

LA DISCUSIÓN DOCTRINAL EN TORNO AL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO*

PERCY GARCÍA CAVERO

Profesor ordinario de Derecho penal
Universidad de Piura (Perú)

I. La finalidad político-criminal del «actuar en lugar de otro»: los vacíos de punibilidad

Hoy en día parece unánime en la doctrina penal la afirmación de que la figura 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 de personas físicas¹. Incluso algunos autores amplían su ámbito de aplicación a sujetos que fácticamente actúan «en el lugar de otro», aun cuando no posean pro-

* Este trabajo, presentado como artículo, forma parte de un estudio más amplio sobre la responsabilidad penal de los representantes y administradores en el Derecho penal peruano, que estoy llevando a cabo este año 2001 en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn y que ha podido materializarse gracias a la ayuda del Prof. Urs Kindhäuser y el apoyo económico de la Fundación Alexander Von Humboldt.

¹ Una afirmación que viene desde hace mucho de la doctrina penal alemana (vid., por ejemplo, BRUNS, «Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht», *JZ*, 1954, p. 14; GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW* 80 (1968), p. 21), y que es destacada permanentemente por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Zaragoza, 1985, pp. 20, 26. Del mismo modo, en el derecho penal español BACIGALUPO, «Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. V, vol. 1, 1985, pp. 317, 324 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, «El actuar en nombre de otro», *ADPCP*, 1984, p. 28. En el Perú, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, p. 96. Por esta razón, la figura del actuar en lugar de otro se ha ampliado a situaciones en las que la transferencia de posiciones

piamente una relación de representación (legal o voluntaria)². Sin embargo, 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 representantes³.

El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica, se le 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 ésta⁴. En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma⁵: mientras que el *status* personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida⁶. Sucedió que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva y sus órganos o representantes tampoco por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente⁷.

Esta laguna de punibilidad se hizo patente por primera vez en la jurisprudencia alemana; concretamente, con la sentencia del *preußisches*

o deberes provenientes de una especial situación jurídica no viene impuesta por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación de deberes. Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

² Vid., por ejemplo, SCHÜNEMANN, LK, 11. Aufl., § 14, n. 12; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 351. Vid., para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y representantes y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 124.

³ Vid., así, BRUNS, JZ, 1954, p. 12; LABSCH, «Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH», *Wistra*, 1985, p. 4; MARXEN, NK, § 14, n. 6; ROXIN, LK, 10. Aufl., § 14, n. 3; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, p. 24; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 3 y ss., 6, 168 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, PE, 2.^a ed., Madrid, 1993, p. 576; MIR PUIG, *Derecho penal*, L 7/54; SILVA SÁNCHEZ, «El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, p. 126.

⁴ Vid., BRUNS, JZ, 1954, p. 13.

⁵ Esto es una descripción objetiva de la situación que se presentaba ante los tribunales, lo cual no implica que asuma la tesis de la disociación —sobre ello vid., por todos, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 69 y ss.—. No se trata de una responsabilidad por el hecho de otro, como se verá a continuación.

⁶ Vid., BRUNS, JZ, 1954, p. 12.

⁷ Vid., WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971, p. 18.

Obertribunal de 9 de noviembre de 1874⁸ que decidió un caso de delito de bancarrota simple conforme al entonces vigente § 283-2 del RStGB⁹. Se trataba del procesamiento de un miembro del Consejo de administración de una sociedad cooperativa que había suspendido sus pagos, por haber llevado los libros de comercio de la persona jurídica de manera desordenada. El problema de imputación de responsabilidad que se presentaba era que la conducta de bancarrota descrita por el § 283-2 del RStGB sólo podía ser realizada por «el deudor» y dicha cualidad especial recaía sobre la sociedad, pero no sobre su órgano de administración¹⁰. Luego de una sentencia en primera instancia que forzó claramente el término deudor para poder incluir también al miembro del Consejo de administración de la cooperativa¹¹, el Tribunal Supremo Prusiano decidió absolver al acusado con el fundamento de que el delito de bancarrota sólo puede cometerlo el «deudor» que haya suspendido «sus» pagos, y éste obviamente no era el caso del administrador de la cooperativa. A pesar de la estricta interpretación que se hizo del entonces § 283-2 del RStGB, la solución se mostró totalmente insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal, es decir, de la persecución y efectiva sanción por la realización de conductas antijurídicas¹². Se presentaba de esta manera un intolerable vacío de punibilidad, puesto que no podía sancionarse a la sociedad cooperativa, por carecer de capacidad delictiva, y tampoco al miembro del Consejo de administración, por no reunir la calidad especial exigida por el tipo penal.

Esta situación de impunidad en los tribunales llevó a que posteriormente el legislador alemán estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad. Es así que con ocasión de la promulgación de la Ordenanza Concursal Alemana (KO) de 10 de febrero de 1877, incluyó en esta ley especial no sólo la tipificación de

⁸ Una descripción bastante clara de este caso en BLAUTH, *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommandem Strafrecht*, Heidelberg, 1968, p. 17; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 3 y ss.; SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 2.

⁹ Actualmente la regulación de los delitos concursales ya no se hace en el Código penal, sino en la ley especial, es decir, la KO. El § 283-2 del RStGB se corresponde con el actual § 240-3 de la KO.

¹⁰ Vid., en este sentido, la exposición de BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 17.

¹¹ Vid., sobre esta interpretación del tribunal *a quo* BOCHMANN, *Teilnahme und Handeln für einen anderen*, Diss., Bonn, 1963, p. 12 [cit. por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 3]. Sobre la posición del Fiscal general, que afirmaba también una responsabilidad del administrador de la cooperativa, vid., SCHÄFFER, Referat zum Thema «Handeln für einen anderen» –Organhaftung–, en *NGrStrK*, IV, AT, Bonn, 1958, p. 547; SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 2.

¹² Vid., en el mismo sentido, respecto de la legislación penal española antes de la reforma de 1983, MUÑOZ CONDE, «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles» *CPC*, 3 pp.161 y ss.

los delitos concursales, sino también una cláusula (§ 214¹³) que ampliaba el círculo de destinatarios de algunos de los tipos penales contenidos en esta ley a los administradores de las sociedades¹⁴. Sin embargo, esta solución del problema de los vacíos de punibilidad en 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 de los delitos concursales, el vacío de punibilidad se mantenía en otros delitos concursales a los que la cláusula de extensión de punibilidad no alcanzaba¹⁵. Esto motivó que incluso dentro de la propia KO tuvieran lugar decisiones del RG que absolvieron a los representantes y administradores, justamente porque la cláusula del § 244 no era aplicable a todos los delitos concursales, sino solamente a algunos tipos penales de la KO¹⁶. Por otra parte, en otros ámbitos de actuación de las personas jurídicas, como por ejemplo el de la ejecución de embargos, se presentaron igualmente vacíos de punibilidad cuando, siguiendo con el ejemplo, el patrimonio amenazado con el embargo era de una persona jurídica y la conducta de frustración del embargo la realizaba alguno de sus órganos o representantes¹⁷; el RG en varias decisiones absolvió a los representantes de las personas jurídicas amenazadas con embargos porque no concurría en ellos la amenaza de embargo¹⁸.

¹³ Que luego pasó a ser el § 244 KO (vid., RIMMELSPRACHER, «Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung», *JZ*, 1967, p. 473; SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 2). En el Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) se presentaron, por el contrario, varias normas que extendieron la responsabilidad a los representantes y administradores de personas jurídicas, así, por ejemplo, el § 151 GewO y el § 103 RAO; vid., en este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 41 y ss., desde la perspectiva de considerar los delitos como de omisión impropia.

¹⁴ Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 4.

¹⁵ Vid., en este sentido BRUNS, *JZ*, 1954, p. 13, quien señala que mediante el § 244 de la KO de ninguna manera el legislador había formulado una norma general sobre la extensión de los tipos penal a los órganos que actúan en situación de representación. Esto fue un fallo decisivo del legislador que mantenía las lagunas de punibilidad en otros delitos concursales y, por supuesto, en otros ámbitos de actuación de las personas jurídicas. Vid., en el mismo sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 17, quien además resalta la no inclusión de los representantes legales tanto de una persona natural como jurídica.

¹⁶ Vid., en este sentido, BRUNS, *JZ*, 1954, p. 13, atendiendo sobre todo a la prohibición de analogía. Vid., también, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 17.

¹⁷ Vid., en este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 18.

¹⁸ Vid., en este sentido, RGSt, 16, 121 y ss.; 60, 234 y ss.; 63, 134. La referencia a estas sentencias: BRUNS, *JZ*, 1954, p. 13; RIMMELSPRACHER, *JZ*, 1967, p. 473; BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 18; BUSCH, *LK*, 9. Aufl., § 50a, n. 3; ROXIN, *LK*, 10 Aufl., § 14, n. 1; SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 2.

Frente a la deficiente solución legislativa y la situación de cierta ambigüedad en la jurisprudencia¹⁹, la doctrina penal alemana buscó fundamentar una solución satisfactoria al problema desde dos perspectivas: 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 representantes²⁰; y 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 ampliase la amenaza penal también a los representantes²¹. La primera propuesta desarrollada por dos sectores de la doctrina penal alemana, si bien con presupuestos metodológicos diferentes, sirvió de fundamento a varias sentencias condenatorias de los tribunales²². Las propuestas de *lege ferenda*, sin embargo, no se materializaron rápidamente, sino que siguieron un camino bastante largo. El legislador penal alemán, siguiendo más o menos el modelo de la KO, incluyó dentro del círculo de destinatarios de la norma en numerosos dispositivos particulares al representante legal y, en algunos casos, incluso al representante voluntario²³. Pero la posible inclusión de una cláusula general sobre la responsabilidad de los representantes, fue mucho más debatida, pues a pesar de las indicaciones de HOFACKER²⁴ sobre la necesidad de cubrir los vacíos de punibilidad mediante tal norma general, la reforma penal alemana de 1933 no la tuvo en consideración²⁵. Hasta el Proyecto de 1936 no se incluyó una disposición penal general sobre la responsabilidad de los órganos, que ciertamente significó un avance pre-legislativo en el problema del actuar en lugar de otro²⁶. Los

¹⁹ Vid., la referencia a esto, ROXIN, *LK*, 10 Aufl., § 14, n. 2

²⁰ Vid., en este sentido la propuesta de RIMMELSPRACHER, *JZ*, 1967, pp. 475 y 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, *CPC*, 3, pp. 168 y ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

²¹ Vid., en este sentido, MUÑOZ CONDE, *CPC*, 3, p. 172; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, p. 38.

²² Vid., BRUNS, «Zur neuesten BGH-Rechtsprechung über Hehlerei des «Gewerbegehilfen»», *NJW*, 1954, p. 1066 y s.; EL MISMO, «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung», *JZ*, 1958, p. 461.

²³ Vid., en este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 41 y ss.; ROXIN, *LK*, 10 Aufl., § 14, n. 2; SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 3.

²⁴ HOFACKER, *Die Staatsverwaltung und die Strafrechtreform*, Berlín, 1919, pp. 328, 429.

²⁵ Vid., en este sentido, BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933, pp. 52 y ss.; BRUNS, *JZ*, 1954, p. 13.

²⁶ La primera formulación de la responsabilidad del órgano en los trabajos oficiales de reforma fue hecha en un sentido negativo: «si el autor actúa por otro, especialmente como órgano, representante o encargado de una persona jurídica o natural, esta circunstancia no se opone a su castigo». La crítica de Mezger en el sentido

Proyectos de 1958²⁷, 1959²⁸, 1960 y 1962²⁹ recogieron, con alguna que otra modificación³⁰, la norma del «actuar en lugar de otro». Finalmente, mediante la Ley introductoria a la Ley de contravenciones (EGO-WiG) de 24 de mayo de 1968 se incluyó el actuar en lugar de otro en el § 50 del StGB (como § 50a)³¹, que después, con la segunda Ley de reforma penal de 1969 que entró en vigencia en 1975 y que cambió la numeración del StGB, pasó al actual § 14 del StGB. Durante todo este recorrido prelegislativo y legislativo de la norma del actuar en lugar de otro, los estudios especializados le han dado distintas interpretaciones y justificaciones dogmáticas. A continuación quisiera hacer referencia a las más importantes.

II. La justificación dogmática del actuar en lugar de otro

1. *La necesidad de una regulación positiva*

La primera etapa de la discusión doctrinal en Alemania se centró en la necesidad o no de contar con una norma jurídica expresa que regulase el actuar en lugar de otro. A pesar de la mencionada solución parcial que procuró la KO, los autores no se pusieron de acuerdo sobre la necesidad de tal cláusula o, más bien, de una general aplicable a todos los delitos. Veamos los argumentos que se esgrimieron ante este cuestión.

de sustituirla por una redacción en sentido positivo llevó finalmente a la redacción del § 6 denominado «Handeln für einen anderen» que establecía lo siguiente: «la amenaza penal vale también para el órgano o representante que actúa por otro». Vid., con mayores detalles, *Deutsche Justiz*, 1935, p. 1517; BRUNS, *JZ*, 1958, p. 462; BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 46 y s.; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 13; MARXEN, *NK*, § 14, n. 6.

²⁷ Vid., BRUNS, *JZ*, 1958, p. 461, en el que transcribe el § 14 del StGB-Entwurf 1958: «Quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, como su miembro o como representante legal de otro, será castigado como autor:

1. Si los elementos personales especiales que fundamentan la penalidad no se presentan en él, pero sí en su representado

2. Si la penalidad presupone un actuar en interés propio y el representante actúa en interés del representado».

²⁸ Vid., el § 15 del proyecto de 1959 I y el § 14 del proyecto de 1959 II, en BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 49.

²⁹ Vid., RIMMELSPRACHER, *JZ*, 1967, p. 472.

³⁰ Vid., la evolución de la redacción de la cláusula del actuar en lugar de otro en los distintos proyectos de Código penal en BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 46 y ss.

³¹ Vid., la discusión en la Gran Comisión de reforma del Derecho penal, *Niederschriften*, 4. Band, pp. 62, 312 y ss, 545 y s. Vid, también, BUSCH, *LK*, 9. Aufl., § 50a, n. 1 y ss.; MARXEN, *NK*, § 14, nn. 1 y 6; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 26 Aufl., § 14, n. 2; ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, p. 80.

A. El actuar en lugar de otro como un supuesto de participación

Una de las primeras interpretaciones que se presentaron frente al tema del actuar en lugar de otro, partía de la afirmación de que las mencionadas lagunas de punibilidad podían cubrirse suficientemente con algunas categorías dogmáticas de los delitos especiales: concretamente, mediante las figuras del *extraneus* y del *intraneus*³². RIBKA es quien defendió esta posición partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas: en tanto es posible que las personas jurídicas realicen acciones típicas y antijurídicas, la cuestión del «actuar en lugar de otro» no será más que un supuesto de complicidad³³. En este sentido, el órgano de la persona jurídica puede ser considerado un cómplice del delito y, de esta manera, aplicársele una sanción penal³⁴. Si no se sigue este desarrollo argumentativo en la responsabilidad penal del representante, se estará finalmente atribuyendo responsabilidad por un hecho ajeno³⁵.

La tesis de RIBKA fue criticada por un amplio sector de la doctrina alemana³⁶. No sólo se le cuestionó por sus fundamentos o puntos de partida –la supuesta capacidad de acción de las personas jurídicas³⁷–, sino fundamentalmente por su carácter limitado³⁸. En muchos de los supuestos de actuación en lugar de otro el representado ni siquiera actúa –puede que incluso no tenga conocimiento de lo que está haciendo su representante³⁹– y parece claro que no pueda afirmarse una actuación del representado que permita una sanción penal del representante como partícipe⁴⁰. Los escritos especializados entendieron que las

³² Vid., así, RIBKA, *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*, Diss., München, 1950, pp. 40 y ss.

³³ La sentencia del OLG Braunschweig, en *NJW*, 1954, p. 1777, asume de alguna manera esta posición al sancionar penalmente como cómplice en la organización de una lotería no autorizada al colector de tal lotería, a pesar de que el organizador era una persona jurídica.

³⁴ Vid., en este sentido, la exposición del pensamiento de Ribka que hace GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 26.

³⁵ RIBKA, *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*, p. 24 y s.

³⁶ Vid., BRUNS, *JZ*, 1954, p. 17 nota al pie 64, la crítica sobre al punto de partida de Ribka sobre la capacidad de acción de las personas jurídicas; BOCHMANN, *Teilnahme und Handeln für einen anderen*, p. 26 y ss. [cit. por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 28]; BOCKELMANN, *Sonderheft der ZStW* (69), p. 66; ROTBERG, «Für Strafe gegen Verbände», *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*. Festschrift zu hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentag, 1860-1960, Bd. II, Karlsruhe, 1960, p. 206.

³⁷ Vid., en este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 14 y s., desde un concepto final de acción; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 6 y ss.

³⁸ En este sentido, la crítica de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 28.

³⁹ Vid., en este sentido, BRUNS, *NJW*, 1954, p. 1067.

⁴⁰ Vid., en este sentido, por todos GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 28 y s. (espec. nota al pie de página 91).

lagunas de punibilidad producidas no podían cubrirse satisfactoriamente con un planteamiento tal, de manera que se afirmó, más bien, la necesidad de una norma jurídico-penal que incluyera, como destinatarios de los delitos especiales, también a los órganos o representantes de las personas jurídicas. Esta solución del problema, como ya mencionamos, es la que se ha impuesto finalmente en el sistema penal alemán, primero con la creación de normas particulares en los tipos penales de la parte especial que ampliaron la responsabilidad a los representantes, y luego con la cláusula general que es la que ha sido calificada de «actuar en lugar de otro». Con la regulación expresa del instituto del «actuar en lugar de otro», la solución dogmática de RIBKA ha dejado, pues, de tener cuando menos un asidero legal, pues al incluir dentro del círculo de destinatarios al órgano o representante, éstos han dejado de ser *extranei* del delito para convertirse en *intranei*⁴¹.

B. La existencia de un principio general del Derecho

Los intentos por fundamentar la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas jurídicas con independencia de una norma del *actuar en lugar de otro*, no se reducen, sin embargo, al planteamiento de RIBKA. La jurisprudencia alemana, en algunas sentencias del BGH, afirmó la existencia de un principio general que permitía atribuir responsabilidad penal a los órganos o representantes, a pesar de no reunir la cualidad exigida por el tipo penal y no estar, en principio, dentro del círculo de destinatarios de la norma⁴². Este principio general del derecho establecía que, en lugar de los sujetos criminalmente irresponsables, eran responsables sus representantes legales y, en el caso de las personas jurídicas, los órganos de ésta⁴³.

⁴¹ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 10, aunque desde la perspectiva de reducir relevancia como criterio distinto de imputación a los delitos de infracción de un deber.

⁴² Vid., por ejemplo, la sentencia del Reichsgericht de 3 de mayo de 1900, RGSt, 33, pp. 261 y ss. (algunas otras precisiones sobre los hechos de esta sentencia, BRUNS, *JZ*, 1954, p. 14; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 108; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 5 y s.; SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 3). Vid., también las sentencias RGSt 44, p. 125, RGSt 57, p. 191. BRUNS, *JZ*, 1954, p. 14, indica, sin embargo, que estas decisiones no desarrollaron suficientemente el principio general del derecho citado. Críticamente ante esta orientación de la jurisprudencia, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 35 y ss.

⁴³ Vid., en este sentido también, NAGLER/SCHÄFER, *LK*, II, 7. Aufl., p. 547; SCHÖREDER, *StGB* 13. Aufl., (1954), preliminares al § 47, n. 54. Aceptaron, por ejemplo, la responsabilidad del representante legal del deudor amenazado con una ejecución forzosa por estar dentro del círculo de destinatarios de la norma, SCHÖNKE, *StGB* (1952), p. 804;

Esta orientación jurisprudencial contó con el respaldo teórico de un sector de la doctrina alemana encabezado por NAGLER⁴⁴. El punto de partida de esta fundamentación era la comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo⁴⁵. La norma penal exige a sus destinatarios la realización (o la omisión) de determinadas conductas y, en este sentido, la responsabilidad penal se encuentra estrechamente vinculada con la capacidad de acción, esto es, con la capacidad de cumplir con los deberes jurídicos impuestos por la norma. Ya que los incapaces de actuar no pueden ser determinados, con base en normas jurídicas, a cumplir con los deberes que les corresponden, será necesario, para evitar que estos ámbitos se queden sin regulación jurídica, trasladar el cumplimiento de tales deberes a los sujetos que actúan por el incapaz. El deber de representación no puede, pues, limitarse al ámbito del negocio jurídico, sino que debe abarcar también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del Derecho penal⁴⁶. En tanto no es posible una representación en las consecuencias del injusto, la responsabilidad penal tendrá que recaer sobre el representante legal⁴⁷.

La tesis de NAGLER ha recibido críticas lo bastante convincentes como para postular su rechazo⁴⁸. En primer lugar, es ya discutible el presupuesto del que parte (la teoría de los imperativos)⁴⁹. Pero incluso dentro de la propia concepción de la norma como imperativo, es discutible la afirmación de que la norma jurídico-penal tenga como destinatarios a las personas capaces de imputación y, en el caso de los inca-

WELZEL, *Strafrecht*, 2. Aufl., 1949, p. 172; MAURACH, *Strafrecht*, BT, 1953, p. 216. Vid., la exposición de este punto de partida, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 108; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 246.

⁴⁴ Por esta razón, considero que la diferenciación que hace GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 237 y ss., 246 y ss., de una posición que pretende explicar el actuar en lugar de otro desde la teoría del destinatario de la norma y, por otro lado, aquella que la deriva de un principio general del derecho, es un tanto forzada. De hecho, el propio GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, p. 246 admite que la fundamentación de un principio general del Derecho puede considerarse el corolario de la tesis de la extensión del círculo de destinatarios de la norma especial a los representantes legales.

⁴⁵ Lo cual se puede ver claramente en el trabajo de NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig, 1903, pp. 4 y ss. Vid., también, el juicio al pensamiento de Nagler de BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 31; SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 3.

⁴⁶ Vid., en este sentido NAGLER, *LK*, II, 7. Aufl., p. 547. Vid., igualmente la exposición crítica de BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 31.

⁴⁷ NAGLER, *Teilnahme*, p. 55.

⁴⁸ Esta es, por ejemplo, la que formulara BRUNS, *JZ*, 1954, p. 14, que señala que aun cuando pudiese admitirse la teoría del principio general del derecho, su utilización en los casos de representación voluntaria (procuradores, apoderados o delegados) resulta muy problemática.

⁴⁹ Vid., por ejemplo, el cuestionamiento que le hace en este sentido BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 32 y s.

paces, a sus representantes legales⁵⁰. Frente a esta afirmación se levanta, en primer lugar, la objeción de que también los incapaces pueden ser destinatarios de la norma, aun cuando no puedan ser hechos penalmente responsables. De lo que se trataría, en todo caso, es de una extensión de la responsabilidad penal, en tanto se amplía el círculo de destinatarios de la norma para incluir también a los representantes legales⁵¹. Sin embargo, la doctrina aún hoy dominante entiende que en el caso de los órganos o representantes de personas jurídicas no existe propiamente tal extensión, pues las normas penales no se dirigen en lo absoluto a personas jurídicas, sino únicamente a sus representantes⁵². En este sentido, lo más adecuado sería que en los delitos especiales las normas jurídicas se dirigiesen directamente a los representantes de las personas jurídicas.

Independientemente de las discrepancias que puedan plantearse a los puntos de partida del pensamiento de NAGLER, son cuestiones de carácter operativo las que lo ponen en tela de juicio. La extensión de la responsabilidad penal a los administradores o representantes de una persona jurídica con base en un principio general del derecho, significaría que esta extensión es independiente de un reconocimiento legal en supuestos concretos. El hecho de que ciertas normas particulares hayan ampliado en el propio tipo penal de la parte especial o en leyes especiales la responsabilidad penal a los representantes de las personas jurídicas (por ejemplo, el mencionado § 244 KO), no negaría esta posibilidad en el resto de delitos especiales. Lo único que hace tal cláusula de extensión del círculo de destinatarios es reconocer un principio general del derecho que trasciende las normas particulares y que, por tanto, puede aplicarse a otros delitos⁵³; es decir, que esas normas positivas no serían de carácter constitutivo, sino de carácter declarativo⁵⁴.

⁵⁰ Vid., MAYER, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, München, 1926, p. 223; BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 32; MUÑOZ CONDE, *CPC*, 3, p.165.

⁵¹ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 109 se pregunta ya la razón por la que este punto de partida limita el traslado de la responsabilidad penal sólo a los representantes legales.

⁵² En este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 33 y s., en tanto las personas jurídicas no pueden actuar finalmente.

⁵³ En este sentido, NAGLER/SCHÄFFER, *LK*, II, 7. Aufl., § 244, p. 568; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, (1952), p. 804; LANDMANN/ROHMER, *Gewerbeordnung Kommentar*, II, 11.^a ed., 1959, § 151 n. 2a, referida a la ley de industrias [cit. por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 248, nota 235]. Vid., también la exposición de este planteamiento, BRUNS, *JZ*, 1954, p. 13 y s.

⁵⁴ Vid., en este sentido, JAGUSCH, *LK*, 8. Aufl., nota I, § 244 KO; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 13. Aufl., § 244 KO, n. 1. Por el contrario, reconocen un carácter constitutivo, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Komentar, 18. Aufl., Tübingen, 1931, nota I, § 244 KO.

Frente a estas afirmaciones se levanta una de las críticas más importantes al pensamiento de NAGLER. Se le reprocha a esta concepción encerrar un proceso analógico que, como sabemos, no es de recibo en el Derecho penal⁵⁵. La derivación de un principio general de ciertos tipos penales especiales para luego aplicarlo a otros supuestos, constituye pues una analogía prohibida en el Derecho penal. La seguridad jurídica, como expresión garantista del Derecho penal, tiene que primar sobre la posible existencia de un criterio material de Justicia que permitiría, en cualquier caso, ampliar la responsabilidad penal a los representantes. Esta fue la principal razón por la que la doctrina penal alemana se mostró, en un principio, poco receptiva con este planteamiento, a pesar de su uso por la jurisprudencia.

C. La perspectiva fáctica de análisis

Otra de las propuestas de interpretación del «actuar en lugar de otro» está fuertemente vinculada a la perspectiva fáctica de análisis. Esta línea de pensamiento sostiene la necesidad de contar en el Derecho penal con un método de interpretación autónomo para evitar lagunas de punibilidad⁵⁶. En este sentido, se trata más de un principio metodológico que de una solución dogmática a un específico problema interpretativo⁵⁷. Ciertamente no vamos aquí a abordar las distintas propuestas que se han esbozado en el Derecho penal para materializar esta interpretación fáctica en este ámbito⁵⁸, sino que sólo nos limitaremos al problema de los vacíos de punibilidad en las actuaciones en lugar de otro.

La perspectiva fáctica de análisis entiende que los elementos especiales de autoría que se presentan en los delitos especiales, por lo general, están configurados como elementos normativos que necesitan de un proceso de valoración (deudor, contribuyente, fabricante, etc.)⁵⁹. Co-

⁵⁵ Vid., en un principio, MAYER, H., *Die Untreue*, p. 223; BUSCH, *Grundfragen*, pp. 53, 86 y ss.; BRUNS, *JZ*, 1954, p. 14; EL MISMO, *JZ*, 1958, p. 461. En España MUÑOZ CONDE, *CPC*, 3 p. 162; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, p. 38; BACIGALUPO, en Cobo del Rosal (dr.), *Comentarios*, p. 318; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 248 y s.

⁵⁶ Vid., una advertencia ante el posible regreso de esta perspectiva fáctica en delitos como el lavado de dinero o la responsabilidad por el producto, LÜDERSSEN, «Die Wiederkehr der «Befreiung des Starfrechts vom zivilistischen Denken»-eine Warnung», en *FS-Hanack zum 70 Geburtstag*, Berlín, 1999, pp. 487 y ss.

⁵⁷ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 28.

⁵⁸ Vid., en general, CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise, Ein Beitrag zur Auslegung im Strafrecht*, Berlín, 1984, *passim*.

⁵⁹ Sin embargo, existen elementos subjetivos de autoría constituidos por elementos descriptivos, como es el caso de mujer, gestante, etc. Vid., sobre esto, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 209.

mo estos conceptos normalmente provienen del Derecho civil o de otros ámbitos jurídicos o incluso sociales⁶⁰, se presenta el dilema de cómo determinar su contenido: ya sea de manera idéntica a su ámbito de procedencia, o mediante una interpretación autónoma con base en la finalidad del Derecho penal⁶¹. Para esta tendencia está claro que en el caso de una actuación en lugar de otro, una interpretación del elemento especial de autoría fiel a su ámbito de procedencia no permitiría calificar como sujeto activo al representante u órgano que ha realizado fácticamente la acción típica. Por esta razón, los impulsores de la perspectiva fáctica de análisis proponen una interpretación autónoma de los conceptos, esto es, una interpretación desvinculada de los sectores extrapenales de donde provienen estos conceptos, que se ajuste sólo a las necesidades del Derecho penal y que evite, por tanto, los mencionados vacíos de punibilidad⁶². Sin embargo, la fundamentación de esta afirmación se hace de manera distinta entre los defensores de esta perspectiva de análisis.

a. La interpretación fáctica de Bruns

No cabe duda de que uno de los autores más representativos de la perspectiva fáctica de análisis en el Derecho penal es Hans-Jürgen BRUNS. Y es especialmente en el ámbito de la responsabilidad de los órganos y representantes donde ha desarrollado sus postulados. En 1954, en un artículo publicado en la *Juristenzeitung*, BRUNS se mostró crítico ante un sector de la jurisprudencia alemana de ese entonces respecto del tema de la responsabilidad de los representantes, sobre todo de personas jurídicas. Igualmente se mostró crítico ante la propuesta antes expuesta de NAGLER⁶³ para solucionar los vacíos de punibilidad que presentaban los delitos especiales en el caso de actuaciones por medio de representantes. BRUNS entendía que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los

⁶⁰ Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 210.

⁶¹ Determinaciones que según LÜDERSEN, *FS-Hanack*, p. 487 no son ciertamente excluyentes.

⁶² Vid., con más detalle sobre la perspectiva fáctica de análisis, BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlín, 1938, pp. 308 y ss.; EL MISMO, *JZ*, 1954, pp. 15 y ss.; EL MISMO, *JZ*, 1958, pp. 461 y ss.; EL MISMO, *GA*, 1982, pp. 1 y ss.; EL MISMO, «Die faktische Betrachtungsweise im Strafrecht», *JR*, 1984, pp. 133 y ss.; BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 37 y ss.; CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, pp. 17 y ss.; GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-Baden, 1994, pp. 23 y ss., 173.

⁶³ Vid., BRUNS, *JZ*, 1954, p. 12 y s.

tipos penales de la parte especial. Una interpretación que debía ser independiente de los conceptos jurídicos civiles y que buscara el sentido fáctico-natural de los elementos del tipo penal particular⁶⁴. Sólo de esta forma podría llegarse a afirmar la tipicidad de la conducta de los representantes en los delitos especiales y evitar, por tanto, las intolerables lagunas de punibilidad⁶⁵.

El propio BRUNS reconoce, sin embargo, que si bien la interpretación fáctica resolvía en la práctica muchos de los problemas formalistas, un uso discrecional de este método de interpretación no siempre era conveniente⁶⁶. Ciertamente este método podría utilizarse, sin afectar el principio de legalidad, en aquellos tipos penales que tipificaban la conducta en un ámbito regulado por el Derecho civil (por ejemplo, en los delitos que se configuran con acciones como vender, gravar, etc.)⁶⁷, pero en los denominados delitos especiales su utilización no era pacífica. Una generalización apriorística de la interpretación fáctica podía resultar peligroso, ya que en la legislación penal existen tipos penales que necesariamente deben ser interpretados con base en su significación extrapenal⁶⁸ o que requieren elementos internos personales que difícilmente pueden ser fácticamente trasladados al representante⁶⁹. La interpretación fáctica de la cualidad especial exigida por un delito especial podría significar una interpretación que desnaturalice el sentido del término, de manera que constituya una infracción del principio de

⁶⁴ BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15. Pero ciertamente se echa en falta razones que convezan sobre la utilización de esta interpretación fáctica, lo cuál WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 24, intenta emprender (p. 25 y ss.).

⁶⁵ Vid., BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15.

⁶⁶ Vid., MAURACH, *JZ*, 1952, p. 714; BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15.

⁶⁷ Este grupo de casos es el que produce las llamadas actuaciones en lugar impropias, vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 222. Vid., la no necesidad de utilizar la cláusula de actuar en lugar de otro en estos casos, BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15; EL MISMO, *JZ*, 1958, p. 462; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 129 y s.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 222.

⁶⁸ Vid., en este sentido para los delitos de insolvencias, MUÑOZ CONDE, *CPC*, 3, p. 167.

⁶⁹ Vid., BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15 y s. En el mismo sentido, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 26. Menor relevancia han tenido los llamados delitos con tendencia subjetiva egoísta en el actuar en lugar de otro, si bien se ha discutido sobre la posibilidad de trasladarlos directamente a los representantes o si forman parte del problema de la responsabilidad de los órganos o representantes. (vid., a favor, BRUNS, *JZ*, 1954, p. 16; EL MISMO, «Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OwiG)», *GA*, 1982, p. 5 y s.; GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 137 y ss., 296 nota 53; en contra BLAUTH, *Handeln*, p. 149; WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 99; ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 20; SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 39). La legislación penal de los distintos países que han regulado el actuar en lugar de otro no los ha incluido como un supuesto y han sido, más bien, progresivas reformas de los tipos penales de la parte especial las que han ampliado los elementos subjetivos a actuaciones «altruistas» (en favor de terceros).

legalidad⁷⁰. Por esta razón, BRUNS recomendó la existencia de una norma general que regulase el actuar en lugar de otro y evitase una posible transgresión del principio de legalidad⁷¹, dirigiendo más bien sus críticas a la redacción formalista que normalmente asumieron las normas jurídico-penales que regularon el actuar en lugar de otro⁷².

El mérito de BRUNS está en haber permitido descubrir que en las actuaciones en lugar de otro se presenta una asunción fáctica, por parte del actuante, de la posición del titular del *status* exigido por el delito especial⁷³. Por esta razón, la responsabilidad del representante no debe reducirse a la de los representantes legales, sino que ha de ampliarse a todos los posibles representantes voluntarios o apoderados⁷⁴. Pero, además, en algunos casos, incluso no interesa la relación de representación, sino que el autor ejerza en un sentido puramente fáctico las funciones correspondientes a la posición jurídica exigida por el delito especial⁷⁵. Sin embargo, un desarrollo más preciso de esta asunción fáctica se echa en falta: su punto débil es, pues, la ausencia de una justificación dogmática suficiente para la equivalencia de la actuación del representante, o del sujeto que fácticamente asume una posición jurídica especial, con la del titular del *status* típico, de manera que justifique su calificación para el Derecho penal como autor del delito especial correspondiente⁷⁶. Este desarrollo se alcanza con WIESENER, quien deja de utilizar la perspectiva fáctica de análisis como un simple principio metodológico y hace propiamente un estudio dogmático en busca de un fundamento material⁷⁷.

⁷⁰ Vid., en este sentido, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 40; ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 12; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 129.

⁷¹ Vid., BRUNS, *JZ*, 1954, p. 16.

⁷² Vid., en este sentido, BRUNS, *GA*, 1982, pp. 6 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 231.

⁷³ Vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 224.

⁷⁴ BRUNS, *JZ*, 1954, p. 16.

⁷⁵ Vid., BRUNS, *JZ*, 1958, p. 463. Sin embargo, Bruns en este artículo sobre el actuar en lugar de otro (p. 364) entra en una aparente contradicción, sobre todo al intentar diferenciar los llamados delitos especiales de los delitos con elementos personalísimos. Bruns excluye los delitos con elementos personalísimos porque en estos casos no es posible una representación civil (aquí excluye los delitos de homicidio, aborto y contra la moral). Esta contradicción es criticada por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 186 y ss. Sin embargo, creo entender que Bruns intenta diferenciar los casos en los que cabe un actuar en lugar de otro (aquellos que permiten jurídicamente una representación), del criterio para afirmar la responsabilidad del que actúa en lugar de otro. En este último aspecto es donde Bruns niega la necesidad de una efectiva relación de representación, bastando un dominio fáctico sobre la posición jurídica del autor cualificado.

⁷⁶ Vid., en similar sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 225; SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 21.

⁷⁷ Vid., el propio WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 15: «Das auf diesem Wege gefundene Ergebnis stellt den Versuch dar, die sogenannte faktische

b. *La fundamentación dogmática de Wiesener*

En 1971 WIESENER publicó su obra sobre la responsabilidad penal de los órganos y representantes, cuyos puntos de partida se sustentan en una perspectiva fáctica de análisis⁷⁸. Su trabajo parte de la pregunta de por qué la representación regulada por el Derecho civil puede suscitar especiales problemas en el Derecho penal como, por ejemplo, las lagunas de punibilidad en los delitos especiales⁷⁹. WIESENER coincide con BRUNS en cuanto este último afirma que el Derecho penal contiene delitos especiales formulados con conceptos civiles⁸⁰, pero pone dudas sobre un traslado de la regulación civil al ámbito del Derecho penal. WIESENER entiende que debe compatibilizarse la figura de la representación (regulada en el Derecho civil) con los fundamentos del Derecho penal y, en este sentido, adquirir unos especiales contornos⁸¹.

WIESENER diferencia dos planos en la representación: uno de carácter psico-físico, referido a la realización de la acción, y otro normativo referido a la atribución de los efectos jurídicos⁸². La regulación civil opera en el ámbito de atribución de efectos jurídicos (al representado), que ciertamente en Derecho penal no podría tener lugar, pues, de lo contrario, estaríamos ante un proscrito caso de responsabilidad penal (del representado) por hecho de tercero (representante). Sólo podría afirmarse una responsabilidad penal del representado mediante la figura de la autoría mediata o coautoría, pero estaríamos ya ante hechos propios y no ajenos⁸³. En este sentido, el Derecho penal presta especial atención a la acción natural como criterio de referencia de los tipos penales⁸⁴, dejando de lado los criterios de imputación de la responsabilidad civil⁸⁵. Los vacíos de punibilidad en el Derecho penal se presentan justamente cuando en la interpretación de los tipos penales, se

Betrachtungsweise im Zusammenhang mit den besonderen strafrechtlichen Kriterien der Organ- und Vertreterhaftung zu rechtfertigen und zu begründen».

⁷⁸ Algo que reconoce el propio WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 15 y s.

⁷⁹ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 20.

⁸⁰ Siempre y cuando exista compatibilidad entre ambas regulaciones, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 42.

⁸¹ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 26, 35.

⁸² WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 28. En un sentido similar respecto de estos dos niveles en España, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1978, p. 230.

⁸³ Vid., con mayor detalle, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 30 y ss., 47.

⁸⁴ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 36.

⁸⁵ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 38.

utilizan los criterios de imputación civiles, los cuales ponen la atención en el representado, y no en la acción natural realizada por el representante⁸⁶.

WIESENER va concretando estas ideas en los distintos supuestos de actuar en lugar de otro, para lo cual sigue la clasificación establecida por BRUNS⁸⁷: delitos con ámbitos de actuación delimitados, delitos con tendencia subjetiva egoísta y delitos especiales. WIESENER excluye los delitos con elemento subjetivo interno egoísta de la problemática de la responsabilidad penal del órgano o representante⁸⁸, pues entiende que en estos delitos el problema interpretativo no es propiamente una posible responsabilidad penal del representante, sino si es posible subsumir en el tipo penal de la parte especial una conducta a favor de otro⁸⁹. Por el contrario, en los delitos que se configuran en determinados ámbitos de regulación extrapenal, sí se presenta un supuesto de responsabilidad penal del órgano o representante que procura solucionar con la perspectiva fáctica. Como ya se ha dicho, en estos delitos no interesa el ámbito de imputación de los efectos jurídicos extrapenales (el sujeto de imputación), sino la acción fáctica (sujeto de acción)⁹⁰. Por ejemplo, en el caso de ámbitos sujetos a regulación por parte del Derecho civil, no interesa quién está obligado como comprador, vendedor, comisionista, mandante, etc; sino quién realiza fácticamente la acción de comprar, vender, etc⁹¹; así pues el delito de estelionato de propietario no sólo puede ser cometido por el propietario, sino también por su representante, en tanto éste realiza fácticamente la venta de un bien de su representado como bien libre, cuando en realidad se encuentra gravado, aunque los efectos jurídico-civiles recaigan no sobre éste, sino so-

⁸⁶ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 39.

⁸⁷ Vid., BRUNS, «Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperchaften Rechtgüter Dritter verletzen, bestraft werden?», *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 17, Karlsruhe, 1955, p. 13 y s.

⁸⁸ Vid., WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 86.

⁸⁹ Vid., más detalladamente, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 85 y ss.

⁹⁰ Algo que luego BRUNS, *GA*, 1982, p. 10, reconoce y cita expresamente.

⁹¹ Vid., WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 47 y ss. Esta forma de interpretar la responsabilidad de los órganos y representantes tuvo un uso extendido en la jurisprudencia alemana hasta antes de la regulación del actuar en lugar de otro (en un primer momento el RG en RGSt 34, p. 449; RGSt 36, p. 126; RGSt 62, p. 20; RGSt 63, p. 254; RGSt 52, p. 97; RGSt 60, p. 358, y luego el BGH en BGHSt 2, pp. 262 y 355). Esto se explica, en todo caso, por la necesidad de cubrir los vacíos de punibilidad que un respeto irrestricto del principio de legalidad hubiese producido. Sin embargo, el propio BRUNS, *JZ*, 1954, p. 15, que defiende también una interpretación fáctica de los tipos penales, entiende que no todos los tipos penales resisten una tal solución drástica.

bre su representado⁹². Los vacíos de punibilidad se presentan cuando ponemos atención en la persona del representado –sobre quién recae los efectos jurídico-civiles–, y no sobre el sujeto que actúa (el representante).

El tercer grupo de casos –esto es, el de los delitos especiales– es el que más polémica ha generado en la cuestión de la responsabilidad de los órganos o representantes, pues en estos casos es mucho más difícil cubrir directamente los vacíos de punibilidad sin afectar el principio de legalidad. Como lo hemos visto, el propio BRUNS recomienda para estos casos una regulación expresa del «actuar en lugar de otro» que permita sortear los obstáculos derivados de la exigencia de la legalidad. Sin embargo, WIESENER en este punto central de la cuestión difiere de la perspectiva fáctica de BRUNS, al mantener que también en estos casos basta una interpretación fáctica para hacer responsables a los representantes, sin necesidad de una regulación expresa del «actuar en lugar de otro». Para WIESENER, los delitos especiales no limitan el círculo de destinatarios de la norma, pues, siguiendo la teoría de las normas desarrollada por Armin KAUFMANN, entiende que destinatarios de la *norma* son todos los ciudadanos, aunque luego se concrete el *deber* en alguna persona⁹³. Todos, incluidos los representantes, son, pues, destinatarios de la norma de los delitos especiales, siendo la cuestión a determinar quiénes están concretamente obligados por la norma. Esta determinación de los sujetos obligados en los delitos especiales no se produce en el plano general de la *norma*, sino en el ámbito de determinación del *deber*⁹⁴. Pero no se trata de un deber especial que provenga de un ámbito de regulación extrapenal⁹⁵, sino de un conjunto de circunstancias objetivas, abstractamente determinadas por la norma penal, que permiten determinar la posición del deber. El deber en los delitos especiales está en una relación directa con el objeto de la acción, en otras palabras, con el bien jurídico⁹⁶. En este sentido, más que una delimitación del círculo de destinatarios, existe en los delitos especiales una delimitación del ámbito

⁹² Estos son los casos que GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 200 y ss., califica de actuaciones en lugar de otro impropias que, a diferencia de Schönemann que en estos casos ve una absoluta accesoriedad de las normas penales al Derecho civil, considera que aquí no es necesario recurrir a la cláusula general del actuar en lugar de otro porque en estos casos todos los elementos típicos concurren en el representante.

⁹³ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 114 y ss.

⁹⁴ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 116.

⁹⁵ En este punto se encuentra el punto de divergencia con la posición de Roxin. Vid., más detalladamente, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 123 y ss.

⁹⁶ WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 133.

⁹⁷ Vid., la referencia, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 137 y ss.

de la acción. Siguiendo la terminología de BINDING⁹⁷, califica a este deber como un *deber personalísimo de obediencia*⁹⁸ –sea de acción o de omisión– que debe cumplir no aquél sobre el que recae los efectos jurídicos (civiles), sino aquél que realmente actúa. El representante de un deudor, por ejemplo, debe ser considerado deudor a efectos de los delitos concursales, pues, si bien los efectos jurídicos de la insolvencia recaen sobre su representando, quien infringe los deberes de acción o de omisión establecidos en los tipos penales, es quien actúa –en este caso, el representante. La norma penal, mediante el elemento especial de autoría, lo que hace realmente es describir como sujeto activo a aquél que está fácticamente en una posición desde la que se puede realizar la conducta típica⁹⁹. Si bien el representante no reúne el elemento civil de la autoría, sí reúne el exigido por el Derecho penal, pues desde su posición fáctica puede realizar la conducta típica¹⁰⁰. Una cláusula expresa de actuaciones en lugar de otro se convierte, de esta manera, en innecesaria, pues una interpretación fáctica de los conceptos utilizados por el tipo penal, permitiría incluir ya las actuaciones de los órganos o representantes no cualificados de un sujeto calificado en el tipo penal correspondiente¹⁰¹. Esto explica por qué WIESENER fue muy crítico con el entonces parágrafo 50a del StGB que regulaba el actuar en lugar de otro, al que consideró como una norma simplemente declarativa¹⁰².

No cabe duda de que WIESENER representa un primer paso en la fundamentación dogmática del actuar en lugar de otro¹⁰³. No obstante, no se han impuesto las opiniones que consideran innecesaria una cláusula general o particular del actuar en lugar de otro, sino que se ha estimado necesario finalmente contar con una cláusula general aplicable a los delitos especiales. Esto ha traído como consecuencia que las posturas que sostenían la falta de necesidad de una cláusula expresa del

⁹⁸ Un deber personalísimo que es distinto en el Derecho penal al del Derecho civil. Vid., en este sentido, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 142.

⁹⁹ Vid., en este sentido, WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 164 y s.

¹⁰⁰ Vid., WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 147 y s., mediante la llamada «asunción fáctica de un ámbito especial de tareas dentro de un orden social». Vid., también la exposición de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 218.

¹⁰¹ Vid., WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 146 y ss. En este sentido, la jurisprudencia alemana utilizó este criterio para castigar a los representantes de personas que no poseían en sentido estricto el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal. Vid., sobre ello, WIESENER, *op. cit.*, pp. 102 y ss; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 212.

¹⁰² WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 16, 185 y ss., para quien la responsabilidad del órgano o representante era una cuestión propia de la interpretación de los elementos de cada tipo penal.

¹⁰³ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 28.

actuar en lugar de otro, de alguna manera, hayan sido dejadas de lado o reestructuradas con base en la regulación positiva. En este contexto, la actual doctrina dominante se ocupa ahora, más bien, de explicar en qué fundamento dogmático se basa la cláusula general del actuar en lugar de otro que equipara el actuar de un *extraneus* del delito especial con un *intraneus*, esto es, por qué se puede hablar de una identidad normativa entre la actuación de un sujeto cualificado y la actuación de una persona no cualificada que actúa en su lugar. La discusión doctrinal ha pasado de debatir sobre la necesidad de una regulación expresa del actuar en lugar de otro, a la determinación del fundamento dogmático de tal figura.

2. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro

La doctrina es unánime al reconocer que la cláusula general que regula el «actuar en lugar de otro» se encuentra vinculada a los delitos especiales¹⁰⁴: su finalidad político-criminal es cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales. Estos delitos se caracterizan por el hecho de que el tipo penal exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo del delito¹⁰⁵. Sin embargo, esta explicación formal de los delitos especiales no proporciona elementos de juicio materiales que permitan explicar el fundamento dogmático de las actuaciones en lugar de otro y, por tanto, hacer un análisis que vaya más allá del simple tenor literal. Por esta razón, para descubrir el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, no basta con hacer la indicación de que su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales, sino que es necesario precisar la estructura material de estos delitos especiales y cómo se justifica la responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro.

¹⁰⁴ Vid., en este sentido, BRUNS, GA, 1982, p. 14 y s.; BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 59; BACIGALUPO, en Cobo del Rosal (drg.), *Comentarios*, p. 315; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, p. 88; MARXEN, NK, § 14, n. 2; MIR PUIG, *Derecho penal*, L 7/67; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (drg.), Madrid, 1997, p. 176; SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho penal*, p. 125 y s. Ciertamente, existen determinados delitos especiales en los que no es necesario la utilización de la norma que regula las actuaciones en nombre de otro —vid., SCHÜNEMANN, LK, 11. Aufl., § 14, nn. 19 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, pp. 200 y ss., a las que denomina actuaciones en lugar de otro impropios.

¹⁰⁵ Vid., por todos, BRUNNER, *Der Täterkreis bei Kartellordnungswidrigkeiten*, Bamberg, 1986, p. 11 nota 24.

A. El delito especial como delito de infracción de un deber

El primero en plantear directamente un concepto material de los delitos especiales para solucionar cuestiones dogmáticas es ROXIN¹⁰⁶. En su escrito de habilitación, el cual ciertamente tiene ya varias ediciones, califica ROXIN a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)¹⁰⁷ y con base en esta comprensión desarrollada reglas especiales —y por tanto distintas— de autoría y participación en ciertos tipos penales¹⁰⁸. Sin embargo, la utilidad dogmática de este criterio material no se reduce al ámbito de la autoría y participación, sino que también ha sido usada para explicar el fundamento del actuar en lugar de otro¹⁰⁹.

a. El deber secundario de los representantes

Si bien fue ROXIN el primero en hacer un desarrollo dogmático de la categoría de delitos de infracción de un deber, BLAUTH fue el primero en hacer uso de esta categoría para explicar y fundamentar el actuar en lugar de otro¹¹⁰. BLAUTH vincula el actuar en lugar de otro, como lo hace unánimemente la doctrina penal, con los delitos especiales propios¹¹¹, pero afirma además que la estructura de estos delitos se corresponde con la categoría de los delitos de infracción de un deber desarrollada por ROXIN¹¹². Sin embargo, esta aparente coincidencia en el uso de los términos entre BLAUTH y ROXIN no significa que entiendan el delito de infracción de un deber en un mismo sentido. BLAUTH defiende una vi-

¹⁰⁶ Vid., en este sentido, JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos» (trad. Cancio Meliá), en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 166, en la que incluso le otorga mayor potencia normativa que el criterio del dominio del hecho.

¹⁰⁷ Vid., así, ROXIN, *Derecho penal*, PG, (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal), Madrid, 1998, § 10, n. 128 y s. Del mismo modo, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, 50 Aufl., § 14., n. 1a.

¹⁰⁸ Vid., sobre esto ROXIN, *Täterschaft*, pp. 352 y ss.

¹⁰⁹ Vid., ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 10. También parte de esta idea la interpretación de MARXEN, *NK*, § 14, n. 15, sobre el principio determinante del actuar en lugar de otro: «Die Vorschrift ermöglicht die Bestrafung von Organen und Vertretern, die an den Pflichten des unmittelbaren Normadressaten teilhaben».

¹¹⁰ Vid., BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 79.

¹¹¹ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 91.

¹¹² Vid., BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 78, 82, aunque hay una precisión terminológica para Blauth respecto de Roxin en cuanto considera que los delitos de infracción de un deber incluye tanto los delitos especiales propios como impropios, siendo este último grupo excluido, en principio, del planteamiento de Blauth.

sión de la teoría del delito de raíz finalista¹¹³ y fundamenta esencialmente su comprensión del actuar en lugar de otro en el pensamiento de su maestro GALLAS¹¹⁴.

BLAUTH parte del hecho de que la norma jurídico penal tiene una naturaleza compleja, en tanto es una norma de determinación, así como también expresión de una valoración¹¹⁵. Esto último es precisamente lo que permite hacer una (des)valoración del injusto con base en la idea del bien jurídico. Sin embargo, no basta simplemente con hacer mención a un bien jurídico sin sustrato material, pues, como lo enseñó la época del nacional-socialismo, una espiritualización del bien jurídico permitiría esconder intenciones puramente políticas¹¹⁶. En este sentido, es necesario previamente determinar cuál es la medida de valoración y, para ello, el paso decisivo es reconocer al Derecho como un orden objetivo de la vida y el injusto, por tanto, como una lesión de este orden¹¹⁷. El desvalor del injusto se encuentra en el *resultado* del comportamiento, es decir, en la lesión de un bien jurídico, en lo socialmente dañoso. Sin embargo, la valoración de la norma no se reduce a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. BLAUTH reconoce que existen otros tipos penales, como el de los delitos de abusos deshonestos y rufianismo, que no se pueden explicar sólo con la referencia a un bien jurídico¹¹⁸. El desvalor de estos delitos se encuentra en lo socialmente reprochable, sin interesar si lesionan un bien jurídico o son socialmente dañosos. En este sentido, el delito no debe entenderse únicamente como un acto socialmente dañoso, sino también como la infracción de un deber ético-social¹¹⁹.

Pero como ya lo mencionamos, BLAUTH entiende que la norma jurídico penal es también un mandato de determinación y, en esta medida, dirige un mandato a los ciudadanos. En el caso de los delitos comunes el círculo de destinatarios será general, mientras que en los delitos especiales el deber se concreta en un grupo de personas¹²⁰. Este deber de

¹¹³ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 15 (el concepto de acción) y p. 12 (el concepto de bien jurídico como fundamento incluso en los delitos especiales), aunque reconoce diferencias con el pensamiento de Welzel respecto de su teoría del injusto personal (p. 68).

¹¹⁴ Vid., en este sentido, ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 17; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 294.

¹¹⁵ Vid., BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 64.

¹¹⁶ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 66.

¹¹⁷ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 64.

¹¹⁸ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 70.

¹¹⁹ Vid., en este sentido, GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1959, p. 34 y s.

¹²⁰ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 76.

los delitos especiales debe determinarse no sólo con base en los elementos que describen la acción prohibida, sino también teniendo en cuenta los destinatarios de la norma, es decir, los portadores del elemento especial de autoría¹²¹. Sólo los sujetos que reúnen el *status* exigido por el delito especial son titulares del deber. En este sentido, a los representantes legales que no reúnen el elemento especial de autoría, no les alcanza la titularidad del deber. Sin embargo, la posibilidad de sancionar penalmente a los representantes por el incumplimiento de los deberes de su representado no está excluida¹²², sólo que no se trata de incumplimiento del mismo deber que su representado, sino de un «deber secundario» que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado¹²³. Se trata de un deber secundario, porque el deber primario proviene normalmente de un ámbito extrapenal y, por tanto, el Derecho penal no puede por sola voluntad ampliar a otras personas estos deberes. La norma del actuar en lugar de otro permite sancionar a los representantes por el incumplimiento de un deber secundario¹²⁴. Lo que habrá que precisar es cuándo surge ese deber secundario¹²⁵.

Para poder determinar teóricamente en qué delitos existe propiamente una representación penalmente relevante y en cuáles no, BLAUTH utiliza los dos posibles criterios de valoración de la norma: el desvalor del resultado y el desvalor del acto. Como hemos visto, puede que, por un lado, el tipo penal ponga su acento en la protección de un bien jurídico (evitar una conducta socialmente dañosa), de manera que lo que interese en la tipificación sea el ámbito social en el que se encuentra el bien jurídico protegido. En caso de que se trate de un ámbito social específico¹²⁶, el tipo penal estará configurado como un delito especial, cuyo elemento especial de autoría estará referido al resultado (delito de infracción de un deber referido al resultado)¹²⁷. Como el fundamento de estos delitos está en la infracción de un deber que lesiona un bien jurídico, el representante puede también lesionarlo, es decir, puede cumplir el desvalor objetivo

¹²¹ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, pp. 60 y ss.

¹²² BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 79.

¹²³ Vid., así, BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 81. En el mismo sentido, la interpretación de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 297.

¹²⁴ En este sentido es la relación de representación la que fundamenta el deber secundario cuya infracción permite imponer la sanción penal por el delito especial. En contra de la teoría de la representación y del deber secundario, GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, 1993, pp. 220 y ss.

¹²⁵ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 84.

¹²⁶ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, 73.

¹²⁷ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 86 y s.

del injusto¹²⁸. Pero para ello no basta sólo tener la relación de representación, sino que es necesario que el representante entre en la misma posición de la persona idónea para realizar el tipo penal¹²⁹.

Por otro lado, puede que el elemento personal de los delitos especiales esté referido a un especial reproche ético-social, de manera que lo relevante no sea la lesión del bien jurídico, sino el incumplimiento del deber especial del sujeto cualificado¹³⁰. Estos son los llamados delitos especiales referidos al autor, para los que BLAUTH rechaza un actuar en lugar de otro. Estos delitos se sustentan en deberes personalísimos que no se fundamentan en la lesión del bien jurídico y cuyo cumplimiento, por tanto, no puede ser transferidos a otros mediante una relación de representación. En tanto no es posible una representación no cabe hablar de un «actuar en lugar de otro». En este grupo se incluyen, por ejemplos, los delitos de funcionarios¹³¹.

A la fundamentación del «actuar en lugar de otro» desarrollada por BLAUTH se le han opuesto también objeciones¹³². Ya la doctrina alemana mayoritaria afirma que no es posible deducir la existencia de elementos objetivos de la autoría vaciados de relación con el bien jurídico¹³³. En este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN cuestiona la legitimidad de los delitos especiales referidos al autor y, con ello, de alguna manera la limitación del «actuar en lugar de otro» a sólo algunos delitos especiales¹³⁴. Un visión del delito como mera infracción del deber significaría, pues, regresar a un Derecho penal anticuado y disciplinario, contrario al Estado social y democrático de derecho que exige necesariamente una referencia a la protección de bienes jurídicos¹³⁵.

b. La representación en el cumplimiento del deber

ROXIN diferencia en la construcción de su teoría sobre la autoría y participación, los delitos de dominio de los delitos de infracción de un

¹²⁸ Vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 298.

¹²⁹ Vid., BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 87.

¹³⁰ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 72.

¹³¹ BLAUTH, *Handeln für einen anderen*, p. 76. Vid., la referencia en ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 16.

¹³² Vid., por ejemplo, la crítica de ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 18, en tanto la interpretación de Blauth depende de la mutua relación que existe entre el § 14 y el 28 § StGB.

¹³³ Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 300, nota 67.

¹³⁴ Vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 301, 306.

¹³⁵ Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 228; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 306.

deber¹³⁶. Con base en esta distinción construye un sistema de determinación de la autoría con criterios diferenciados. En los delitos de dominio, el criterio para determinar la autoría es precisamente el dominio del hecho, mientras que en los delitos de infracción de un deber es simplemente la infracción de un deber especial antepuesto en el plano lógico a la norma penal, es decir, que proviene de un ámbito extrapeenal¹³⁷. Este último grupo de delitos es el que interesa para el actuar en lugar de otro, pues éstos son siempre delitos especiales¹³⁸. La justificación dogmática del «actuar en lugar de otro» deberá ajustarse a los caracteres de este grupo de delitos.

ROXIN afirma que la norma del actuar en lugar de otro se refiere sólo a los denominados delitos de infracción de un deber¹³⁹. El § 14 StGB que regula el «actuar en lugar de otro» responde a un uso extendido en el tráfico económico donde muchos asumen los deberes de otros (*Ersatzvertretung*)¹⁴⁰. En el caso de personas jurídicas y de incapaces se hace siempre necesaria su representación por personas naturales¹⁴¹. Pero en el resto de sujetos del tráfico jurídico también se ha convertido en necesaria una representación por otro, pues con la actual complejidad del sistema económico es difícil que el titular de diversos deberes pueda cumplir personalmente con todos ellos. En el ámbito del Derecho penal esto lleva también a trasladar el cumplimiento de los deberes al representante. Sin embargo, es necesario que el deber que le corresponde al sujeto cualificado según el tipo penal, pueda ser trasladado al representante y, por tanto, éste pueda ser sancionado penalmente en caso de incumplimiento¹⁴², pues en el caso de deberes personalísimos o irrepresentables, una actuación en lugar de otro no puede tener lugar¹⁴³. La fundamentación de ROXIN del «actuar en lugar de otro» gira

¹³⁶ Vid., fundamental, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1998, pp. 383 y ss.

¹³⁷ Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 385; EL MISMO, *LK*, § 25, n. 208. Críticamente, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 17.

¹³⁸ Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho penal*, § 10, n. 128; EL MISMO, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 10. Vid., también de la misma opinión, DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, preliminares al § 13, n. 35, § 14, n. 1a. Críticamente, OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, pp. 48 y ss.

¹³⁹ Actualmente, el «actuar en lugar de otro» responde a una exigencia de la realidad social. La vida económica, caracterizada por la división especializada del trabajo, por la rapidez del tráfico económico que exige que las personas necesiten de la ayuda de terceros, etc., obliga a que las funciones y deberes que una persona debe cumplir sean desempeñados en ocasiones por sujetos distintos. Vid., en este sentido, ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 9; SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 11.

¹⁴⁰ ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 9.

¹⁴¹ ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 9.

¹⁴² Vid., en este sentido, ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 7.

¹⁴³ ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 22.

en torno al cumplimiento del deber y la posibilidad de transferir dicho cumplimiento a terceras personas (representantes o sustitutos).

La doctrina dominante alemana no ha acogido, sin embargo, la categoría de los delitos de infracción de un deber. No sólo no la aceptan como punto de partida de una construcción dogmática¹⁴⁴ –quizá por una acusada falta de fundamentación en su construcción¹⁴⁵–, sino que se muestran críticos en muchos aspectos, como la excesiva vaguedad del criterio del deber¹⁴⁶. Estas críticas han tenido su eco en la doctrina española que ha mantenido a los delitos de infracción de un deber alejados del desarrollo de su sistema dogmático; concretamente de las reglas de autoría y participación¹⁴⁷. La categoría de los delitos de infracción de un deber ha sido calificada, pues, de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual¹⁴⁸ y sus criterios de solución en la autoría y participación se consideran inaceptables. Su aplicación en la solución de problemas dogmáticos llevaría a justificar la pena sobre la base sólo de la infracción de un deber, prescindiendo de la idea, consustancial al concepto de Derecho penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal¹⁴⁹.

Las críticas a la categoría de los delitos de infracción de un deber formulada por ROXIN han llevado a buscar una configuración distinta del «actuar en lugar de otro» que no se fundamente en el discutible criterio de la infracción de un deber, sino en el bien jurídico. En este sentido, SCHÜNEMANN, discípulo de ROXIN, en Alemania y GRACIA MARTÍN en España han planteado una interpretación del «actuar en lugar de otro» con base, más bien, en los llamados delitos de dominio. Estos autores

¹⁴⁴ Vid., así, las críticas de SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlín, 1965, pp. 86 y ss.; HARDWIG, «Über den Begriff der Täterschaft. Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Claus Roxin «Täterschaft und Tatherrschaft»», *JZ*, 1965, p. 617; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, Berlín, 1972, pp. 223 y ss.

¹⁴⁵ En este sentido, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1988, p. 214, reprocha a Roxin la falta de fundamento a su teoría.

¹⁴⁶ El propio ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972, p. 44, reconoce esto. Vid., así, la crítica de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 335.

¹⁴⁷ Salvo excepciones BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 4.^a ed., Madrid, 1997, pp. 361 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención delictiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 1995, pp. 189, 212 y ss.

¹⁴⁸ Vid., en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, p. 49. De similar opinión, MUÑOZ CONDE, *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal de Roxin*, Barcelona, 1972, p. 11.

¹⁴⁹ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, p. 49.

afirman que la norma del «actuar en lugar de otro» puede interpretarse y fundamentarse perfectamente con el criterio del dominio del riesgo que da lugar a la lesión del bien jurídico, incluso de una manera más completa que la que se sustenta en la infracción de un deber. Sin embargo, si bien ambos autores coinciden en el criterio del dominio para interpretar la norma del «actuar en lugar de otro», no coinciden en lo que entienden por dominio.

B. El criterio del dominio

a. El dominio sobre el fundamento del resultado de Schönemann

SCHÜNEMANN parte de la idea de que los delitos especiales en los que se plantea situaciones de actuar en lugar de otro no son propiamente delitos de infracción de un deber, sino delitos de dominio¹⁵⁰. El delito especial, al establecer un especial elemento de autoría, lo que hace simplemente es presuponer en el autor un especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁵¹. La utilización de un *status* especial en la configuración del tipo penal se debe al hecho de que normalmente el poseedor de ese *status* tiene el dominio sobre un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico; esto es, que se utiliza el concepto estático de *status* personal, en lugar de un concepto funcional que presupone una posición de dominio sobre el bien jurídico¹⁵². En este sentido, los delitos especiales son *delitos de garante*, es decir, que el sujeto activo es garante respecto del bien jurídico por encontrarse en una especial situación frente al mismo¹⁵³. El sujeto que actúa en lugar de otro es una persona que no posee el *status* personal exigido por el tipo penal, al que normalmente se le liga un dominio sobre el ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico. Sin embargo, la posición de garantía para SCHÜNEMANN no se deriva del *status* formal, sino de posiciones materia-

¹⁵⁰ Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 93. Si bien Schönemann, quizá por fidelidad a su maestro, reconoce el pensamiento de Roxin como un gran avance para encontrar un principio de imputación material que legitime el actuar en lugar de otro (LK, 11. Aufl., § 14, n. 11), su punto de partida difiere claramente del de aquél. Rechaza el planteamiento de Schönemann, OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP*, 1984, pp. 49, 50, aunque más por una incorrecta comprensión del planteamiento de Schönemann.

¹⁵¹ Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 138; EL MISMO, LK, 11. Aufl., § 14, n. 11, que exige una mayor referencia a las relación social entre el autor del delito especial y el bien jurídico protegido.

¹⁵² Vid., SCHÜNEMANN, LK, 11. Aufl., § 14, n. 12.

¹⁵³ Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 93; EL MISMO, *JURA*, 1980, p. 576; EL MISMO, LK, 11. Aufl., § 14, n. 12.

les, de posiciones de dominio sobre la vulnerabilidad de bien jurídico¹⁵⁴. En este sentido, aquél que asume una posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, aun cuando no posea el *status* formal exigido por el tipo penal, puede ser garante del bien jurídico y, por tanto, realizar la conducta del tipo penal especial¹⁵⁵. El actuar en lugar de otro permite justamente sancionar a aquél que no posee el *status* formal exigido por el tipo penal, pero sí un dominio sobre la especial vulnerabilidad de bien jurídico. El fundamento para extenderle la sanción penal es, pues, un acto de asunción del dominio que posee todo garante (*Übernahme einer Garantenstellung*)¹⁵⁶. Lo que habrá que precisar es el concepto de dominio que requiere SCHÜNEMANN para calificar a una persona como garante.

Como puede verse, en el pensamiento de SCHÜNEMANN existe una estrecha vinculación entre el «actuar en lugar de otro» y los delitos de omisión impropia, lo cual explica por qué traslada al primero los conceptos desarrollados para este último ámbito. En su estudio sobre los delitos de omisión impropia, SCHÜNEMANN entiende que para castigar estos delitos no pueden utilizarse simplemente criterios de antijuridicidad material o de merecimiento de pena, pues con ello no se respetaría el principio de legalidad; es necesario desarrollar las condiciones de equivalencia lógico-objetivas que permitan equiparar la omisión con la comisión. Para ello, SCHÜNEMANN se centra en la naturaleza especial de la comisión y el fundamento lógico-objetivo de su punibilidad¹⁵⁷, el cual se encuentra en la vinculación que hay entre la persona y el movimiento corporal como causa directa del resultado. De allí SCHÜNEMANN deriva un principio general de imputación que califica de *dominio sobre el fundamento del resultado*¹⁵⁸ y que constituye el criterio lógico-objetivo

¹⁵⁴ Vid., SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 12.

¹⁵⁵ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 138.

¹⁵⁶ Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 138; EL MISMO, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 13.

¹⁵⁷ Vid., SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, pp. 233, 237.

¹⁵⁸ Vid., SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 231 y ss.; EL MISMO, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 17. Se muestran críticos frente a este criterio sobre todo por la excesiva amplitud, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, 1972, pp. 192 y ss.; MAIWALD, «Grundprobleme der Unterlassungsdelikte», *JuS*, 1981, p. 480; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 345 y ss.; KAHLÖ, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1990, pp. 190 y ss.; GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-Baden, 1994, p. 84. Va un poco más al fondo que la simple crítica a la falta de detalle de la teoría de la equivalencia de Schünemann, FREUND, *Erfolgssdelikte und Unterlassen*, Köln, 1992, pp. 140 y ss. Respuestas a estas críticas SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 84 y ss.; EL MISMO, *GA*, 1974, pp. 233 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 96 (1984), p. 293 y ss.; EL MISMO,

de equivalencia entre la acción y la omisión. El *dominio sobre el fundamento del resultado* consiste en la disposición de los elementos necesarios para que un curso causal produzca un resultado. Este dominio no debe entenderse sólo como un dominio sobre el proceso causal –que en la omisión falta–, sino como la asunción de una posición de dominio que produce la indefensión (mayor vulnerabilidad) del bien jurídico o sobre una causa esencial del resultado¹⁵⁹. Estas dos formas de dominio constituyen un control sobre un ámbito social y, en este sentido, significan un dominio sobre el fundamento del resultado lesivo¹⁶⁰.

Con base en estas ideas se completa la concepción de SCHÜNEMANN del actuar en lugar de otro. Los delitos especiales que constituyen el presupuesto de la norma del actuar en lugar de otro, son delitos de dominio que se caracterizan por que el sujeto activo es un garante. Y es un garante porque posee un *status* que conlleva una especial situación de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Sin embargo, el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico no sólo puede tenerlo el poseedor de un *status*, sino también un sujeto no cualificado que mediante un acto de asunción tiene el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁶¹.

b. El dominio social de GRACIA MARTÍN

La tesis de SCHÜNEMANN es seguida en España por GRACIA MARTÍN en tanto coincide en considerar a los delitos especiales como delitos de garante y que el actuar en lugar de otro se caracteriza por asumir la posición de garantía¹⁶². Sin embargo, GRACIA MARTÍN rechaza el concepto de dominio manejado por SCHÜNEMANN —concretamente, el considerar que el dominio sobre el fundamento del resultado sea la fuente material de la posición de garantía—. Entiende, más bien, que el hecho de tener un dominio actual sobre el fundamento del resultado no genera por sí mismo una responsabilidad penal en comisión por omisión. En este sentido, GRACIA MARTÍN desarrolla un concepto propio de dominio, al que denomina *dominio social* y se caracteriza por ser un dominio sobre la

«Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland», en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, (ed. Gimbernat, Schünemann y Wolter), Heidelberg, 1995, pp. 72 y ss.

¹⁵⁹ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 241; EL MISMO, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 17, desarrollando un poco más la versión original de su teoría.

¹⁶⁰ SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 17.

¹⁶¹ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 138.

¹⁶² Vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 344.

estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido. Se trata de un dominio no sólo ontológico, en el sentido de SCHÜNEMANN¹⁶³, sino fundamentalmente normativo. Los bienes jurídicos se encuentran siempre en una determinada estructura social que puede ser general o específica; en este último caso su lesión sólo puede ser cometida por las personas que se desenvuelven en esa estructura social¹⁶⁴. El dominio social quiere decir que una persona se encuentra en esa estructura social y, por ello, es capaz de lesionar el bien jurídico protegido¹⁶⁵. El que actúa en lugar de otro es una persona ajena, en principio, a la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico. Sin embargo, por un acto fáctico de asunción entra en ese ámbito y puede lesionar el bien jurídico del mismo modo que un *intraneus* natural de la estructura social¹⁶⁶. El fundamento dogmático para sancionar al actuante en lugar de otro es que éste posee el mismo dominio social que el poseedor del *status* formal de pertenencia a la estructura social del bien jurídico.

C. Interpretación personal

a. El surgimiento del problema

Uno de los logros del Derecho penal liberal es la exclusión de la responsabilidad objetiva y el imperio del principio de legalidad. Si bien pueden parecer dos aspectos garantistas distintos, ambos tienen una clara vinculación. 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 sancionadas¹⁶⁷. En este sentido adquiere especial

¹⁶³ Hay que reconocer, sin embargo, que SCHÜNEMANN, *LK*, 11 Aufl., § 14, n. 18 no niega un desarrollo normativo de su propuesta. En este sentido, puede entenderse que en el pensamiento de Schünemann, aparece también un pensamiento normativista (aunque con ciertos límites ontológicos) y que la diferencia con el concepto de dominio de Gracia Martín, sea quizá la utilización de un criterio normativo distinto. Un concepto absolutamente fáctico de dominio es, en todo caso, el concepto de asunción fáctica desarrollado por WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 147.

¹⁶⁴ Vid., GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 351.

¹⁶⁵ GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss. Se adhieren a tal criterio, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, PE, p. 577.

¹⁶⁶ GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 383 y ss.; EL MISMO, *AP*, 1993, p. 229.

¹⁶⁷ Esto obviamente en un sentido normativo (desde el punto de vista de la función del Derecho penal) y no puramente causal. Vid., con mayores precisiones, BINDOKAT, «Versari in re illicita und Erfolgzurechnung», *JZ*, 1977, pp. 549 y ss.

relevancia el principio de legalidad. El tipo penal no sólo excluye la responsabilidad penal objetiva al exigir dolo o culpa, sino fundamentalmente al circunscribir las conductas lesivas del bien jurídico que se sancionan penalmente. Los padres del asesino posiblemente actuaron «dolosamente» al procrear a su hijo, pero obviamente la vinculación causal con los asesinatos que luego su hijo cometerá no justifica una sanción también a los padres (que para complicar más el ejemplo, pudieron guardar la esperanza de engendrar un asesino)¹⁶⁸. Pero la delimitación de las conductas a través de los tipos penales se realiza no sólo mediante una descripción precisa de las conductas prohibidas, sino también muchas veces mediante la mención de los usuales autores de esas acciones. Y es en este contexto en el que surgen los delitos especiales. Los delitos especiales como tales no tienen una razón material, su creación es simplemente un uso lingüístico del legislador¹⁶⁹, una imagen pretípica, si se quiere utilizar la terminología de HERZBERG. En este sentido, quienes pretenden ver en los delitos especiales razones materiales de creación, no harán más que artificiosas explicaciones sin poder cubrir plenamente las distintas manifestaciones de este grupo de delitos¹⁷⁰.

Sin embargo, la aparición de delitos especiales como producto de una actividad garantista de exclusión de la responsabilidad objetiva y determinación legal de las conductas penalmente castigadas, ha traído consigo también algunas complicaciones. La actividad tipificadora del legislador choca muchas veces con las necesidades de punibilidad, pues determinadas conductas no incluidas en la descripción típica original pueden tener el mismo desvalor que aquellas que sí están incluidas¹⁷¹. La posibilidad de una analogía prohibida en el Derecho penal para evitar lagunas de punibilidad se encuentra latente. Por esta razón, en el caso del «actuar en lugar de otro» la legislación penal ha salido al paso primeramente con cláusulas específicas para determinados delitos y luego con una cláusula general que per-

¹⁶⁸ Lo que actualmente es desarrollado en la dogmática jurídico-penal como la prohibición de regreso. Vid., por todos, JAKOBS, *Derecho penal*, A 7/59 y ss.

¹⁶⁹ En este sentido, es acertada la afirmación de SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 129, de que en la responsabilidad de los representantes por delitos especiales hay un problema de carácter lingüístico.

¹⁷⁰ Vid., en este sentido, LANGER, *Das Sonderdelikt*, Berlín, 1972, pp. 28 y ss., para quien este concepto formal (*Vorbegriff*) sólo permite delimitar los posibles delitos especiales, pero que en su estructura interna presentan grandes diferencias. Si se quiere hacer fundamentaciones dogmáticas será necesario una determinación material del concepto de delitos especiales.

¹⁷¹ Vid., en este sentido, y justificando la equiparación de conductas mediante el principio de igualdad, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 12.

mita sancionar a las personas no incluidas en la redacción original de los delitos cuyo comportamiento es igualmente merecedor de una sanción penal. Pero esto es sólo una solución formal al problema. Lo que permanece discutido, e incluso descuidado, es la precisión del fundamento que permite la inclusión de la conducta de personas en principio excluidas del tipo penal, dentro de las conductas sancionadas por los delitos especiales. Los intentos por cubrir este vacío de fundamentación se han hecho sobre la base de encontrar una estructura material de los delitos especiales que justifique de alguna manera la norma del actuar en lugar de otro. Como hemos visto, por un lado se encuentra la posición de ROXIN que califica a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber especial y, por tanto, considera la responsabilidad del que actúa en lugar de otro como una responsabilidad del representante al que se le trasladan los deberes especiales del representado. Por otro lado se encuentra la tesis desarrollada, al menos en su punto de partida, por SCHÜNEMANN que defiende una comprensión de los delitos especiales como delitos de dominio. Para esta segunda tesis, el «actuar en lugar de otro» no se reduce a las situaciones de representación, sino a una responsabilidad por asumir una posición de garantía, es decir, el dominio del riesgo propio de los delitos especiales independientemente de las relaciones de representación. ¿Cómo entonces solucionar este dilema? ¿Debemos necesariamente optar por una o por otra teoría? En nuestra opinión la solución va por un camino intermedio, pero no por simple eclecticismo, sino con base en una fundamentación material de los tipos penales.

b. La estructura material de los delitos especiales

El punto de partida es no radicalizar la afirmación de los delitos especiales sólo como delitos de infracción de un deber o sólo como delitos de dominio. En nuestra opinión, los delitos especiales pueden ser delitos de dominio o delitos de infracción de un deber¹⁷². Sin embargo, para poder diferenciar los delitos de dominio de los delitos de infracción de un deber no basta hacer referencia a los criterios de imputación desarrollados por ROXIN, pues éstos son, en todo caso, una consecuencia de tal diferenciación y no la razón de ésta. En este último aspecto seguimos, más bien, el planteamiento de JAKOBS que establece la bipar-

¹⁷² Vid., con mayor detalle, esta tesis en GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 164.

tición de los delitos en delitos de dominio y de infracción de un deber, en función de las llamadas competencias por organización y las competencias institucionales¹⁷³.

La búsqueda de un criterio material subyacente en los delitos especiales ha sido, en mi opinión, infructosa y de hecho difícil de verificar, pues no ha tenido en cuenta la base o estructura social que determina la configuración de los tipos penales¹⁷⁴. No basta con entender que el ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro es el de los delitos especiales, sino que es necesario precisar su estructura material con base en la biparticipación *delitos de dominio/delitos de infracción de un deber*¹⁷⁵. De ello dependerá incluso el criterio de equivalencia, esto es, de imputación de responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro. En los delitos de dominio, la imputación de responsabilidad penal se estructura sobre la base del *rol* general de ciudadano respecto de la creación de un riesgo no permitido, mientras que en los delitos de infracción de un deber en roles especiales que fundamentan un deber específico¹⁷⁶. Es así que cabe distinguir entre los delitos especiales en sentido amplio (delitos de dominio) y los delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de un deber)¹⁷⁷.

ba. Los delitos especiales en sentido amplio: delitos de dominio

La responsabilidad penal en los delitos de dominio se fundamenta en la organización de la esfera personal: las competencias de organización. Las competencias por organización son las que le corresponden a todo ciudadano y que tienen como idea central el siguiente mandato: «organiza como quieras tu propia esfera de organización

¹⁷³ Vid., de manera más completa, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, pp. 37 y ss.

¹⁷⁴ Así, expresamente, JAKOBS, *Derecho penal*, A 7/71.

¹⁷⁵ En contra de la dicotomía delitos de dominio/delitos de infracción de un deber y en favor, por tanto, de su reducción a la sola idea de dominio del hecho, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 92; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, pp. 112 y ss., 350 y ss.; EL MISMO, *AP*, 1993, p. 216, nota 15.

¹⁷⁶ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, A 1/6 y 7. En contra, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 92 y s., quien niega la existencia de un criterio distinto de imputación entre unos y otros. El dominio del hecho (o de la causa del resultado) es el único criterio de imputación. Ahora bien, sin embargo, esto no explica por qué el legislador ha optado por una u otra forma de regulación.

¹⁷⁷ Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, pp. 37 y ss.

pero sin dañar al resto, es decir, a otras esferas de organización». Sin embargo, la esfera de organización no sólo incluye el dominio del propio cuerpo, sino que puede ser también libremente ampliada por la asunción de ciertos ámbitos de organización en principio ajenos¹⁷⁸. En este sentido, una persona será responsable no sólo por el dominio de su propia esfera de organización, sino también por los ámbitos ajenos que ha asumido¹⁷⁹. Por esta razón, la diferencia entre comisión activa y omisiva pierde el rango de piedra angular¹⁸⁰ y todo se construye con base en esferas de organización que pueden ampliarse mediante la asunción de aspectos natural o convencionalmente ajenos¹⁸¹. No interesa que el *output* que sale de la esfera de organización sea creado activamente o no se impida su salida de la esfera de organización, pues en ambos casos el titular de la esfera de dominio responde igualmente por la organización defectuosa¹⁸². El que sea un comportamiento activo u omisivo el que infrinja la norma penal depende del casual *status quo* de la organización¹⁸³. Una persona es responsable de los riesgos no permitidos que pueda generar su propio cuerpo y aquellos ámbitos de organización, en principio extraños, pero luego incorporados como aspectos ampliados de la esfera individual. Se trata, pues, de esferas de organización cuyo funcionamiento interno —activo u omisivo— no interesa para atribuir responsabili-

¹⁷⁸ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 348 y ss. En el caso de la injerencia, considero que sólo la dolosa puede crear deberes de aseguramiento y salvamento que impliquen un dominio del riesgo; vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 67. La injerencia fortuita o imprudente dan pie a delitos de infracción de un deber tipificados en el Código penal conjuntamente con la *omisión del deber de socorro*.

¹⁷⁹ Se trata de un concepto normativo de dominio que no se reduce al del propio cuerpo, vid., en este sentido, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 168.

¹⁸⁰ Vid., así, la tendencia en el desarrollo doctrinal a abandonar criterios naturalistas por normativos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 57; EL MISMO, *El nuevo Código penal*, p. 62. En la actualidad puede verse una clara tendencia normativista en este ámbito en FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pp. 51 y ss., 88 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, Heidelberg, 1998, § 6 nn. 1 y ss; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993, pp. 354 y ss.

¹⁸¹ Vid., esto en detalle, JAKOBS, *Derecho penal*, A 28/13 y ss.; EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, pp. 348 y ss.; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, pp. 59 y ss. Críticamente frente al sistema de Jakobs SCHÜNNEMANN, en: *Internationale Dogmatik*, pp. 50 y ss.

¹⁸² Vid., así, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 348 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, p. 188. Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 62.

¹⁸³ Vid., en este sentido, PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1974, pp. 142 y ss.

dad¹⁸⁴. Sólo es jurídico-penalmente relevante la expectativa normativa que permite confiar en que de la esfera de dominio de una persona no saldrá un *output* que ponga en peligro o lesione otras esferas de organización¹⁸⁵. Los delitos de dominio son aquellos que castigan la infracción del rol de ciudadano, es decir, la organización defectuosa de la propia esfera de organización o de ámbitos ajenos pero libremente asumidos.

En este contexto interpretativo debemos ubicar el actuar en lugar de otro. Cuando el delito especial es materialmente un delito de dominio, la idea fundamental en la regulación del instituto del «actuar en lugar de otro» es la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma¹⁸⁶. En principio, cualquier persona puede entrar a dominar aspectos de la esfera de organización de un *intraneus* al tipo y, en este sentido, responder penalmente. El que actúa en lugar de otro amplía su esfera de organización e incluye ámbitos propios del *intraneus* del tipo penal, de manera que se hace responsable de los riesgos que salgan de ese ámbito asumido y lesionan la esfera de organización de terceros. En este sentido, no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino el dominio por parte del *extraneus*, del ámbito de la esfera del *intraneus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro esferas de organización de terceros.

La caracterización del dominio que en estos casos se requiere coincide en el fondo con el concepto de dominio social de GRACIA MARTÍN¹⁸⁷. Sin embargo, existe una diferencia de enfoque. Para poder hablar de dominio de una esfera de organización ajena (del *intraneus*), es nece-

¹⁸⁴ En este sentido, JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung*, p. 25, recomienda dejar de considerar al sujeto de imputación como un sistema psico-físico y asumir una perspectiva normativista basada en esferas de organización.

¹⁸⁵ Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, p. 217. Se trata de expectativas normativas; o sea, provenientes de la propia norma penal; ciertamente, existe un aspecto valorativo-social previo, pero éste interesa sólo si está normativamente configurado. Vid., así, la crítica de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 113 y s., al concepto social de acción desprendido de su configuración en los tipos penales.

¹⁸⁶ Vid., esto en SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 12; BRUNS, *GA*, 1982, p. 20; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, pp. 394 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, A 21/11. También ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro sólo para los casos de delitos de infracción de un deber, habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía.

¹⁸⁷ En el sentido de una identidad normativa, como ahora reconoce el propio Gracia Martín, *AP*, 1993, pp. 228 y ss., y que fuese utilizado anteriormente por Silva Sánchez.

sario que socialmente se considere esa asunción como vinculante en el sentido de competencias de organización. El resto de sujetos de derecho se organizarán individualmente bajo la confianza de que hay un sujeto competente de esos ámbitos de organización (el titular o el sujeto que asume el dominio), de manera que no tienen que procurarse una orientación cognitiva. Ciertamente, este criterio deberá concretarse en ámbitos específicos (empresa, contratos de comisión, gestores, etc.), pero eso es ajeno al objetivo de este trabajo que busca solamente hacer una determinación teórica de los fundamentos dogmáticos del actuar en lugar de otro.

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

En los delitos de infracción de un deber la responsabilidad penal se fundamenta, por el contrario, en competencias institucionales. El sistema social está concretamente configurado por determinadas instituciones que vinculan a las personas (familia, función pública, confianza especial, etc.)¹⁸⁸. En este sentido, el sujeto de derecho no sólo tiene libertad de organización de su propia esfera, sino también, en tanto se desarrolla socialmente, determinadas vinculaciones con esferas de organización de terceros¹⁸⁹. Ciertamente aquí también la libertad juega un papel de causa originaria en la atribución del rol especial, pero la libertad no se extiende a la configuración de los deberes específicos que conlleva¹⁹⁰, como sí ocurre en la esfera de organización de los delitos de dominio, sino que ésta la determina la organización social¹⁹¹. El Derecho penal otorga a estos requerimientos sociales el carácter de expectativa normativa penalmente garantizada mediante los delitos de infracción de un deber. El criterio del dominio del hecho pierde aquí relevancia, pues no se intenta prohibir un riesgo de la propia esfera que pueda afectar a terceros. Un delito de in-

¹⁸⁸ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, 71 y ss.; EL MISMO, «La competencia por organización», p. 347 y s. Vid., el concepto de institución en JAKOBS, *Derecho penal*, p. 994 nota 114: «Se entiende por institución, la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que mas bien contribuye a constituir a ésta».

¹⁸⁹ Vid., JAKOBS, *Derecho penal*, PG, A 1/7.

¹⁹⁰ Las instituciones se encuentran ya preformados y son disponibles dentro de estrechos límites, vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 267; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung*, p. 31 y s.

¹⁹¹ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 267.

fracción de un deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que ésta domine el hecho. El mandato de la norma se dirige a una persona que posee un *status* especial para ordenarle una organización conjunta con otra esfera de organización¹⁹².

Cabe, sin embargo, la posibilidad de delegar el deber institucional en otra persona, justamente porque la actual complejidad social limita la capacidad de cumplir personalmente en todo momento con todos los deberes institucionales¹⁹³. En caso de deberes que pueden ser cumplidos por terceras personas, puede presentarse un actuación en lugar de otro que permita una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional. Pero la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho¹⁹⁴, sino en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*¹⁹⁵. Este deber institucional correspondería originariamente al *intraneus*, por lo que para poder trasladarlo a otro sujeto habría que ofrecer un fundamento penalmente relevante. Este traslado opera, pues, mediante la relación de representación¹⁹⁶, estos es, mediante el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*¹⁹⁷. Como consecuencia de esta traslación del deber, el representante responderá por la infracción de ese deber, sea

¹⁹² JAKOBS, *Derecho penal*, A 29/58; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 166. Anteriormente, ROXIN, *Täterschaft*, p. 352.

¹⁹³ En este sentido, es acertada la explicación de ROXIN, *LK*, 10. Aufl., § 14, n. 9.

¹⁹⁴ Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 167.

¹⁹⁵ En ciertos delitos SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 29, reconoce que la vinculación a una acción u omisión jurídico-societaria impide la utilización de criterios puramente fácticos para fundamentar la responsabilidad.

¹⁹⁶ Si el concepto de representación al que aquí hacemos referencia debe ser idéntico al manejado por el Derecho civil o si cabe ampliaciones a dicho concepto, son cuestiones que no vamos a desarrollar aquí, pues depende de los específicos ámbitos institucionales y, por tanto, de la interpretación de los tipos penales particulares.

¹⁹⁷ En este aspecto, resulta ciertamente sorprendente que el mayor exponente en la actualidad de la bipartición de delitos de dominio (competencias de organización) y de delitos de infracción de un deber (competencias institucionales), JAKOBS, cuando desarrolla en su manual (*Derecho Penal*, A 21/10 y ss.) el instituto del «actuar en lugar de otro» no se percata de la estrecha conexión existente entre este instituto y los delitos de infracción de un deber. En este sentido, es incomprensible que Jakobs hable sólo de posiciones de garante y no de roles especiales, de reglas de asunción y no de traslación de un deber. Pienso que esto se entiende para los casos en los que el delito especial es materialmente un delito de dominio. Ante esta situación, se explica la crítica de SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n. 16, a lo poco consecuente del planteamiento de Jakobs respecto a las actuaciones en lugar de otro.

por una acción propia o de un tercero, si pudo evitarlo¹⁹⁸. El deber institucional no consiste sólo en no hacer algo concreto, sino, también en la evitación de determinados comportamientos de terceros que puedan afectar la integridad de una determinada institución social penalmente garantizada. Pero hay que destacar también que lo que se traslada en estos casos es el deber institucional, no, por tanto, los elementos especiales que fundamentan el tipo penal¹⁹⁹. El *status* que fundamenta el rol especial, y del que se deriva el deber, permanecen en el destinatario primario de la norma penal. Es el contenido normativo —y, por tanto, el deber específico— el que se traslada al órgano o representante²⁰⁰. Por ello, la crítica de que la transferencia es una ficción no puede estar justificada, si la misma no es de cualidades especiales, sino del contenido normativo especial.

c. Conclusión

La conversión del que actúa en lugar de otro en *intraneus* del tipo penal se debe o a la asunción de la posición de dominio propia de un *intraneus* del tipo penal, o a la transferencia de los deberes institucionales por la relación de representación. Pese a existir en el *actuar en*

¹⁹⁸ Vid., en este sentido, SIEGMANN/VOGEL, *ZIP*, 23 (1994), p. 1822. Por tanto, ni se trata de responsabilidad por el hecho ajeno, ni de responsabilidad como participe en el hecho principal del representado. En este sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, p. 24, considera irrelevante para los contornos del «actuar en lugar de otro» la actuación o no del representado.

¹⁹⁹ De la opinión de que lo que se traslada son las cualidades especiales, BRUNS, *GA*, 1982, p. 9; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, § 14, n. 1; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, artículo 31, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Conde-Pumpido Ferreiro (drg.), p. 984; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Rodríguez Mourullo (drg.), *Comentarios*, p. 176. Vid., también, la referencia de GRACIA MARTÍN, *AP*, 1993, p. 219, nota 27, con amplia bibliografía alemana, a la que critica por considerar que lleva a cabo «una ficción de la cualidad de autor».

²⁰⁰ Si se trata de un traslado del deber específico, no puede hablarse, por tanto, de un deber secundario —como lo interpreta GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, p. 320—. La responsabilidad recae directamente sobre el órgano de la empresa por la norma del «actuar en lugar de otro» —término no muy feliz para los supuestos de delitos de infracción de un deber—, pues la responsabilidad del órgano de la empresa se debe a la infracción de un deber a él atribuido y que originalmente correspondía a la empresa, en tanto poseedora de un rol especial. En este sentido, se entiende que aquí opere una declinación de responsabilidad. La crítica de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro I*, p. 377 y ss., a esta teoría es explicable en tanto Gracia asume el dominio (social) como único criterio de imputación de responsabilidad.

lugar de otro siempre un mismo presupuesto (delito especial), el fundamento es distinto según la constitución material del tipo penal. En unos casos (los delitos de dominio) la asunción de la posición especial fundamentadora del delito especial es la que provoca una ampliación del círculo de destinatarios de la norma penal²⁰¹. En otros (los delitos de infracción de un deber) opera una transferencia del contenido normativo al órgano o representante, lo que determina otro injusto en el que éstos aparecen como destinatarios de la norma²⁰². En ambos casos, el *extraneus* deja de ser tal para convertirse, mediante la asunción de la posición especial o la traslación del deber jurídico-penal institucional, en un *intraneus* de la norma penal²⁰³.

²⁰¹ Así lo entiende BRUNS, GA, 1982, p. 8 y s.; GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro II*, p. 121, como una cláusula de extensión de la autoría. En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal*, PE, p. 576.

²⁰² En el mismo sentido, MARXEN, JZ, 1988, p. 287. Sobre esto se muestra crítico GRACIA MARTÍN, AP, 1993, p. 227 y s., lo que se explica por la reducción que este autor hace, respecto al criterio de imputación, sólo al dominio (social).

²⁰³ Vid., igualmente en el resultado, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 29; JAKOBS, *Derecho penal*, A 21/11.