

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 16



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

EL ART. 27 DEL CÓDIGO PENAL: EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN DERECHO PENAL*

PERCY GARCÍA CAVERO

I. Introducción. II. La justificación político-criminal del actuar en lugar de otro. III. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. IV. Ámbito de aplicación del actuar en lugar de otro: los delitos especiales. 1. Los delitos especiales en sentido amplio: los delitos de dominio. A. La relación de representación. a. Órgano de representación autorizado de una persona jurídica. b. Socio representante autorizado de una sociedad. B. «Actuar» como órgano de representación o como socio representante. C. La realización del tipo penal. D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada. 2. Los delitos especiales en sentido estricto: los delitos de infracción de un deber. V. Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro. VI. Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro.

I. INTRODUCCIÓN

En la exposición de motivos del CP peruano de 1991, uno de los pocos aspectos que resalta en la parte referida a la autoría y participación es la inclusión del art. 27, en el que se regula el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro. Hasta

* Este artículo ha podido ser elaborado gracias a la beca de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt para una estancia de investigación en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn, bajo la dirección del Profesor Urs Kindhäuser.

antes de que entrara en vigencia este código, no existía una cláusula general que regulase el actuar en lugar de otro en la legislación penal peruana.¹ El CP de 1924 contenía, en el mejor de los casos, tipos penales en la parte especial que atribuían directamente la responsabilidad penal a los representantes o administradores de las personas jurídicas.² Esto explica por qué a partir de la incorporación del art. 27 se han efectuado en la doctrina penal nacional estudios dirigidos a precisar el instituto del actuar en lugar de otro y las particularidades de la regulación positiva³. El objetivo de este trabajo es contribuir a esta tarea interpretativa. Sin embargo, conviene señalar que la doctrina penal alemana y la española se ocupan del actuar en lugar de otro desde hace mucho tiempo.

II. LA JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

La doctrina penal contemporánea reconoce, prácticamente, de manera unánime que el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas, como naturales⁴. Incluso, algunos autores amplían su ámbito de aplicación a sujetos que actúan de facto en el lugar

1 *Vid.* en este sentido, PEÑA CABRERA, 1994: 286; VILLAVICENCIO TERREROS, 1990: 114; CASTILLO ALVA, 1999: A-61; MEINI MÉNDEZ, 2001: 128.

2 Así fue el caso de los delitos de falsos informes sociales del art. 248 y la llamada quiebra impropia del art. 254 (sobre esto especialmente, BENITES SÁNCHEZ, 1952: 263; BRAMONT ARIAS, 1978: 274; GARCÍA RADA, 1985: 143 ss.; MONTOYA MANFREDI, 1977: 165 ss.; EZAINÉ CHÁVEZ, 1989: 1145. Esta regulación excepcional estuvo presente también en algunas leyes especiales, así, por ejemplo, la Ley 16185 que sancionaba el delito de contrabando establecía en su art. 9 que en caso de que el delito se cometiera en el ejercicio de las actividades de la persona jurídica, las sanciones penales recaerían en forma personal sobre los ejecutores directos o indirectos de los delitos (es decir, personas naturales), en tanto que la persona jurídica sería sancionada con la cancelación en los registros públicos de su personería jurídica.

3 *Vid.* así los trabajos de CASTILLO ALVA, 1999: A-61 ss.; MEINI MÉNDEZ, 1996: 199 ss.; el mismo, 2001: 127 ss.; MAZUELOS COELLO, 2001: 173 ss.

4 Una afirmación que viene desde hace mucho en la doctrina penal alemana [*Vid.*, por ejemplo, BRUNS, 1954: 14; GALLAS, 1968: 21], y que es destacada permanentemente por GRACIA MARTÍN, 1985: 20, 26. Del mismo modo, en el Derecho penal español Bacigalupo, 1985: 317, 324 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, 1984: 28. En el Perú, MEINI MÉNDEZ, 1999a: 96. Por esta razón, la figura del actuar en lugar de otro se ha ampliado a situaciones en las que la asunción de posiciones o transferencias de deberes provenientes de una especial situación jurídica no viene impuesta por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación. *Vid.* en este sentido, GRACIA MARTÍN, 1985: 20 ss.

de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)⁵.

No obstante, la razón histórica (político-criminal) del desarrollo de este instituto jurídico-penal es un tanto más limitada. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes⁶. El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica se uniera un respeto estricto del principio de legalidad en la administración de justicia penal llevó a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por los órganos o representantes de esta⁷. En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban del todo en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma⁸: mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida⁹. Sucedió que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente¹⁰.

Esta situación de impunidad llevó a que los legisladores en los distintos ordenamientos penales establecieran mecanismos para colmar los mencionados vacíos de punibilidad. Concretamente, cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos tipos penales a los administradores de las sociedades (así, en nuestro país, por ejemplo, la llamada quiebra impropia del art. 254 CP de 1924)¹¹. Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en

5 *Vid.*, por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 12; GRACIA MARTÍN, 1985: 351. *Vid.* para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, FRISCH, 1996: 124.

6 *Vid.* así, BRUNS, 1954: 12; LABSCH, 1985: 4; MARXEN, 1995, § 14, N. 6; ROXIN, 1985, § 14, N. 3; OCTAVIO DE TOLEDO, 1984: 24; GRACIA MARTÍN, 1985: 3 ss., 6, 168 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, 1993: 576; MIR PUIG, 1996, L 7/54; SILVA SÁNCHEZ, 2000: 126; MEINI MÉNDEZ, 2001: 128, 131.

7 *Vid.* BRUNS, 1954: 13.

8 Esto es una descripción objetiva de la situación que se presentaba ante los tribunales, lo cual no implica que asumamos la tesis de la disociación —sobre ello *Vid.*, por todos, GRACIA MARTÍN, 1985: 69 ss. No se trata de una responsabilidad por el hecho de otro, como se verá a continuación.

9 *Vid.* BRUNS, 1954: 12.

10 *Vid.* WIESENER, 1971: 18; WEBER, 1984: 407 ss.

11 *Vid.* así, en cuanto a la regulación alemana SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 2; GRACIA MARTÍN, 1985: 4. En cuanto a nuestra regulación cabe citar las consideraciones de BENITES SÁNCHEZ, 1952: 263 que respecto del delito de quiebra impropia del art. 254 señalaba: «Esta disposición legal resuelve la discusión que existe en la doctrina penal acerca de la posibilidad de la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas. La ley establece que las personas jurídicas no

la responsabilidad penal de órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales presentó rápidamente sus defectos, pues si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba¹².

Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal buscó fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: primero, de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes¹³ y, segundo, de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general, que ampliasen la sanción penal también a los representantes¹⁴. En nuestra legislación penal, se ha impuesto finalmente la solución de una cláusula general (art. 27 CP).

III. EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

En la doctrina penal alemana, se ha buscado, desde hace mucho, justificar el actuar en lugar de otro. Incluso, antes de su regulación expresa en las leyes penales, se presentaron propuestas de interpretación para justificar la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma. En esta línea apuntaba precisamente la tesis sostenida por Ribka. Este autor, partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que el órgano de la persona jurídica podía responder como un cómplice *extraneus* al tipo penal especial¹⁵. Por su parte, Nagler fundamentó, mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un

pueden cometer delitos y que toda infracción que en el ejercicio de sus actividades o con motivo de ellas se perpetren, correrá a cargo de la persona que represente a la sociedad». Del mismo modo se expresa BRAMONT ARIAS, 1978: 274: «Además hay dispositivos en el CP, donde el repudio de la responsabilidad de las personas jurídicas es expresamente declarado, como ocurre en el art. 254, donde tratándose de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o una persona jurídica que ejerza el comercio, la ley se refiere al director, administrador o gerente, con el objeto de no contradecir sus propios postulados [...]».

12 *Vid.*, en este sentido, referido al Derecho penal alemán, BRUNS, 1954: 13; BLAUTH, 1968: 17; WEBER, 1984: 408.

13 *Vid.* la propuesta de RIMMELSPRACHER, 1967: 475 ss., respecto del delito de frustración de ejecución forzosa. Otra alternativa en este sentido, es la que para los delitos de insolvencia en el Derecho penal español propuso MUÑOZ CONDE, 1977: 168 ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

14 *Vid.*, en este sentido, WEBER, 1984: 408 ss.; MUÑOZ CONDE, 1977: 172; OCTAVIO DE TOLEDO, 1984: 38.

15 *Vid.* así, RIBKA, 1950: 40 ss.

imperativo¹⁶, la necesidad de trasladar, en el caso de los incapaces de actuar, el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del derecho penal¹⁷. Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida por Bruns y Wiesener, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del concreto tipo penal¹⁸.

Pese a los argumentos esgrimidos en las propuestas de interpretación brevemente mencionadas, la legislación penal no las consideró suficientemente convincentes, en tanto optó por una regulación expresa del actuar en lugar de otro. En este sentido, la doctrina penal se esfuerza ahora por explicar el fundamento dogmático de tal cláusula de extensión de la punibilidad y establecer así sus límites. El punto de partida es la figura de los llamados delitos especiales, en tanto la regulación del actuar lugar de otro se vincula expresamente a ellos¹⁹. Un sector de la doctrina penal considera a tales delitos como delitos de infracción de un deber y determina, a partir de esta comprensión, el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Así, por ejemplo, Blauth considera que el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un «deber secundario» derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado²⁰. Por su parte, Roxin señala que el actuar en lugar de otro responde a un uso extendido en el tráfico económico en donde muchos asumen los deberes de otros (*Ersatzvertretung*) y, por esto, deben responder también penalmente en caso de incumplimiento²¹. Frente a esta comprensión de los delitos especiales en relación con el actuar en lugar de otro, se opone la de aquellos que consideran

16 *Vid.* NAGLER, 1903: 4 ss. *Vid.*, también, el juicio al pensamiento de NAGLER DE BLAUTH, 1968: 31; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 3.

17 *Vid.*, en este sentido NAGLER, 1954: 547. *Vid.*, igualmente la exposición crítica de BLAUTH, 1968: 31.

18 BRUNS, 1931: 84 ss., 110 ss.; el mismo, 1954: 15; WIESENER, 1971: 25 ss.

19 *Vid.*, en este sentido, BRUNS, 1982: 14 ss.; BLAUTH, 1968: 59; BACIGALUPO, 1985: 315; JAKOBS, 1991, 21/10; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 1995, § 29, N. 19; GRACIA MARTÍN, 1985: 88; MARXEN, 1995, § 14, N. 2; MIR PUIG, 1996, L 7/67; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997: 176; SILVA SÁNCHEZ, 2000: 125 ss.; SCHÜNEMANN, 1990: 1; MEINI MÉNDEZ, 2001: 129.

20 *Vid.*, así, BLAUTH, 1968: 81. En el mismo sentido, la interpretación de GRACIA MARTÍN, 1985: 297.

21 ROXIN, 1985, § 14, N. 9.

que los delitos especiales constituyen también delitos de dominio. Tanto Schünemann²² como Gracia Martín²³, ciertamente con particularidades propias, afirman que en los casos del actuar en lugar de otro se sanciona a un garante no por poseer el estatus al que normalmente se le atribuye el dominio requerido, sino por un acto de asunción del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico²⁴ o del dominio social²⁵. Lo central se encuentra, según estos autores, en determinar si el órgano o representante de la persona jurídica posee el dominio exigido por el tipo penal respectivo.

Por nuestra parte, consideramos que para determinar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, es necesario diferenciar, entre los delitos especiales, los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales en sentido estricto)²⁶. En el caso de delitos de dominio, la idea fundamental en la regulación del instituto del actuar en lugar de otro se encuentra en la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma²⁷. En principio, cualquier persona puede entrar a dominar normativamente aspectos de la esfera de organización de un *intraneus* al tipo y, en este sentido, responder penalmente. Para esto no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino solamente el dominio normativo por parte del *extraneus* del ámbito de organización del *intraneus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro la esfera de organización de terceros²⁸. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber, la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio normativo sobre una esfera de organización ajena²⁹, sino en la traslación al *extraneus* de deberes positivos institucionales del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación³⁰.

22 *Vid.*, SCHÜNEMANN, 1979: 93; el mismo, 1993, § 14, N. 11 ss.

23 *Vid.*, GRACIA MARTÍN, 1985: 344.

24 SCHÜNEMANN, 1979: 138. Similarmente, BOTTKÉ, 1996: 89.

25 GRACIA MARTÍN, 1985: 361 ss. Se adhieren a tal criterio, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, 1993: 577.

26 *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, 2002: 133 ss.

27 *Vid.*, esto en SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 12; BRUNS, 1982: 20; BOTTKÉ, 1996: 89; JAKOBS, 1991, 21/11; GRACIA MARTÍN, 1985: 394 ss. También ROXIN, 1985, § 14, N. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro solo para los casos de delitos de infracción de un deber, habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía.

28 *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, 2002: 134 ss.

29 *Vid.*, JAKOBS, 2000: 167.

30 *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, 2002: 137 ss.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO: LOS DELITOS ESPECIALES

La norma del actuar en lugar de otro, como ya hemos precisado, se utiliza únicamente para el caso de los delitos especiales. Resulta, por tanto, irrelevante la norma del actuar en lugar de otro en los delitos comunes³¹, pues en estos casos podrá perfectamente sancionarse como autores, sin infringir el principio de legalidad, no solo a los miembros de la empresa, sino en general a todo el que haya participado en la realización del delito. En este sentido, el primer presupuesto para la aplicación del art. 27 es que el tipo penal de la parte especial al que sirve de complemento debe ser un delito especial³². No obstante, la doctrina penal entiende que existen determinados delitos especiales en los que no es necesario recurrir a la regla del actuar en lugar. Estos delitos son aquellos relacionados con una actividad específica y que, por esto, limitan de alguna manera el círculo de destinatarios³³. En estos casos, una interpretación (fáctica) del propio tipo penal de la parte especial permitiría hacer responsables también a los representantes³⁴. Un ejemplo de estos supuestos en nuestra legislación penal es el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego del art. 243-A CP, conforme al cual se puede sancionar directamente al representante de una persona jurídica que «organiza o conduce casinos de juego requeridos de autorización administrativa».

Además, como lo reconoce unánimemente la doctrina penal, dentro de los delitos especiales se distinguen los propios de los impropios. En los delitos especiales propios, el elemento especial de autoría opera fundamentando la pena; mientras que en los delitos especiales impropios, el elemento especial de autoría solo agrava la penalidad³⁵. Nuestra regulación legal admite la utilización de la norma del actuar en lugar de otro solo para los delitos especiales propios, en la medida en que el art. 27 señala que se trata de un delito que contiene elementos especiales que

31 *Vid.*, MEINI MÉNDEZ, 2001: 129; MAZUELOS COELLO, 2001: 178.

32 *Vid.*, en este sentido, BRUNS, 1982: 14 ss.; BLAUTH, 1968: 59; BACIGALUPO, 1985: 315; JAKOBS, 1991, Apdo 21, N. 10; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 1995, § 29, N. 19; GRACIA MARTÍN, 1985: 88; MARXEN, 1995, § 14, N. 2; MIR PUIG, 1996, L 7/67; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997: 176; SILVA SÁNCHEZ, 2000: 125 s.; SCHÜNEMANN, 1990: 1; MEINI MÉNDEZ, 2001: 129.

33 *Vid.*, así, JAKOBS, 1991, 21/14; RANSIEK, 1996: 90; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 20 ss; el mismo, 1990: 1; GRACIA MARTÍN, 1985: 200 ss., a las que denomina actuaciones en lugar de otro impropios.

34 *Vid.*, similarmente, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 4; MARXEN, 1995, § 14, N. 23. Con ciertas dudas, por el contrario, frente a esta solución, TIEDEMANN, 1986: 1844.

35 *Vid.*, ROXIN, 1997, § 10, N. 129.

fundamentan la penalidad³⁶. En el caso de delitos especiales impropios no cabe una actuación en lugar de otro, pero ciertamente tampoco un vacío de punibilidad, pues la conducta puede de todas formas ser castigada conforme al tipo legal común base de la agravante especial³⁷.

1. Los delitos especiales en sentido amplio: los delitos de dominio

Para poder aplicar en los delitos de dominio la norma del actuar en lugar de otro, el art. 27 CP establece ciertos presupuestos:

A. La relación de representación

La regulación del art. 27 CP exige que el *extraneus* del tipo penal (aquel que no reúne la calidad especial de autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. Así, esta regulación asume la llamada teoría de la representación, según la cual requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro es que entre el *extraneus* y el *intraneus* exista una relación de representación. En este punto, nuestro CP sigue al derogado CP español de 1973, que a su vez se inspiró en el §14 del CP alemán. Pero lo paradójico es que la crítica de la doctrina penal a la regulación actual alemana³⁸ y la que se hizo en España al anterior CP español y que llevó justamente a una reformulación de la fórmula del actuar en lugar de otro en el CP vigente de 1995, estuvieron dirigidas precisamente contra la limitación de los supuestos de actuación en lugar de otro a los casos de representación.

La asunción de la teoría de la representación en el actuar en lugar de otro produce ciertas limitaciones en los llamados delitos especiales de dominio, ya que no bastará una asunción del ámbito de organización del *intraneus*, sino que además tendrá que darse una relación de representación. No obstante, hay que señalar que tampoco resulta suficiente en estos casos la relación de representación para atribuir la competencia por la esfera de organización del representado, sino que se requiere, por un lado, una asunción de la posición de representante y, por el otro, una relación de representación referida al ámbito en el que se realiza el delito. Las competencias por organización del *extraneus* se fundamentan en una asunción del ámbito de organización del *intraneus* mediante una relación de representación.

36 En el mismo sentido, para el derecho penal alemán, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 8. Respecto del Derecho nacional, MEINI MÉNDEZ, 2001: 129, nota 19.

37 *Vid.*, en este sentido, MEINI MÉNDEZ, 2001: 129 ss., quien destaca ciertamente una «laguna de agravación».

38 *Vid.*, en este sentido, la crítica de BRUNS, 1958: 463 al § 14 del entonces proyecto de CP alemán de 1958.

Debe advertirse, así mismo, que el concepto de representación no se corresponde con el utilizado en el ámbito jurídico-civil³⁹. En este sentido, cabe afirmar una representación penalmente relevante, aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o exceda las facultades conferidas⁴⁰. En esta misma línea de interpretación, el CP alemán admite expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro, aunque el título que genera la relación de representación sea ineficaz⁴¹. Nuestro Código no ha asumido expresamente esta posibilidad, aunque una interpretación en este sentido no se encuentra excluida, pues el art. 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o un socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que «actúe como tal»⁴². Así pues, una persona que tenga un nombramiento como representante que adolezca de algún vicio, pero que actúa pese a todo como tal, podrá estar dentro del ámbito de regulación del art. 27 y, por tanto, responder penalmente. Incluso esta interpretación de la norma del actuar en lugar de otro podría ir un poco más allá y no requerir un acto de nombramiento como tal, sino solo la apariencia de actuar como órgano de representación de una persona jurídica. Esta opinión, sin embargo, resulta con seguridad muy cuestionada para los defensores de la teoría de la representación.

Nuestro CP no ha asumido, sin embargo, una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha limitado a determinados tipos de representación⁴³. Solamente podrá actuar en lugar de otro con relevancia para el derecho penal el órgano de representación de las personas jurídicas y el socio representante en el caso de sociedades. Esta regulación reduce el ámbito de aplicación en dos aspectos. Por un lado, deja de lado las actuaciones en lugar de otro entre particulares⁴⁴ y, por el

39 De parecer distinto, MEINI MÉNDEZ, 2001: 131.

40 *Vid.*, en este sentido, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 44; MARXEN, 1995, § 14, N. 38.

41 La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del CP alemán no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque este no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. *Vid.*, en esta línea, WEBER, 1988: 17; RANSIEK, 1996: 93 ss.; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 42/43; MARXEN, 1995, § 14, N. 43. De una interpretación más amplia, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 67 ss.; BOTTKE, 1996: 89.

42 Así se esfuerza MEINI MÉNDEZ, 2001: 137 ss., por mantener esta interpretación respecto del art. 27 CP. De opinión contraria, MAZUELOS COELLO, 2001: 191.

43 *Vid.*, en este sentido, MAZUELOS COELLO, 2001: 186.

44 La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; *Vid.*, así, BRUNS, 1954: 14; El mismo, 1958: 463; GALLAS, 1968: 21; GRACIA MARTÍN, 1986: 16; OCTAVIO DE TOLEDO, 1984: 28; BACIGALUPO, 1985: 323 ss.; MEINI MÉNDEZ, 1999a: 96; el mismo, 2001: 136. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por

otro, no incluye otras formas de representación como apoderados o delegados, los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes⁴⁵. Al establecerse esta regulación en nuestro Código, parece, pues, que no se tuvo en cuenta que, justamente, fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales lo que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y se comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en su regulación de la teoría de la representación.

a. *Órgano de representación autorizado de una persona jurídica*

Como primer supuesto de representación, el art. 27 regula la representación orgánica de las personas jurídicas. La representada en estos supuestos es una persona jurídica, esto es, una organización social con personalidad jurídica propia, sea de derecho privado o de derecho público⁴⁶.

Para que tenga lugar esta relación de representación no es necesario que se trate de una organización perfectamente constituida, sino que puedan incluirse también las que adolecen de algún defecto en su constitución⁴⁷. Por el contrario, en los casos de sociedades inexistentes, no será necesario recurrir a la norma del actuar en lugar de otro, pues por lo general la calidad especial de autor recaerá directamente sobre sus miembros (deudor, contribuyente, etc.)⁴⁸. Si la sociedad se encuentra en liquidación, el órgano de representación será el liquidador⁴⁹.

b. *Socio representante autorizado de una sociedad*

Llama particularmente la atención la mención especial que hace el art. 27 CP a los socios representantes de una sociedad como segundo supuesto de representación,

la Corte Suprema en la sentencia N. 3963— 96 de 24/10/97 (Jurisprudencia penal, T. I, Lima, 1999: 84) que entiende que el art. 27 se limita a salvar el *societas deliquere non potest*.

- 45 *Vid.*, en este sentido, críticamente frente al StGB, BRUNS, 1954: 16; el mismo, 1958: 463. Igualmente frente a la reforma de 1968 que amplió la responsabilidad a ciertos representantes voluntarios, SCHMIDT, 1968: 124; TIEDEMANN, 1976: 203; el mismo, 1986: 1843; SCHÜNEMANN, 1979: 142 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 1995, § 29, N. 25; WEBER, 1984: 410 s.; BOTTKÉ, 1991: 84; HEINE/MEINBERG, 1990: 31 s.
- 46 *Vid.*, en este sentido, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 43; LENCKNER/PERRON, 2001., § 14, N. 15; MARXEN, 1995, § 14, N. 35. Por ello, resulta correcta la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima Exp. N. 2507-99 (ROJAS VARGAS, Jurisprudencia penal, I: 309 ss.), solo en cuanto admite un «actuar en lugar de otro» en caso de organismos públicos, pero no en su aplicación a delitos comunes.
- 47 *Vid.* SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 43. De una opinión contraria, MARXEN, 1995, § 14, N. 37, en tanto exige que la persona jurídica se encuentre efectivamente constituida.
- 48 Similarmente, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 15.
- 49 *Vid.*, MARXEN, 1995, § 14, N. 41.

pues parece tratarse de una especificación hasta cierto punto innecesaria, en tanto se trata también de un representante y de una persona jurídica. Esta mención especial tiene, sin embargo, una explicación en la legislación alemana, de donde ha sido tomada, aunque ciertamente de manera incompleta. El § 14 inciso 1 numeral 2 del CP alemán incluye como posible actuante en lugar de otro al socio representante autorizado de una sociedad comercial de personas, ya que no se trata de personas jurídicas con una representación orgánica⁵⁰. En una sociedad comercial de personas, la representación se asimila, más bien, a un mandato entre particulares. En este contexto de ideas, resulta comprensible la precisión que se hace en el § 14 del CP alemán⁵¹, pero en nuestra legislación carece de todo sentido, pues las sociedades colectivas y las en comandita (que son las equivalentes a las sociedades de personas del derecho alemán) sí son personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico y admitirían, por tanto, una representación orgánica⁵². Así, queda otra vez al descubierto la manera frecuente como nuestros legisladores importan la legislación extranjera sin ni siquiera saber el porqué de esa forma de legislar en los países correspondientes.

B. «Actuar» como órgano de representación o como socio representante

La interpretación de este supuesto del art. 27 CP ha generado el enfrentamiento doctrinal entre los sostenedores de la llamada teoría de los intereses y los de la denominada 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 siempre en interés de su representado⁵³. Estos intereses se determinan sobre la base de criterios puramente económicos⁵⁴, de manera tal que no interesa si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante

50 *Vid.*, en este sentido, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 20/21.

51 Aunque debe reconocerse que también en el Derecho penal alemán este supuesto de representación resulta muy cuestionado. *Vid.*, al respecto ROXIN, 1985, § 14, N. 26; TIEDEMANN, 1986: 1844; WINKELBAUER, 1988: 34; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 46; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 20/21; MARXEN, 1995, § 14, N. 47.

52 *Vid.*, en este sentido también MEINI MÉNDEZ, 2001: 140. Una cuestión aparte será determinar los casos en los que la calidad especial recae directamente en los socios, de manera que no resulta necesario recurrir a la fórmula del actuar en lugar de otro. *Vid.*, así, en el Derecho penal alemán, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 46; WEBER, 1988: 16.

53 Esta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (*Vid.* la referencia, LABSCH, 1985: 5; DEUTSCHER/KÖRNER, 1996: 13; JORDAN, 1999: 304). En la doctrina penal defienden esta teoría, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 50; El mismo, 1990: 2; BOTTKE, 1991: 84. Críticamente, ante la teoría de los intereses, TIEDEMANN, 1986: 1844; WEBER, 1988: 17; LABSCH, 1985: 59; DEUTSCHER/KÖRNER, 1996: 13; RANSIEK, 1996: 91.

54 *Vid.*, así, la indicación de LABSCH, 1985: 5; MARXEN, 1995, § 14, N. 31.

se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse una actuación en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante⁵⁵.

La teoría de la función entiende, por el contrario, que el interés no juega ningún rol importante, sino solo que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación⁵⁶. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado⁵⁷. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente⁵⁸. Tampoco aquí resulta necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representante⁵⁹. Solo cuando 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 representación⁶⁰.

Para resolver esta disputa hay que partir del dato de que el tenor literal del art. 27 no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación⁶¹. En este sentido, debe optarse por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. En este sentido, nos inclinamos por una teoría de la función que considera «actuar como representante» todas las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado⁶². Esta relación funcional se pierde cuando el representado abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado⁶³, de manera que en estos casos responde

55 *Vid.*, en este sentido, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada de los intereses, según la cual es posible abarcar la actuación en propio interés del representante si sirve a la vez a los intereses del representado (*Vid.* las referencias LABSCH, 1985: 5; MARXEN, 1995, § 14, N. 32).

56 *Vid.*, en este sentido, LABSCH, 1985: 60; TIEDEMANN, 1986: 1844 ss.; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 26; MARXEN, 1995, § 14, N. 30; ARLOTH, 1990: 575; DEUTSCHER/KÖRNER, 1996: 12 ss.; JORDAN, 1999: 305.

57 *Vid.*, así, WEBER, 1988: 17.

58 *Vid.*, así, LABSCH, 1985: 60. Por su parte, RANSIEK, 1996: 91 ss., entiende que este requisito adicional no tiene sentido, pues los delitos especiales contienen ya esta referencia al ámbito de actuación del representante.

59 *Vid.*, LABSCH, 1985: 60 ss.

60 *Vid.*, WEBER, 1988: 17; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 26; LABSCH, 1985: 61 ss.

61 *Vid.*, similarmente, respecto de la regulación penal alemana, JORDAN, 1999: 305. Por el contrario, MAZUELOS COELLO, 2001: 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría de los intereses.

62 Similarmente, JAKOBS, 1991, 21/13; MAZUELOS COELLO, 2001: 188.

63 *Vid.*, en este sentido, JAKOBS, 1991, Apdo 21, N. 13.

de manera directa (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

Especiales dificultades de imputación del acto de representación se presentan cuando el órgano de representación no es unipersonal, sino pluripersonal. Para resolver estos problemas, la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a «los miembros del órgano de representación», aunque debe indicarse que esto no significa que en caso de un delito cometido desde la empresa todos ellos responderán penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. La responsabilidad penal de un miembro del órgano de representación podrá afirmarse si este asume la representación de la empresa y en estas circunstancias comete un delito, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación⁶⁴. En este supuesto, una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del art. 27 solamente podrá darse en caso de admitir una responsabilidad de los mismos como coautores debido a la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no resulta usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido⁶⁵.

Otro supuesto de especial discusión constituye la responsabilidad penal de aquellos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica. Más allá de los supuestos de nombramientos con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro⁶⁶, la doctrina penal se centra en aquellos que simplemente asumen sin nombramiento alguno funciones de representación y son así reconocidos hacia fuera. El tenor literal del art. 27 no se opone ciertamente a una sanción del representante fáctico, en tanto actúe como tal. No obstante, una solución general no puede ser satisfactoria, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos de los respectivos delitos especiales. En este sentido, debe partirse de la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, ya que, como

64 *Vid.*, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 18; LABSCH, 1985: 61; SCHÜNEMANN, 1990: 3; MARXEN, 1995, § 14 N. 46; BOTTKE, 1991: 84.

65 Similarmente, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 52; el mismo, 1990: 3; NEUDECKER, 1995: 171, aunque señala que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*).

66 *Vid.*, así en el Derecho penal alemán, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 42/43; MARXEN, 1995, § 14, N. 43. Sobre los distintos supuestos de administración fáctica, *Vid.*, con detalle, GARCÍA CAVERO, 1999: 110 ss.

hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de una responsabilidad del actuante en lugar de otro no es el mismo en ambos supuestos. En los delitos de dominio, que son los que aquí nos interesan, no se presentarán mayores inconvenientes para admitir una responsabilidad penal del representante de hecho, en tanto exista una efectiva asunción de tal posición y, por tanto, de las competencias del órgano de representación⁶⁷. No obstante, en el caso de los delitos de infracción de un deber, como veremos luego, esta posibilidad se encuentra en principio negada.

C. La realización del tipo penal

El art. 27 CP peruano exige además que el representante realice el tipo penal⁶⁸. Esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante⁶⁹. Para esto, resulta de importancia central precisar si se trata de un delito de dominio o de un delito de infracción de un deber, pues el fundamento de la imputación no es el mismo en ambos casos. Si se trata de un delito de dominio, que son los que aquí nos interesan, la imputación del hecho al representante dependerá de la infracción de su rol de ciudadano. Ya que en los delitos especiales de dominio el propio tipo penal delimita el rol general de ciudadano en un determinado ámbito, debe determinarse si el representado resulta competente por la organización en este ámbito. La competencia del representante se deriva de un acto de asunción de los asuntos del representado, de manera tal que desde ese momento la competencia por la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante⁷⁰. Establecida esta competencia, resulta irrelevante determinar si el delito se comete mediante una omisión⁷¹ o

67 *Vid.*, con mayor detalle, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 70; GARCÍA CAVERO, 1999: 174 ss.

68 Ya BRUNS, 1954: 12 criticaba respecto de la legislación alemana la solución simplista en los delitos cometidos en las actividades de una persona jurídica de enfocar directamente a sus órganos o representantes sin especificar el fundamento de su responsabilidad penal. En este sentido, nuestra regulación constituye un avance, aunque crítico ante la incorrección gramatical del art. 27 se muestra, MEINI MÉNDEZ, 2001: 139 ss.

69 En el mismo sentido, MAZUELOS COELLO, 2001: 187.

70 Sobre la idea de la asunción como fundamento del actuar en lugar de otro, con distintos matices, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 12; BRUNS, 1982: 20; BOTTKE, 1996: 89; JAKOBS, 1991, Apdo 21, N. 11; GRACIA MARTÍN, 1985: 394 ss.

71 Por el contrario, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 6; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 24 ss.; MARXEN, 1995, § 14, N. 29, hacen hincapié en el ámbito de los delitos de omisión y consideran que en los delitos especiales de omisión propia la utilización de la fórmula del «actuar en lugar de otro» sería necesaria para sancionar penalmente a los representantes de personas jurídicas. En el caso de los delitos de omisión impropia, también se considera necesario recurrir a la cláusula del «actuar en lugar de otro» en caso que el tipo penal activo de correspondencia constituya un delito especial. Por el contrario, si el tipo penal activo de correspondencia está configurado

una acción⁷², pues lo decisivo normativamente es la competencia del representante por la realización del delito especial⁷³.

D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El art. 27 requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no se dan en el representante se den en el representado. El primer aspecto que debe precisarse es qué se entiende por elemento especial en el contexto del actuar en lugar de otro. Ya que el art. 27 se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría⁷⁴. No obstante, esta indicación resulta demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría (motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos de autoría⁷⁵ y lo limita a los casos de elementos objetivos de autoría⁷⁶. No obstante, tampoco todos los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos se procede a hacer una diferenciación. En primer lugar, se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del art. 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (así, por ejemplo, el caso de los funcionarios)⁷⁷, así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)⁷⁸, ya que en ambos casos no resulta posible una representación⁷⁹. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)⁸⁰. Por su parte,

como un delito común, no será necesario recurrir al «actuar en lugar de otro», ya que el representante en estos casos será por sí mismo garante y alcanzable por el propio tipo penal de la parte especial.

72 *Vid.*, JAKOBS, 1997b: 114 ss., 350, 363. En general sigue esta comprensión, VOGEL, 1993: 354 ss.

73 *Vid.*, con mayores referencias, JAKOBS, 1997b: 114 ss.; 347 ss.; el mismo, 2000: 131 ss.

74 En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, 1996: 231; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 35, aunque limitado solamente a la idea del dominio.

75 *Vid.*, en este sentido, TIEDEMANN, 1986: 1843 ss.; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 8; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 38; el mismo, 1990: 2; MARXEN, 1995, § 14, N. 28. De otra opinión, BRUNS, 1982: 26 ss.

76 En este sentido, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 8; SCHÜNEMANN, 1990: 2.

77 En este sentido, TIEDEMANN, 1986: 1843 ss.; JAKOBS, 1991, 21/11; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 8; MARXEN, 1995, § 14, N. 27. De otra opinión, aunque fuera de la regulación positiva, SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 34.

78 *Vid.*, MARXEN, 1995, § 14, N. 25; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 40.

79 Véanse, en este sentido, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 8 ss.

80 *Vid.* LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N.10/11; MARXEN, 1995, § 14, N. 25.

las llamadas circunstancias personales especiales referidas a una situación transitoria del autor⁸¹ solamente podrán ser consideradas si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento de insolvencia debe interpretarse como tener la posición de deudor)⁸².

En otro orden de ideas, la redacción del art. 27 no ha sido muy feliz en la regulación de este presupuesto, pues limita la responsabilidad a los casos de representación directa y no sanciona relaciones de representación de segundo o tercer nivel. Por ejemplo, la Ley general de sociedades en su art. 193 establece la posibilidad de que el gerente de una sociedad anónima sea una persona jurídica. Si una persona jurídica es nombrada gerente de una sociedad, los actos de representación (art. 188 inc. 2 de la Ley general de sociedades) deberán llevarse a cabo a través de su representante legal. Esto quiere decir que si el representante de la persona jurídica (gerente) realiza un delito especial no podrá ser sancionado con el art. 27, pues el elemento especial de autoría no se dará en su representado, sino en el representado de su representado, es decir, en la sociedad mercantil⁸³.

2. Los delitos especiales en sentido estricto: los delitos de infracción de un deber

En los delitos de infracción de un deber deben estar presentes todos los presupuestos mencionados a propósito de los delitos de dominio, aunque debe señalarse que su contenido puede variar sustancialmente. La teoría de la representación asumida por el art. 27 CP parece ajustarse sin problemas a los delitos institucionales, pues los deberes institucionales se transfieren normalmente mediante una relación de representación. El representante resulta competente por el cumplimiento de deberes positivos derivados de una relación institucional que afecta, en principio, a su representado (la persona jurídica). En los delitos de infracción de un deber, una asunción fáctica, incluso hacia fuera de las competencias institucionales de la persona jurídica, no podrá justificar la responsabilidad penal del que asume de hecho estos aspectos⁸⁴. Solo un representante de derecho podrá responder por deberes institucionales de su representado.

La imputación del hecho al representante en los delitos institucionales cobra una especial configuración. No se trata de demostrar una competencia por el dominio de la esfera de organización del representado, sino de la transferencia

81 MARXEN, 1995, § 14, N. 25, entiende que no hay necesidad de incluirlos.

82 En este sentido, LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 12; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 40.

83 Destaca la misma problemática, MEINI MÉNDEZ, 2001: 132.

84 *Vid.*, sobre la excepcionalidad de la asunción en los delitos de infracción de un deber, GARCÍA CAVERO, 1999: 178 ss.

de deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante la relación de representación. El representante habrá realizado el tipo penal correspondiente por el incumplimiento de un deber institucional transferido por el representado, y es aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión⁸⁵. Hay que precisar que en estos casos no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes especiales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal⁸⁶. La posibilidad de una responsabilidad penal también del representado no tiene cabida en nuestra regulación positiva limitada a la representación de personas jurídicas.

Un ejemplo de delito de infracción de un deber existe en los delitos contra la Hacienda Pública. La obligación tributaria originaria le corresponde a la persona jurídica y, por tanto, esta debería cumplir, en un principio, con dicha obligación⁸⁷. En este sentido, el incumplimiento de la obligación tributaria mediante ciertos medios fraudulentos debería llevar a una sanción penal contra el poseedor del rol especial, esto es, contra la persona jurídica. Sin embargo, en estos casos se hace responsable penalmente al representante de la persona jurídica. El deber de pagar los tributos por parte de la persona jurídica se transfiere al representante, quien responde penalmente por haber dejado de pagar fraudulentamente los tributos correspondientes, aunque materialmente el acto de defraudación tributaria haya sido llevado a cabo con pleno dominio del hecho por parte de otros sujetos (contadores, abogados, socios, etc.)⁸⁸. Solo basta, para imputar responsabilidad penal, verificar la calidad de representante de la empresa y la posibilidad de haber cumplido con el deber de pago regular de los tributos.

V. CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

La consecuencia jurídica del art. 27 CP es que el representante responderá como autor del delito especial respectivo. Sobre esta calificación hay que hacer ciertas precisiones, pues es distinto considerar al representante autor que decir que se le castiga con la pena del autor. Al establecer que el representante responde como autor, se quiere decir que el *extraneus* se convierte en *intraneus* con todas las consecuencias de autoría que puede presentarse; es decir, que puede ser coautor, puede castigarse

85 Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber, *Vid.*, JAKOBS, 1997b: 362 ss.

86 *Vid.*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, 1999: 171; MAZUELOS COELLO, 2001: 187.

87 *Vid.*, similarmente en el Derecho penal español, GRACIA MARTÍN, 1993: 213.

88 *Vid.*, similarmente, QUINTERO OLIVARES, 1978: 1327; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, 1994: 45 ss. En contra, APARICIO PÉREZ, 1990: 46, 112; MUÑOZ BAÑOS, 1996: 358; ROSSY, 1989: 71.

como partícipes a quienes le auxiliaron o como instigadores a quienes le indujeron a la comisión del hecho⁸⁹. Un aspecto de especial importancia para otras regulaciones del actuar en lugar de otro es el mantenimiento de la responsabilidad penal del representado⁹⁰. No obstante, en nuestra regulación del actuar en lugar de otro, reducida a personas jurídicas, esta otra posibilidad no juega ningún papel relevante, pues en nuestro sistema penal no se considera a las personas jurídicas capaces de cometer un delito.

VI. SUPUESTOS ESPECIALES DE ACTUACIONES EN LUGAR DE OTRO

En la parte especial del CP se regulan de manera especial supuestos de actuar en lugar de otro para delitos cometidos desde la empresa. El caso más claro es el delito de atentado al sistema crediticio, en donde el propio art. 209 ha recurrido a una cláusula de extensión especial, quizá con la intención de escapar al límite de la relación de representación que exige el art. 27 CP⁹¹. En el delito de atentado contra el sistema crediticio «cometido» por una persona jurídica se considera como autor de manera directa al que actúa en su nombre, administrador o liquidador, aun cuando no tengan una concreta relación de representación hacia fuera. A la doctrina penal le corresponde la tarea de precisar las razones que justifican una regulación especial en estos delitos o su cuestionamiento por afectar criterios de igualdad⁹².

89 *Vid.*, en este sentido, MEINI MÉNDEZ, 2001: 142 ss.

90 Sobre esto, *Vid.*, MARXEN, 1995, § 14, N. 16, 70; LENCKNER/PERRON, 2001, § 14, N. 7; SCHÜNEMANN, 1993, § 14, N. 65; SCHROTH, 1993: 32 ss.

91 *Vid.*, detalladamente, GARCÍA CAVERO, 1999: 238 ss.

92 *Vid.* así GARCÍA CAVERO, 1999: 239.