinoamérica, en los Códigos penales de Perú, Colombia, Nicaragua, Bolivia, Paraguay y El Salvador. Supuesto distinto se observa en el de Guatemala, que exige que los sujetos “hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado este”. Honduras, por su parte, menciona a los que “hayan hecho posible la acción u omisión ilícita”.

En el caso de Ecuador se perciben otras particularidades, pues las cláusulas especiales que contienen elementos de la actuación en nombre de otro distinguen, por ejemplo, a los que “han participado” (en la defraudación tributaria, artículo 298), los que “autoricen” (las operaciones, en este caso las operaciones indebidas de seguros, artículo 316) o “suscriban” (los respectivos contratos a nombre de las personas jurídicas, igualmente artículo 316).

Es criterio de buena parte de la doctrina que dicha acción debe corresponder a lo tipificado en delitos especiales propios, no siendo aplicable a delitos de sujeto activo general, tampoco a delitos especiales impropios, porque en estos el sujeto no cualificado puede ser autor. Por ende, la acción que se ejecuta en representación de una persona jurídica o física pero que en sí misma puede ser perpetrada por cualquier persona no requiere recurrir a la fórmula de la actuación en nombre de otro para exigir responsabilidad penal al agente comisario. Por demás, estas cláusulas no persiguen completar la falta de acción típica, sino sólo la falta de condiciones, cualidades o relaciones de quien realiza la acción típica.

Esta idea es ratificada por Díaz y García Conlledo (1991), cuando refiere que el citado artículo 31 del CPE lo único que hace es “transmitir” o suplir en el administrador o representante, que carece de ella, la característica propia

de un delito especial que concurre en la persona jurídica de la que se es administrador o en la persona física en cuyo nombre o representación se actúa. Empero, para que el administrador o representante responda como autor del delito, deberá realizar la conducta propia de la autoría.

De ahí que se recurra a determinadas aclaraciones normativas en las cláusulas de la actuación en nombre de otro para despejar este particular, *V. gr.*, entre otros: Perú: “aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada”; Colombia: “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”; Nicaragua: “aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe”; Bolivia: “siempre que en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre concurren las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente”.

Mención especial en este sentido merece la regulación ecuatoriana. Si se analiza el artículo 298 (delito de Defraudación Tributaria), por ejemplo, no se observa que en principio se trate de un delito de sujeto especial, sin embargo, el legislador, luego de describir un total de 19 formas de comisión del ilícito, entendió pertinente incluir una especie de disposición genérica para el tipo donde, por lo menos, aclara que “Las personas que ejercen control sobre la persona jurídica o que presten sus servicios como empleadas, trabajadoras o profesionales, serán responsables como autoras si han participado en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica, aunque no hayan actuado con mandato alguno”. ¿Podría afirmarse tajantemente que no admite este supuesto la actuación en nombre de otro?

En nuestro criterio no se puede ser absoluto en ello. El párrafo que antecede al que traemos a colación sanciona a la persona jurídica que incurra en el delito en cuestión. A continuación, como ya se explicitó, se dispone el tratamiento jurídico penal de las personas naturales que actuaron en pos de que la persona jurídica para la cual laboran pudiera consumir la defraudación. Alguien pudiera alegar que es innecesaria tal disposición por cuanto el delito puede ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, en el caso de que sea imputada una persona jurídica, no es para nada ocioso, sino más bien necesario, esclarecer lo que sucederá con las personas naturales que actuaron de manera objetiva para ese ente colectivo. La persona jurídica respondería por alguno de los 19 supuestos ya referidos, es decir, técnicamente la que defrauda es la persona jurídica, en su propio beneficio, entonces, ¿cómo y

por qué supuesto imputar a la persona natural que colocó a la persona jurídica en tal transgresión penal? Se trata, ni más ni menos, de una posible laguna de punibilidad que es preciso evitar. Por tanto, estamos en presencia de una peculiar forma de la actuación en nombre de otro donde el delito base no es de sujeto especial.

Pasando a otro punto, cuando se sustancia la acción típica como elemento de la actuación en nombre de otro, mucho se ha enfatizado en el hecho de que quien responde penalmente lo haga a partir de una acción concreta y no por la ostentación de un cargo. Es decir, el sujeto en cuestión debe haber realizado materialmente el hecho que se le imputa, ya que de no ser así se le estaría sosteniendo la imputación penal sólo por ostentar el cargo de directivo o representante. Esto garantiza, tal como expresa Chiara Díaz (2004), la vigencia del Derecho Penal de actos y no de autores, con responsabilidad individual y no objetiva o de resultado.

Uno de los logros del Derecho Penal liberal es precisamente la exclusión de la responsabilidad objetiva y el imperio del principio de legalidad. La única manera de poder excluir una responsabilidad penal por la simple vinculación causal con el resultado es a través de una delimitación precisa de las conductas lesivas de un bien jurídico que merecen ser sancionadas. Es por ello que el tipo penal excluye la responsabilidad penal objetiva al exigir dolo o culpa, y además delimita las conductas lesivas al bien jurídico que se sancionan penalmente.

En este orden de ideas, Rodríguez Estévez (2000), plantea la posibilidad de que quien aparezca investido de las formalidades legales para ser sujeto pasivo de persecución penal en orden a delitos especiales no haya intervenido en los hechos delictivos, con lo cual no debe entenderse la nómina de posibles sujetos activos seleccionados por el legislador como una modalidad de responsabilidad objetiva o por ostentación del cargo, ajena a nuestros sistemas constitucionales de responsabilidad penal.

Es así que la ejecución de los hechos debe estar a cargo de quienes tienen capacidad para la conducción o representación de la persona privada ideal, siempre que hubieran intervenido en el hecho punible, lo cual presupone su actuación con dolo directo. Resulta razonable, sigue diciendo Chiara Díaz (2004), que sean las personas físicas que enumera la norma las que reciban la pena de prisión correspondiente, dado que la función que ejercen (conducción y representación de la persona jurídica) les permite cometer los ilícitos en nombre y beneficio de ella.

Ahora bien, lo que en apariencia resulta bien simple pudiera en la práctica adquirir cierta complejidad, a criterio de Suárez Sánchez (2004). Este autor no pone reparos al hecho de que el representante de la persona jurídica o natural sólo responderá como autor si “realiza la conducta punible”, pero admite entonces la posibilidad de que aparezcan tanto la autoría mediata como la coautoría.

Con respecto a la primera, según el autor bien puede ocurrir que quien actúa por otro utilice a su vez a un tercero como instrumento para realizar el delito; en la segunda variante, plantea el supuesto de que quienes actúan por otro sean los integrantes de la representación colectiva de una sociedad y realicen el hecho con acuerdo común y división del trabajo, además de hacer aportes importantes, caso en el cual los representantes tienen el dominio funcional del hecho, por tanto, serían coautores en el actuar por otro.

Si el elemento de la acción típica en materia de la actuación en nombre de otro revela apreciables niveles de conflictividad, resulta que la definición del *extraneus*, es decir, del o los destinatarios del actuar por otro, origina también no pocos criterios opuestos. Un breve repaso a los Códigos Penales de España y otros países latinoamericanos que regulan esta institución nos situará ante un enrevesado panorama.

Comencemos por el CPE, en cuyo artículo 31 se alude al administrador de hecho y también al de derecho, esto en el caso del *extraneus* vinculado a la persona jurídica; para la persona natural se menciona a quien actúe a nombre o representación, legal o voluntaria. Similar fórmula utilizó el Código Penal boliviano en su artículo 13 *ter*; también el nicaragüense, en el artículo 45, aunque agregando a esta fórmula al directivo, con lo cual ya se comienza a diversificar el círculo de *extraneus*. El Salvador, por su parte, incluye en su artículo 38, al igual que Nicaragua, al directivo, y mantiene al administrador, aunque no especifica de qué tipo, dando lugar a la siempre peligrosa presunción de que comprende tanto al de hecho como al de derecho.

En el caso de Perú, el artículo 27, que no admite la actuación en nombre de persona natural sino solo de persona jurídica, exige que el *extraneus* sea miembro u órgano de representación autorizado (esto es de derecho) de una persona jurídica, así como socio o representante autorizado de una sociedad. Nótese cómo la vinculación del *extraneus* con el *intraneus* debe estar revestida de formalidad legal, no admitiéndose en ningún caso la representación de hecho, motivo de reprobación por parte de Castillo Alva (1999), al considerar que la redacción de la institución del actuar en lugar de otro en Perú padece de mucho formalismo, no permitiendo la aplicación de los delitos por organización, lo cual en vez de dar soluciones, genera más problemas. En el caso de Colombia, con una fórmula bastante similar a la de Perú, sí acepta en su artículo 29 apartado 3 la representación de hecho.

Dos ejemplos diametralmente opuestos son los que presentan Honduras y Paraguay. El país centroamericano, en el artículo 34-A de su ley penal sustantiva, reduce al *extraneus* única y exclusivamente a los representantes legales de la persona jurídica (no admite la actuación en nombre de una persona natural). Mientras que en el artículo 16 del Código penal paraguayo se admite en primera instancia

al representante de una persona jurídica o miembro de sus órganos, el socio apoderado de una sociedad de personas, también el representante legal de otro; sin embargo, más adelante, el apartado 2 amplía el diapasón de *extraneus* a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido: nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, siempre que haya actuado en base a tal encargo o mandato. Haciendo un paréntesis, resulta interesante cómo el apartado 3 extiende la exigencia de responsabilidad penal a quien cumpla mandato otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública.

Continuando esta descripción de la variedad de *extraneus* en los distintos Códigos penales iberoamericanos que admiten la actuación en nombre de otro, pasamos al de Guatemala, en cuyo artículo 38 se plantea que en lo relativo a personas jurídicas se tendrán como responsables, además de las recurrentes figuras de administradores y representantes, a directores, gerentes, ejecutivos, funcionarios e incluso empleados. Se advierte con preocupación el riesgoso ensanchamiento de los posibles *extraneus* en esta legislación penal centroamericana.

Pasando al examen de una norma penal que establece el actuar por otro en cláusulas especiales, se observa que en Ecuador aparece, al igual que en Guatemala, un sinnúmero de *extraneus*. Por citar un ejemplo, en el delito de Defraudaciones Tributarias (art. 298), si bien como ya aclaramos no es propiamente de sujeto especial, aparece la mención a quienes “ejercen control” sobre las personas jurídicas, ampliándose a seguido y separado por conjunción a quienes presten sus servicios como empleados, trabajadores o profesionales, aunque no hayan actuado con mandato alguno. Otro tanto ocurre con el delito de Defraudaciones Bursátiles (art. 313), en cuyo apartado 2 se extiende la responsabilidad a los administradores “y demás personas” que actúen a nombre de las sociedades que en estado de quiebra emiten o negocian valores de oferta pública.

Interesante lo que se estipula en el delito de Operaciones Indevidas de Seguros (art. 316), siendo responsables los administradores que autoricen las operaciones, pero también quienes (sin distinción) a nombre de las personas jurídicas en cuestión suscriban los respectivos contratos. Otro tipo penal con *extraneus* abierto o extendido en el Código penal ecuatoriano es el relativo al Descuento Indevido de Valores (art. 326), por el cual podrán responder penalmente no solo las personas que actúen como directoras o administradoras, sino también cualquier empleado, por supuesto, si se cumplimenta la acción típica, en este caso la autorización de los descuentos o recortes que previamente en dicha figura delictiva se describen.

Dos dificultades esenciales nos devela esta breve revisión: la primera tiene que ver con la amplísima variedad de *extraneus* que se establecen, no ya de una legislación penal a otra, sino dentro de una misma, lo cual puede catalogarse de arriesgado, sobre todo si relacionamos esta heterogeneidad con la segunda problemática que se nos revela: en todos los casos los denominativos de *extraneus* no son otra cosa que elementos o conceptos normativos a los que se debe llenar de contenido, con lo cual queda, pues, garantizado el conflicto interpretativo.

Corresponderá entonces establecer en cada ordenamiento penal nacional el significado de administrador (de hecho, de derecho o administrador en sentido general), representante, órgano, directivo, ejecutivo, empleados, funcionarios, trabajadores, profesionales, “personas que ejercen control”, entre otros. Algunos de estos términos resultan *prima facie* bastante pacíficos en su conceptualización, pero no cabe duda que otros de los aquí expuestos provocan más de una discusión teórica y práctica.

En el presente trabajo solo nos referiremos, dada su recurrencia en varias normas penales sustantivas, a la definición de administrador, tanto de hecho como de derecho. En tal sentido existe bastante consenso en cuanto al reconocimiento del órgano administrador como uno de los principales en toda sociedad mercantil. El órgano de administración puede estar conformado por un único administrador o basado en un sistema colegiado, por ejemplo, un Consejo de Administración, y aunque es incuestionable la presencia del administrador de derecho en el funcionamiento de la empresa moderna, también puede aparecer la actuación del denominado administrador de hecho, de ahí la conveniencia de delimitarlos. Puede conjeturarse que navegaremos en aguas tranquilas, sin embargo, la reiteración como concepto normativo en varias leyes penales y también no penales, como la civil y la mercantil, no significa en modo alguno que su definición sea tarea sencilla. Todo lo contrario, esta suscita varias cuestiones polémicas, sobre todo en lo que concierne al administrador de hecho.

Un análisis pormenorizado del asunto lo ofrece Nieto Martín (2002), quien en primer lugar aclara que no es lo mismo hablar de administrador de hecho y de derecho en la actuación en nombre de otro que en los delitos societarios. En el marco de las actuaciones en nombre de otro designan la posición de aquellas personas naturales que pasan a ocupar la posición de *intraneus*, cuando la cualidad requerida por el tipo recaía sobre una persona jurídica. En el caso de los delitos societarios señalan simplemente los sujetos activos de estos delitos.

Uno de los puntos sobre el que gira el debate en torno a la definición de los administradores de derecho y de hecho, según el propio Nieto Martín (2002), radica en decidir si el significado de estos términos debe ser el mismo que el que ya poseen en el derecho de sociedades o, por el contrario, deben ser interpretados autónomamente

a la luz del Derecho penal. La opción tiene importancia práctica sobre todo en lo que concierne al administrador de hecho, pues este término se interpreta de modo muy estricto en el derecho privado, con lo cual serían escasos los supuestos de administradores de hecho. La doctrina mayoritaria se sitúa en un término medio: interpreta el concepto de administrador de derecho siguiendo las pautas del derecho privado y por el contrario realiza una interpretación fáctica, autónoma, del concepto de administrador de hecho.

En principio, se plantea que administradores de derecho serán aquellos que determine la legislación mercantil. No obstante, esta escueta definición luego es ampliada para definirlos como los encargados de ejecutar las decisiones de la junta general (o del consejo de administración que en la práctica ha dejado de ser el órgano de administración para ser un órgano que marca líneas de actuación o fiscalización de las actuaciones de los administradores reales), así como de adoptar las decisiones cotidianas necesarias para el correcto funcionamiento social. Abarcaría al propio consejo de administración, a la comisión ejecutiva, a los administradores únicos, solidarios, mancomunados, consejero delegado, etc., siempre que sean formalmente miembros del órgano de administración por delegación interna.

Los administradores de derecho serían, pues, para la opinión dominante, únicamente aquellas personas que de acuerdo con el derecho de sociedades pueden designarse como administradores y cuya función es representar y gestionar a la entidad. Se plantea que igualmente habrán de considerarse administradores de derecho a los administradores que: a) han sido nombrados por la sociedad y han aceptado el cargo, pero no han sido inscritos aún en el Registro mercantil; b) ejercen el cargo sin haberlo aceptado expresamente; y c) siguen ejerciendo su cargo pese a que ya ha concluido su tiempo de mandato. Aunque sobre esto último no existe unanimidad, como se verá más adelante.

Mayores dificultades ofrece el análisis sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, pues si bien desde el punto de vista estrictamente mercantil administrador de hecho puede ser “quien aparenta serlo de derecho”, resulta evidente que la ley penal en este asunto no debe quedar constreñida al dictado de las normas mercantiles. En tal sentido, y en un análisis más holístico, Faraldo Cabana (2000), parte de la idea de que administrar es gobernar o dirigir, por consiguiente, administrador de hecho es el que gobierna o dirige, sin necesidad de que tales competencias sean globales, siendo suficiente con que lo sean simplemente sectoriales. De esta forma, administrador de hecho sería cualquier persona que, vinculado a la sociedad de alguna manera, tuviese capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes, globales o parciales, sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa. Se trata, en definitiva, de quien ejerza el efectivo

dominio social, aunque sea en áreas concretas. A criterio de Gómez Tomillo (2016), sería indiferente si aparece frente a terceros como administrador o si, por el contrario, se limita a ejercer efectivamente tal función en la sombra (administrador oculto).

Un trascendental aporte a la comprensión del administrador de hecho es el que ofrece Nieto Martín (2002), al considerar que la existencia de un administrador fáctico depende de una serie de requisitos que tienen un carácter general y de otros que dependen de la concreta figura delictiva sobre la que esta construcción desee proyectarse. Establece como cláusulas generales las siguientes: a) Poseer un ámbito de decisión autónomo en un sector de la actividad de la empresa, o dicho de otro modo: haber asumido de modo real las funciones de gestión que caracterizan a todo administrador; b) Internamente la sociedad debe reconocerle o al menos tolerarle el que ejerza las funciones asumidas.

En cuanto a la primera exigencia, acota que llevará implícito generalmente el ejercitar esta función de modo permanente, lo que no significa que el administrador fáctico necesariamente debe haber asumido un número de competencias de gestión similar a la que tiene el administrador de derecho, pues incluso entre los administradores de derecho no todos tienen igual poder dentro de la empresa. Lo relevante es la asunción de la función en el sector en el que después se realizará el hecho delictivo en concreto. Es totalmente posible que el administrador fáctico además comparta su poder con otros administradores de hecho o de derecho.

Por su parte, en relación a la segunda, asegura que la cuestión relativa a si existe un reconocimiento suficiente puede variar caso a caso. De este modo, si la administración fáctica se produce en las altas esferas de la sociedad no es necesario, por ejemplo, que los empleados conozcan este hecho, sino que es suficiente con que personas relevantes conozcan y toleren la administración fáctica. En general podría decirse que basta con que exista el reconocimiento o la tolerancia para que efectivamente pueda realizarse correctamente el “poder” asumido.

Sin embargo, el propio autor concuerda con un tercer requisito general que defiende un sector de la doctrina, consistente en que la existencia de un administrador fáctico precisaría, además del ya aludido reconocimiento interno, el ser reconocido (o tolerado) como persona con capacidad de decisión en la empresa *ad extra*, es decir, en el tráfico jurídico externo de la empresa. La principal consecuencia práctica que se deriva de esta posición es que no sería nunca administrador fáctico el conocido como “administrador oculto”, persona que realmente domina la empresa pero que lo hace a través de testaferros u “hombres de paja”, en cuanto que precisamente lo que pretende es que no se sepa que ejerce tal actividad.

Por tal razón el autor no considera conveniente desde un punto de vista político-criminal dejar al administrador oculto desde el primer momento fuera del concepto de administrador de hecho, postura que suscribimos, concordando en que dicha exclusión tampoco está justificada dogmáticamente pues lo que interesa es solo si el grado de relación del administrador de hecho con el bien jurídico es equivalente al que posee el administrador de derecho. En este sentido retomamos el criterio de Gómez Tomillo ya anteriormente expuesto.

Finaliza sus observaciones Nieto Martín conduciéndonos a un aspecto básico para entender el concepto de administrador de hecho: los contornos de esta figura no pueden determinarse de forma autónoma al tipo penal en que se piensa aplicar, o lo que es lo mismo: no existe un único concepto de administrador de hecho, sino que su extensión varía dependiendo de la concreta figura punitiva ante la que nos encontremos. De ahí que existan delitos en los que los casos de autoría mediante administración fáctica son muy numerosos mientras que en otros son prácticamente inexistentes.

Consideramos productivo, en este punto, traer a colación elementos jurisprudenciales que permitan aportar mayor claridad a estas definiciones en torno a los administradores de derecho y de hecho. No hemos encontrado en este sentido una resolución judicial más esclarecedora que la Sentencia del Tribunal Supremo español número 59 del 26 de enero de 2007. Sirva su contenido para complementar los análisis que hasta el momento hemos venido realizando: *“El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil”*.

Por último, volviendo sobre el elemento normativo que cubre a estas categorías, como ya afirmamos, no resulta nada pacífica su delimitación. Tal es así que Díaz y García Conlledo (1996), critica la exclusividad de la fórmula legal “administrador de hecho o de derecho”, planteando que, aunque seguramente se pensó que la mención expresa del carácter de hecho o de derecho conducía a un concepto amplio (material o funcional) de administrador, se olvida que, además de la de administrador, hay otras diversas posiciones que permiten actuar en nombre o representación de la persona jurídica.

Una solución sería decir que las personas que ostentan estas posiciones y realizan la acción propia de un delito sin concurrir en ellos los requisitos especiales exigidos por el correspondiente tipo actúan en definitiva “en nombre o representación legal o voluntaria de otro” (la persona jurídica), si bien es cierto que esta interpretación, aunque posible, resulta forzada, pues no permite comprender muy bien la anterior mención a las personas jurídicas, si ya basta con el segundo inciso. Otra posibilidad sería dar un contenido amplísimo al término “administrador”.

También se ha dicho que ante una enumeración taxativa de quienes pueden ser condenados, si se diera el caso que quien actúa en representación y en interés de la persona jurídica fuera alguien con un cargo que no es de los que figura en esa enumeración taxativa, nos encontraríamos ante una nueva laguna de punibilidad, ya que no se podría condenar a quien ostenta un cargo en la empresa que no sea de los indicados en la norma. Problema que se solventaría con la utilización de los términos “directivo u órgano...”, ya que de esta forma no importa el nombre que se le atribuya al cargo del representante de la empresa, sino que lo importante será que actúe como directivo u órgano de la empresa.

En definitiva, de cualquier manera nos situaríamos una vez más ante la eterna disyuntiva entre la amplia o la escasa taxatividad y la utilización de elementos o conceptos normativos, a lo cual hicimos mención en la introducción de este trabajo. Lo que sí queda claro hasta aquí es que sólo los conceptos de administrador de hecho y de derecho originan suficiente conflictividad a la hora de interpretarlos y aplicarlos a la vida práctica. Quedarían entonces pendientes para abordajes futuros de este tema los restantes calificativos utilizados para delimitar los *extraneus* de la actuación en nombre de otro, así como el juicio sobre su pertinencia.

No cabe duda que la representación juega un papel primordial dentro del actuar en lugar de otro, el cual resalta la relación interna y formal del administrador con la persona jurídica; sin esta relación entre el *intraneus* y el *extraneus* no podría aplicarse la institución del actuar en lugar de otro, ya que el *extraneus* asume las obligaciones a través de una relación de representación, siendo ella la que demarca su ámbito de actuación.

Para que la institución de la actuación en nombre de otro surta los efectos esperados sus formulaciones normativas deben efectivamente extender la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial propio a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica que poseyera dicha cualificación. La representación, por tanto, convierte al representante en destinatario de las normas especiales que incumben a la persona jurídica representada (Bacigalupo Zapater, 2005).

La representación así analizada se denomina teoría de la representación, la cual, como se sustanció *up supra*, ha sido blanco de reiteradas críticas; así, un órgano que no hubiese realizado el acto jurídico de representación de acuerdo a los requisitos establecidos por ley, por más que defraudara expectativas normativas, no podría ser sancionado por no ser “verdaderamente” órgano representante, el cual no permitiría una imputación en base a los delitos por organización (delitos de dominio).

Lo que no ocurriría en el caso de los delitos por infracción de deber, pues para la transferencia de los deberes especiales se necesita de una relación jurídica de representación, el cual por supuesto no transfiere la expectativa, sino el deber. Críticas a esta relación de representación formal nacen, tal como ya se explicitó, del hecho que la institución del actuar en lugar de otro nació para no dejar impunes conductas que carecían de algún elemento formal.

Ahora bien, las cláusulas de la actuación en nombre de otro contenidas en los distintos ordenamientos penales, aún con sus evidentes diferencias, poseen la similitud de que se refieren simple y sencillamente a figuras jurídicas que a su vez tienen en común el carácter de representantes, es decir, de personas naturales poseedoras de la posibilidad de realizar negocios y actos jurídicos en general imputables a una persona jurídica o física.

Bacigalupo (2005), acota que con la distinción que realiza el CPE entre administradores y representantes (lo que se puede adaptar a las distinciones que cada ley penal sustantiva nacional de las analizadas en este trabajo realiza respecto a los destinatarios de las disposiciones particulares de la actuación en nombre de otro, dígase directivos, socios, funcionarios, etc.) se hace referencia a la fuente de poder de representación que compete a cada uno.

Señala el autor que mientras el poder de representación, en el caso de los directivos u órganos, proviene de los estatutos, del contrato social, del instrumento legislativo que haya creado a la persona jurídica, etc., en el caso del representante legal o voluntario se trata de un poder de representación proveniente de un contrato de mandato específico. La categoría de los representantes alcanza también a los que representan a un órgano de la persona jurídica. En estos supuestos no estamos ante la representación de otro (una persona natural, la del órgano), sino ante un traslado de poderes de representación de la persona jurídica.

Como elemento indispensable, consideramos pertinente describir la exhaustiva argumentación de García Cervero (2003), para quien la regulación del actuar en lugar de otro exige que los destinatarios de la norma, ya sea el órgano de representación, el socio representante, entre otros, actúen como tales. La discusión doctrinal se centra entonces para el autor en la determinación de cuándo

se entiende que ha actuado como representante de la persona jurídica.

En disputa se encuentran, a su criterio, la llamada teoría de los intereses y la teoría de la función. La teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación pero siempre en interés de su representado. Estos intereses deben precisarse en base a criterios puramente económicos, de manera tal que no resulta relevante si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse que actúa en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante.

La teoría de la función entiende, por su parte, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente. Tampoco aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representante. Solamente en caso de que el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona, podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación.

Para resolver la disputa entre la teoría de los intereses y la teoría de la función, afirma García Caveró (2003), que debe optarse por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. Para ello, se inclina por una teoría de la función que incluye dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado. Esta relación funcional se pierde, criterio que suscribimos, cuando el representante abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado, de manera que en estos casos responderá de manera directa por el perjuicio patrimonial producido (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

Pasando a otro elemento, en cuanto a la definición de representante legal, esta no supone grandes discusiones. Se trata de la persona que realiza funciones de gestión y administración con poder otorgado por ministerio de la ley o por designación del representado. El representante voluntario, por su parte, se caracteriza por recibir su poder de otra persona física y tiene como base fundamentalmente el mandato. En este sentido para la exigencia de responsabilidad no será, sin embargo, suficiente, un

poder general como los que tienen los procuradores o apoderados generales. Como ejemplo de representación voluntaria se suele citar al comisionista, el factor y el dependiente, etc. En este sentido, un sector de la doctrina alemana había repudiado la inclusión de la representación voluntaria porque implicaría una excesiva ampliación de la punibilidad, sobre todo, en el Derecho Penal Especial (Bacigalupo Zapater, 2004).

La actuación en nombre de otro es aplicable sólo frente a aquellos delitos en que se exijan "condiciones, cualidades o relaciones" en el sujeto activo. Según la doctrina dominante con estas expresiones la ley se quiere referir a los elementos objetivos de la autoría (Gracia Martín, 1986; Bacigalupo Zapater, 2004). No entrarían aquí en consideración, por tanto, los elementos del dolo o los elementos subjetivos de lo injusto.

Para Bacigalupo, deben considerarse incluidos aquí los siguientes elementos: 1. Los que provienen de relaciones jurídicas patrimoniales como deudor, obligación de entregar o devolver de la apropiación indebida, acreedor de la realización arbitraria del propio derecho. 2. Los que son consecuencia de una relación como el administrador. 3. Los que son consecuencia de una posición procesal como quebrado o concursado. 4. Los que son consecuencia de una función social a la que incumben especiales deberes de cuidado, como productor, distribuidor o comerciante. 5. Los que son consecuencia de obligaciones específicas del comercio, como la obligación de llevar libros o el prestamista o librador. 6. Los que son consecuencia de obligaciones fiscales como deudor tributario.

Aunque, como ya hemos referido, a veces se sostiene que esta solución adoptada por el legislador tiene la finalidad de cubrir lagunas de impunidad producidas por la negación de la capacidad de acción y de la capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas, lo cierto es que la tipificación actual de la actuación en nombre de otro en la inmensa mayoría de los ordenamientos penales que la acogen no se refiere realmente a este tema. Se trata simplemente de la representación en delitos especiales propios. Por lo tanto, como ya se explicitó, no es posible afirmar que estas cláusulas sirvan para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que el representante continúa respondiendo personalmente (Zugaldía, 1992; Bacigalupo Zapater, 2004).

Por último, vale destacar el hecho de que algunas legislaciones penales contengan la observación relativa a la no obligatoriedad de que el acto jurídico determinante de la representación o el mandato sea eficaz. Así ocurre, por ejemplo, con la regulación de esta institución en el Código penal de Paraguay, el que incluye un apartado 4 donde se establece: "Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato".

En Ecuador, el ya referido artículo 298, relativo al delito de Defraudación Tributaria, que extiende la responsabilidad penal a quienes ejercen control sobre la persona jurídica, o a quienes presten sus servicios como empleados, trabajadores o profesionales, y participen en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica, realiza una aclaración importante al final: “aunque no hayan actuado con mandato alguno”.

Por su parte, ya hicimos mención del el anteproyecto de Código Penal argentino de febrero del año 2014, en cuyo artículo 10 se establece la actuación en nombre de otro. Esta propuesta incluye un apartado que expresamente dispone: “Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz”. En la Exposición de Motivos, al hacerse referencia a este acápite, se argumenta: “El segundo inciso cubre la hipótesis de elusión de la tipicidad alegando la nulidad o ineficacia del mandato. Cabe aclarar que aquí no se procura la responsabilidad del mandante, al que no se podría muchas veces imputar la conducta de un mandatario que no es tal, sino la del mandatario o supuesto mandatario”.

En el caso de Colombia, entendemos que al disponerse la actuación en nombre de un ente colectivo que no sea reconocido como persona jurídica propiamente dicha, también se asume la posibilidad de que el acto de representación sea ineficaz, puesto que no existe representación real de un ente colectivo que no posee el atributo fundamental, que lo constituye precisamente la personalidad jurídica.

## CONCLUSIONES

No cabe la menor duda de que la actuación por otro es una institución que ha llegado para quedarse, aún con su enorme carga polémica, en los Códigos Penales modernos. Asumiendo variadas formas de materialización normativa, sin un claro consenso en prácticamente ninguno de sus elementos conformadores, con seguidores y detractores, avivando la controversia dogmática.

Quienes la detractan, lo hacen sin medias tintas, tildándola de innecesaria e ineficaz. Por el contrario, aquellos que la defienden intentan hacer valer su importancia en el contexto del Derecho penal actual, asumiéndola como fórmula apropiada para resolver un importante problema de imputación. Sin embargo, quedan sobre el tintero algunas interrogantes que deberán inspirar nuevas indagaciones sobre el tema, a fin de dar respuesta a determinados aspectos que aún no alcanza a resolver esta institución, al menos de la forma en que se regula en las leyes penales sustantivas donde aparece.

Una de las cuestiones que quedarán pendientes es la relativa a la factibilidad o no de la permanencia de esta institución en cláusulas especiales, solución que a todas luces no ha sido totalmente efectiva, dado que aun cuando los vacíos de punibilidad se salvan para algunos delitos,

también se presume su permanencia en aquellos que no contienen la cláusula de extensión.

Otro aspecto que merece profundización, y que nos llega de la mano de Bacigalupo, quedará como ejemplo final en aras de motivar al lector para futuras incursiones en el tema: como bien resulta conocido, la cuestión de si el partícipe no cualificado en cualquier delito especial propio es punible en general, o si es punible según el mismo marco sancionador que el autor es, de antemano, ampliamente debatida. Entonces, la circunstancia de que en estos casos de actuación por otro el representante carezca de la cualificación exigida para la autoría, presenta el problema paralelo de si la pena del representante no cualificado debe igualar a la del autor (cualificado) o si, por el contrario, debería ser atenuada. Por consiguiente, la introducción de la fórmula del actuar por otro resuelve sólo una parte del dilema: declara la punibilidad del órgano o representante, pero no despeja todas las dudas respecto a “cómo” debe responder.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo Zapater, E. (2004). *Derecho penal. Parte General*. ARA Editores.
- Bacigalupo Zapater, E. (2005). *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons.
- Benítez, I. (2015). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo. En, Colectivo de autores, *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*. (pp. 259-291). UNIJURIS.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Trotta.
- Calderón Cerezo, A., & Choclán Montalvo, J. A. (2005). *Código Penal comentado*. Ediciones Deusto.
- Castillo Alva, J. L. (1999). El actuar en lugar de otro: Responsabilidad Penal de los órganos representantes y socios representantes de una Persona Jurídica. Caso peruano. *Normas Legales*, (279).
- Chiara Díaz, C. A. (2004). *Derecho penal de los negocios*. Astrea.
- Colectivo de Autores. (2007). *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*. La Ley.
- Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho penal*. PPU.
- Díaz y García Conlledo, M. (1996). Autoría y participación. *Diario la Ley*.

- Faraldo Cabana, P. (2000). *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Tirant lo Blanch.
- García Cavero, P. (2003). *Derecho Penal Económico Parte General*. ARA Editores.
- Gómez Tomillo, M. (2016). Programas de cumplimiento y política criminal. En, S. Bacigalupo, *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. (pp. 103-124). Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Gracia Martín, L. (1986). El actuar en lugar de otro. En, L. Gracia Martín, & U. D. Zaragoza (Ed.), *Derecho Penal* (Vol. Volumen II). Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Meini Méndez, I. (1999). El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano. *Nuevo Foro Penal*, (62).
- Muñoz Conde, F. (1977). La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles. *Cuadernos de Política Criminal*, (3).
- Nieto Martín, A. (2002). *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2autoria-y-participacion-en-el-derecho-penal-economico-adan-nieto.pdf>
- Rodríguez Estévez, J. M. (2000). *El derecho penal en la actividad económica*. Ábaco.
- Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Civitas.
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa.
- Suárez Sánchez, A. (2004). La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 171-196.
- Vera Toste, Y. (2015). *Autoría y participación*. UNIJURIS.
- Vinelli, R., & Bellido, N. (2008). Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas: Consideraciones sobre la cláusula del. *Ius et veritas*, (36), 524-541.
- Zugaldía, J. M. (1992). *La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho europeo actual*. Civitas.