

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSTGRADO DE DERECHO

SECCIÓN DE POST GRADO DE DERECHO



**PRINCIPIOS JURÍDICOS DOCTRINARIOS QUE SUSTENTAN LA
PUNIBILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS, PARA INCLUIRLOS EN EL ARTÍCULO 27
DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

AUTORA: Bach. FANY KARINA ARROYO GERÓNIMO

ASESOR: Dr. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ

Trujillo – Perú

2016



DEDICATORIA

A mis padres que me dieron la oportunidad de formarme en los caminos del derecho, impulsándome a lograr mis metas trazadas.

A mis tres hijos, deseándoles brindar el mejor ejemplo en su desarrollo profesional.

AGRADECIMIENTO

A los docentes de la Escuela de Post Grado de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, por la formación en Derecho Penal recibida.

Un especial agradecimiento al Dr. Henry Carbajal, quien me apoyo en el asesoramiento de mi tesis.

Asimismo, a cada una de las personas de que de una u otra manera permitieron su elaboración.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO

De mi especial consideración:

Fany Karina Arroyo Gerónimo, Bachiller en Derecho, Egresada de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Penal, de la Universidad Privada Antenor Orrego- Trujillo, cumpliendo con los requisitos emanados del Reglamento de Grados y Títulos de esta casa de Estudios, presento mi Tesis titulada: ***“Principios Jurídicos Doctrinarios que sustentan la punibilidad de los Administradores de Hecho de las Personas Jurídicas, para incluirlos en el Artículo 27 del Código Penal Peruano”*** para obtener el grado de Maestra. La presente tesis representa una seria investigación bibliográfica, cumpliendo de esta manera con los objetivos de mi formación profesional.

Expreso mi estima y consideración.

Trujillo, 19 de Febrero de 2016.

Atentamente

Fany Karina Arroyo Gerónimo.
Br. en Derecho

RESUMEN

El incremento de la complejidad del sistema social moderno ha mostrado una mayor intervención de los sistemas organizacionales empresariales en la sociedad. La intervención de éstos nuevos partícipes en las personas jurídicas, evidencia que el sistema social está reconfigurando sus estructuras.

El Artículo 27 del Código Penal, establece la punibilidad de la actuación en nombre de otro, como en el caso de una persona jurídica el que actúa como órgano de representación autorizado o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada. Pero la conducta delictiva de las personas jurídicas no solo es realizada por estos sujetos, sino que las empresas utilizan a los administrados de hecho y a los apoderados de dichas empresas a fin de evadir la responsabilidad penal, y a efectos de que la responsabilidad penal de estos no quede impune. Los problemas jurídicos penales que se han presentado en el Estado, ponen en tapete la insuficiencia de los mecanismos de imputación,

La actuación 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 naturales, incluso autores consideran que su ámbito de aplicación podría ampliarse a los sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación legal o voluntaria; es justamente a tal consideración a la que está llegando en la presente tesis incluir a aquellos representantes que sin tener una representación formal, deben ser incluidos en el artículo 27 del código penal peruano, a efectos de tener responsabilidad penal, con esto se estaría resolviendo este problema, gracias a la ayuda de los principios doctrinarios que fundamentan la responsabilidad penal de los administrados de hecho, y su sanción penal acorde con un Estado Social y Democrático.

Con el desarrollo de este proyecto, pretendemos cubrir lagunas de punibilidad del artículo 27 del Código Penal, en cuya aplicación el Estado va a poder ejercer su ius puniendi y sancionar o condenar a los apoderados de hecho de las personas jurídicas que en la práctica diaria y cotidiana son los que, aun careciendo de representatividad formal, administran y conducen los destinos de la persona jurídica, actúan en nombre y representación de éstas, siendo eje vertebral de sus diferentes actividades y operaciones que por carecer de tal representatividad formal o que por contar éstas con alguna deficiencia en su formalización eluden a la justicia penal, evitando hacer frente a las responsabilidades penales que por imperio de la Ley les corresponde asumir.

Asimismo es sabido la práctica común de personas que sin contar con la representación formal de personas jurídicas actúan en nombre de ella (negociando y hasta celebrando actos jurídicos u adquiriendo obligaciones); es para esas personas conocidas en la Ley General de Sociedades Ley 26887, que la investigación está orientada a determinar su responsabilidad penal y las actuaciones que puedan constituir un ilícito penal de acuerdo a los principios jurídicos doctrinarios que en el marco de la Constitución Política del Estado se sustenta toda punibilidad.

ABSTRACT

The increasing complexity of modern social system has shown greater involvement of business organizational systems in society. The involvement of these new partners in legal entities, evidence that the social system is reshaping its structures.

Article 27 of the Criminal Code establishes criminal liability for acting on behalf of another , as in the case of a legal person who acts as a representative body authorized partner or authorized representative of a company and carries out the statutory rate of crime He is responsible as author, although special issues underpin the penalty of this kind do not concur in it, but if you represented . But criminal behavior of legal persons is not only performed by these subjects, but that companies use to managed fact and managers of these companies in order to evade criminal responsibility, and for the purposes of criminal liability of these non It goes unpunished. Criminal legal problems that have arisen in the state, put into sharp focus the failure of the mechanisms for charging ,

It acting instead used to fill gaps in punishable served on special crimes committed by representatives of both legal persons and natural persons, including authors consider that its scope could be extended to the agents operating in factually instead, even when there is no actual relationship of legal or voluntary representation ; it is precisely this consideration which is coming in this thesis include those representatives without formal representation , they should be included in Article 27 of the Peruvian Penal Code, in order to have criminal responsibility, this would solve this problem, thanks to the help of the doctrinal principles underlying the criminal liability of directors in fact, and criminal sanction in accordance with a social and democratic state

With the development of this project , we aim to fill gaps in the penalty Article 27 of the Penal Code, the application of which the state will be able to exercise their ius puniendi and punish or condemn the attorneys for the fact that in practice daily legal persons and everyday are those who, even without formal representation , manage and lead the destinies of the legal person acting on behalf of these, being backbone of its various activities and operations for lack of such a formal representation or to tell them with any deficiency in its formalization elude criminal justice without addressing the criminal responsibility that rule of law should be assuming.

It is also known the common practice of people without formal representation of legal entities acting on behalf of (negotiating and even celebrating acquiring legal obligations or acts); It is for these people known in the General Corporation Law Law 26887, the investigation is aimed at determining criminal responsibility and actions that may constitute a criminal offense according to the doctrinal principles of law under the Constitution of the State all criminal liability is based.

INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
PRESENTACION	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VII
INDICE	IX

TÍTULO I INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA	1
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.2 ENUNCIADO	3
2. HIPÓTESIS:	3
2.1 ENUNCIADO.....	3
2.2 VARIABLES.....	3
2.2.1 INDEPENDIENTE	3
2.2.2 DEPENDIENTE	3
3. OBJETIVOS:	4
3.1 GENERAL	4
3.2 ESPECÍFICOS.	4
4. TIPO DE INVESTIGACIÓN	4
4.1 POR SU FINALIDAD	4
4.2 POR SU PROFUNDIDAD.....	4
5. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	5
5.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	5
5.1.1 MÉTODO CIENTIFICO.....	5
5.1.2 MÉTODOS LÓGICOS.	5

5.1.2.1 MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO.....	5
5.1.2.2 MÉTODO HISTÓRICO.....	6
5.1.2.3 MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.....	6
5.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS.	6
5.1.3.1 MÉTODO DOCTRINARIO.....	6
5.1.3.2 MÉTODO INTERPRETATIVO.....	7
5.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	7
5.2.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.....	7
5.2.2 OBSERVACIÓN.....	7
6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	7
7. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.	8
8. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.	9
9. PRESENTACIÓN DE DATOS.....	9
10. JUSTIFICACIÓN	10

TÍTULO II
MARCO TEÓRICO
CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. LA PERSONA JURÍDICA.....	11
2. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:.....	11
2.1 La imposibilidad de sanciones o medidas administrativas.	12
2.2 La imposición de medidas de seguridad :	13
3. LA IMPOSICIÓN DE PENAS SIN CULPABILIDAD.....	14
4. LA IMPOSICIÓN DE PENAS CON BASE EN LA CULPABILIDAD.....	14
5. LA ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPABILIDAD	15
6. EL INJUSTO REALIZADO POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.	15

CAPÍTULO II
LA REPRESENTACIÓN

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR	18
2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL	19
2.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	19
3. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.....	21
3.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	21
4. LA REPRESENTACIÓN DIRECTA	23
5. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	25
6. ADMINISTRADORES DE HECHO.....	26
6.1 CONSECUENCIAS LEGALES PARA LOS ADMINISTRADORES DE HECHO	27

CAPÍTULO III
AUTORÍA- COAUTORÍA-COMPLICIDAD

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR	29
2. CONCEPTO DE AUTOR:.....	29
2.1 CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	29
2.2 CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR (TEORÍA SUBJETIVA).....	29
2.3 CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR	30
2.4 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO. (OBJETIVA – SUBJETIVA DEL AUTOR).	31
3. CLASES DE AUTORES.....	31
3.1 AUTORÍA MEDIATA.....	31
3.2 COAUTORÍA.....	32
3.3 PARTICIPE – INSTIGADOR Y CÓMPLICE.....	32

CAPÍTULO IV

LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DEL OTRO

1. ARTÍCULO 27 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL PERUANO.....	38
2. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO- CRIMINAL DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	38
3. FUNDAMENTO DOGMÁTICO DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	40
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO: LOS DELITOS ESPECIALES.....	42
5. LA REALIZACIÓN DE TIPO PENAL	47
6. DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO. DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER	48
7. CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	49

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DE ACTUAR EN LUGAR DE OTRO, SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST, LEGALIDAD, TIPICIDAD, RESPONSABILIDAD PENAL

1. PRINCIPIO DE ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	50
2. PRINCIPIO DE SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST.....	52
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	53
3.1 GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	54
4. PRINCIPIO DE TIPICIDAD:	56
5. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	57
6. PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY PENAL	59
6.1 DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES	60
6.2 DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA.....	60
7. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA EN MATERIA PENAL.....	61

CAPÍTULO VI

EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. EN EL ORDENAMIENTO PENAL COLOMBIANO.....	63
1.1 ANTES DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000.....	63
1.2 LA REGULACIÓN DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000.	66
2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLAUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”.	67
2.1 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	67
2.2 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA INACTIVIDAD DEL REPRESENTADO.....	68
2.3 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO UN PROBLEMA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO.....	69
2.4 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DE ESCISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS.....	69
3. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA DOCTRINA ARGENTINA	71
3.1 LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN MATERIA PENAL ECONÓMICA: EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	71
3.2 CUESTIONES PENALES RELEVANTES DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.....	72
3.3 ACTUAR EN LUGAR DE OTRO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	74
3.4 EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO Y EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.....	75
4. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	79

TÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	82
-------------------------------	----

TÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.....	84
-------------------	----

RECOMENDACIÓN	86
---------------------	----

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	90
----------------------------------	----

TÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA:

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hoy en día, resulta innegable desconocer los avances legislativos para que en el mundo globalizado se cuente con una normativa de acorde a las necesidades y expectativas que las sociedades modernas exigen, aquellas en que su desarrollo y progreso están indiscutiblemente relacionadas con el quehacer de sus diferentes agentes económicos, encontrándose dentro de éstos a las personas jurídicas.

En el Derecho Penal, como en toda rama de la Ciencia del Derecho y en específico en nuestro Sistema Penal tales avances también resultan evidentes; así y con respecto a las personas jurídicas y su responsabilidad penal, si bien en virtud al principio de "*Societas delinquere non potest*", las persona jurídica no pueden cometer delitos, pues carecen de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones y en consecuencia no pueden imponérseles penas, entendidas como las consecuencias jurídico penales, es de precisar que el artículo 27 del Código Penal regula la "actuación en nombre de otro", prescribiendo: "*el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero si en la representada*", en el que bien se enmarca sí la actuación de su diferentes representantes o administradores que actúan en nombre y representación de dichas personas jurídicas.

La actuación 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 naturales, incluso autores

consideran que su ámbito de aplicación podría ampliarse a los sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación legal o voluntaria; es justamente a tal consideración a la que está avocada nuestra investigación, esto es a verificar que Principios Jurídico Doctrinarios sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27 del Código Penal Peruano, esto es revelar la responsabilidad penal de aquéllos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica, más allá de los supuestos de nombramientos con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro (García Caveró, 2002).

Los principios jurídicos objeto de nuestra investigación están relacionados con el aludido “*societas delinquere Non Potest*”, regla del “*actuar en lugar de otro*”, los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad, prohibición de la analogía en materia penal, reserva de la ley penal y de personalidad penal, así como los principios que equiparan al administrador de hecho con el administrador de derecho.

Con el desarrollo de la presente investigación, pretendemos cubrir lagunas de punibilidad del artículo 27 del Código Penal, en cuya aplicación el Estado va a poder ejercer su ius puniendi y sancionar o condenar a los administradores de hecho de las personas jurídicas que en la práctica diaria y cotidiana son los que, aun careciendo de representatividad formal, administran y conducen los destinos de la persona jurídica, actúan en nombre y representación de éstas, siendo eje vertebral de sus diferentes actividades y operaciones que por carecer de tal representatividad formal o que por contar éstas con alguna deficiencia en su formalización eluden a la justicia penal, evitando hacer frente a las responsabilidades penales que por imperio de la Ley les corresponde asumir.

Asimismo es sabido la práctica común de personas que sin contar con la representación formal de personas jurídicas actúan en nombre de ella (negociando y hasta celebrando actos jurídicos u adquiriendo obligaciones).

1.2 ENUNCIADO

¿Cuáles son los principios jurídico doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27° del Código Penal Peruano?

2. HIPÓTESIS:

2.1 ENUNCIADO.

Los principios jurídicos doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27 del código penal peruano son el “Societas delinquere non potest”, la regla del “actuar en nombre de otro”, el de legalidad penal y el de taxatividad.

2.2 VARIABLES.

2.2.1 INDEPENDIENTE

Principios jurídicos doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas.

2.2.2 DEPENDIENTE

Inclusión en el artículo 27 del Código Penal Peruano.

3. OBJETIVOS:

3.1 GENERAL

Identificar los principios jurídicos doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para que sean incluidos en el artículo 27 del Código Penal Peruano.

3.2 ESPECÍFICOS.

- Identificar las responsabilidades penales, que corresponde a los administradores de hecho de las personas jurídicas.
- Identificar el principio jurídico doctrinario que sustenta la punibilidad de los administradores de las personas jurídicas para cubrir la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación nacional y que podría ampliarse su ámbito de aplicación a los administradores de hecho.
- Determinar el sustento fáctico para que los administradores de las personas jurídicas sean comprendidas con responsabilidad penal en la actuación de la persona jurídica.

4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

4.1 POR SU FINALIDAD

La presente investigación es BÁSICA, pues tiene como objetivo mejorar el conocimiento per se, más que general resultados que beneficien a la sociedad en el futuro inmediato.

Es básica, por cuanto está orientada a la obtención y recopilación de información agregando a la información existente.

4.2 POR SU PROFUNDIDAD

La presente investigación es DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA.

Es DESCRIPTIVA pues este tipo de investigación busca únicamente describir situaciones o acontecimientos. Para la presente investigación se busca describir el tratamiento actual que viene teniendo la institucional de la “Actuación en nombre de otro” en la legislación nacional y comparada.

Es descriptiva, por cuanto tiene como objetivo central la descripción de fenómenos, empleando métodos descriptivos

Es EXPLICATIVA, por cuanto es aquella que se efectúa sobre un tema u objeto desconocido o poco estudiado, por lo que sus resultados constituyen una visión aproximada de dicho objeto. En la presente investigación, permitirá conocer la regulación de la Actuación en nombre de otro en el derecho penal.

5. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

5.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Método es el conjunto de procedimientos que permiten abordar los problemas de investigación con el fin de lograr objetivos trazados. Los métodos empleados en la presente investigación fueron:

5.1.1 MÉTODO CIENTIFICO

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, comprendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

5.1.2 MÉTODOS LÓGICOS.

5.1.2.1 MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO.

Método utilizado en la presente investigación, al momento del procesamiento de la información recopilada a través de una variada documentación, en la primera etapa del proyecto, la que

seleccionada, se especializó, determinó y precisó los puntos primordiales, teniendo a lo largo del proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera se utilizó para analizar los resultados obtenidos en la investigación, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y resumen del presente trabajo de investigación.

A través del cual en la investigación se efectuó con un criterio pormenorizado y acucioso la obtención de toda la información requerida para enriquecer el marco teórico.

5.1.2.2 MÉTODO HISTÓRICO.

Método utilizado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes relacionados al tema de investigación, básicamente en trabajos de investigación previos que guarden relación con el tema.

5.1.2.3 MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.

Método usado en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

De igual modo, el método fue empleado en la elaboración de las conclusiones, para determinar de manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación.

5.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS.

5.1.3.1 MÉTODO DOCTRINARIO.

Método empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, seleccionando y extrayendo las diferentes posiciones y corrientes relacionadas al tema investigado, tanto de autores nacionales como extranjeros.

5.1.3.2 MÉTODO INTERPRETATIVO.

Método empleado para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas penales, relacionados al tema materia de investigación.

5.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

5.2.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.

Técnica empleada para el análisis doctrinario de los diferentes libros doctrinarios relevantes sobre el tema materia de investigación, así como el análisis de la doctrina comparada, las que están relacionadas con el tema de investigación.

Permitió obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina nacional y comparada

5.2.2 OBSERVACIÓN.

Técnica empleada para observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

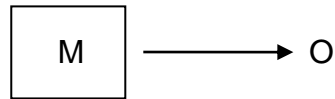
Permitió advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad

6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

En la presente investigación se empleó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en el cual se va a realizar el estudio y **O** representa la información relevante o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que se describe la variable, la detalla desarrollando aspectos conceptuales de las mismas, ello con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación. En relación y función de

su naturaleza, nuestro de trabajo no busca controlar la variable sino, obtener información para resolver un problema previamente determinado.

Se puede esquematizar de la siguiente manera:



Dónde:

M = Muestra.

O = Información.

7. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Con la finalidad de recabar la información necesaria para el desarrollo de la investigación, se realizó las siguientes tácticas:

Primer paso: Se recurrió a las principales bibliotecas de la ciudad, como como la biblioteca central de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Trujillo a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos en la mayor cantidad posible sobre el tema materia de investigación, una vez localizada la información se procedió a su reproducción en copia fotostática.

Segundo paso: Contando con la información bibliográfica obtenida, procedí a construir los instrumentos.

Tercer paso: Aplique las técnicas e instrumentos que permitieron obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

8. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.

Respecto al procesamiento de los datos recabados en la investigación, procedimos de la manera siguiente:

Recogida la información acopiada, resultante de aplicar las técnicas de investigación a las unidades de análisis, definidas por el tamaño de la muestra, se procedió a ordenarlas empleando carpetas, las que permitieron desarrollar la tesis de manera organizada. Para luego depurar la información, empleando criterios selectivos que se reflejan en la presente investigación.

9. PRESENTACIÓN DE DATOS.

La presentación de la información recabada en el transcurso de la investigación, se revelan y presentan en 4 Títulos, los mismos que forman parte de la tesis y son los siguientes:

Título I: Conteniendo la Introducción, el problema, hipótesis, objetivos, tipo de investigación, métodos, técnicas, instrumentos de investigación, diseño de contrastación de la hipótesis, tácticas de recolección de información, diseño de procesamiento, presentación de datos y justificación.

Título II: Marco Teórico, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, la representación, autoría-coautoría- complicidad, la actuación en nombre de otro, principios de actuar en lugar de otro, *societas delinquere non potest*, legalidad, el actuar de otro en la legislación comparada.

Título III: Discusión de resultados.

Título IV: Conclusiones y recomendaciones.

10. JUSTIFICACIÓN

✓ Punto de vista Jurídico:

El tema materia de investigación constituye un problema para la Ciencia del Derecho, ante la evidente impunidad por responsabilidad penal de las personas jurídicas en la persona de sus administradores de hecho, como necesidad de exigencia en el mundo globalizado al que nuestro país y su sistema legal penal no es ajeno.

Hasta antes de mediados del siglo pasado, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (personas no físicas) parecía haber quedado zanjada por la doctrina de los países del sistema jurídico romano-germano del viejo Continente y de América Latina, resumiéndose en la victoria del viejo aforismo: "*societas delinquere non potest*". Sin embargo, con la segunda mitad de aquel siglo, el desarrollo de los sistemas económicos estatales de la "sociedades de explotación" (sociedades postindustriales y latinoamericana) había evolucionado enormemente en razón al fenómeno de la globalización económica; que le clásico intervinientes de los mercados: el comerciante individual (persona física), fue desplazado por un nuevo sujeto económico: la empresa. (Persona no física).

✓ Punto de vista Social:

El tema materia de investigación constituye un problema actual, importante para la Ciencia del Derecho Penal, que abarca temas multidisciplinarios relacionados con el Derecho Constitucional que sienta las bases orgánicas de todo sistema de justicia, así como del Derecho Civil y del Derecho de Sociedades que regulan las personas jurídicas en general y a las Sociedades, en particular; respectivamente.

Por tanto la presente investigación pretende identificar cuáles son los principios jurídico doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27 del Código Penal Peruano, proponiendo una eventual modificación legislativa.

TÍTULO II MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. LA PERSONA JURÍDICA.

La definición de Personas Jurídicas, es entendida desde dos puntos de vista.

a) **Formalmente:** Se entiende como persona jurídica al ente unitario, ideal de referencias de imputación de deberes y derechos, mediante la abstracción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa.

b) **Normativamente:** Al hablar de personas jurídicas se trata únicamente de un centro de imputación de normas con existencia dentro del marco legal. Existen dos posiciones acerca de la naturaleza de la persona jurídica.

Savigny, sostuvo que la persona jurídica es una ficción jurídica la que se encuentra dotada de una capacidad "artificial", dicha contraposición a la que se considera como persona natural llevó a este pensador a considerar que solo tenía validez a nivel jurídico, negando así el sustrato material, en contraposición surgió la posición de Gierke con su teoría organicista en donde sostenía que dicho ente es un organismo social, es decir existe el reconocimiento de que las mismas están formadas por personas.

2. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

Actualmente el primer escollo dogmático para poder hacer penalmente responsable a las personas jurídicas radica en su falta de capacidad de culpabilidad. No obstante, que la persona jurídica conforma un ámbito de organización al que se le puede atribuir socialmente determinados hechos, constituye una afirmación extendida en los estudios de sociología de la organización que encuentra reconocimiento incluso en regulaciones

jurídicas como la civil y la comercial. Incluso tampoco hay mayor inconveniente para imputar directamente a la persona jurídica riesgos derivados de su ámbito de organización que resulten penalmente relevantes, pues de la esfera de la organización de una persona jurídica pueden derivarse sucesos defraudatorios de expectativas sociales esenciales del mismo modo que de la esfera de organización de una persona natural.

La dificultad no se encuentra, por tanto en la imputación de un riesgo prohibido a la esfera de la organización de la persona jurídica, sino en la capacidad de esta para poder recibir una imputación personal.

La doctrina penal mayoritaria niega la competencia penalmente relevante, por la defraudación producida en la razón de la creación de un riesgo prohibido, que recaiga sobre las personas jurídicas, pues entiende que solamente las personas naturales (es decir sus miembros) puedan responder por la configuración de la esfera de organización que ha llevado a la generación de un riesgo prohibido.

Frente a esta posición de la doctrina, se levantan voces insatisfechas ante un simple traslado de responsabilidad penal a las personas naturales que actúan en nombre o en lugar de las personas jurídicas.

2.1 La imposibilidad de sanciones o medidas administrativas.

La imposición de sanciones administrativas a la persona jurídica no ha encontrado mayores objeciones, centrandose su fundamento en torno a la idea de prevención general de riesgos que casualmente también tiene un reconocimiento legítimamente en el derecho penal.

En el trasfondo de esta argumentación puede apreciarse sin mayor dificultad la diferenciación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador defendido por la doctrina dominante. Para evitar, sin embargo, que esta equivalencia funcional diluya la identidad del Derecho Penal, se recurre a la idea de culpabilidad por el hecho como criterio específico de la imputación penal.

Con la identidad funcional del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se abre la posibilidad de dar entrada a soluciones administrativas equivalentes a las del Derecho penal que no necesariamente desnaturalizarían los principios rectores de este último ámbito del Derecho.

2.2 La imposición de medidas de seguridad :

La doctrina penal ha debatido desde diversos fundamentos dogmáticos la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas. En un principio, la procedencia de medidas de seguridad contra las personas jurídicas se sustentó en la idea de un sujeto peligroso no culpable.

La discusión jurídico-penal giró en torno al presupuesto previo de la acción y su correspondencia a la persona jurídica o a sus representantes, pues la imposición de una medida de seguridad dependía de la peligrosidad de la persona jurídica manifestada a trazas de la acción.

Esta alternativa de las medidas de seguridad no se vio reflejada, sin embargo, en la legislación penal, una persona jurídica no era considerada un imputable peligroso al que había que resocializar (prevención especial), sino, más bien, una fuente de peligro que debía ser controlada o, en todo caso, eliminada. En la actualidad muchas de las llamadas consecuencias accesorias aplicables directamente a la persona jurídica responden a esta lógica preventiva.

Por esta razón, para poder abarcar el amplio espectro de medidas que el Código Penal y las leyes penales autorizan al juez a imponer, la doctrina penal ha empezado a desarrollar nuevos criterios de fundamentación.

Criterios como el interés público o el estado de necesidad preventivo constituyen una muestra de este abandono de la naturaleza jurídica tradicional de las medidas de seguridad y su ampliación hacia finalidades de prevención general.

3. LA IMPOSICIÓN DE PENAS SIN CULPABILIDAD

La aceptación generalizada de sanciones administrativas a las personas jurídicas, no impide que cada vez más la doctrina penal considere insuficiente hacer frente a la criminalidad corporativa a través de medidas administrativas impuestas dentro o fuera de un proceso penal, como lo demuestra precisamente el hecho de que aquellos que desde posturas preventivo generales defienden la imposición de medidas específicas a las personas jurídicas tan radicales como la curatela empresarial o incluso su disolución, se esfuerzan por fundamentar también la imposición de sanciones propiamente penales.

Para evitar caer en contradicciones evidentes, estos autores recurren a la salida dogmática de reconocer una cierta capacidad de imputación jurídico-penal de la persona jurídica, pero fundamentan la imposición de la pena en criterios preventivos ajenos al principio de culpabilidad (como el estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos de Schönemann).

En este sentido, el fundamento de las sanciones penales termina siendo el mismo criterio preventivo que legitima la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas, lo que hace aún más evidente el fraude de etiquetas antes mencionado.

4. LA IMPOSICIÓN DE PENAS CON BASE EN LA CULPABILIDAD

La doctrina penal que se ocupa de ello no sigue sin embargo una misma línea de argumentación, sino que discurre entre dos modelos de interpretación. Mientras que un sector procura adaptar el concepto individual de culpabilidad a la persona jurídica, otros se dedican a desarrollar una categoría de la culpabilidad específica para las personas jurídicas, pero que se corresponda igualmente con la función propia del Derecho Penal.

5. LA ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPABILIDAD

A lo largo de la historia de la dogmática penal han tenido lugar distintas concepciones de culpabilidad que aspiran a comprender o justificar mejor la imputación de un hecho delictivo a un sujeto. La posibilidad de incluir dentro de los sujetos con capacidad de culpabilidad jurídico-penal a la persona jurídica, ha dependido, en este sentido, de la concepción de culpabilidad asumida. Por ello, parece lógico decir que una representación individualista de la culpabilidad conduce forzosamente a negar la culpabilidad de las personas jurídicas, mientras que en una comprensión social de la culpabilidad podría admitirse de manera más fácil.

La afirmación anterior, sin embargo, no siempre acierta, pues aun partiéndose de un concepto de culpabilidad muy vinculado a sujetos individuales, existen autores, como Von Weber o Hirsch, que han emprendido la labor de fundamentar desde una concepción individualista de la culpabilidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y lo mismo puede decirse, aunque en el sentido inverso, del reciente planteamiento de Jakobs, quien, pese a fundamentar la culpabilidad desprendida de toda base individualista, ha negado la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas.

Las apreciaciones precedentes nos llevan a requerir en los intentos de fundamentación de una responsabilidad de las personas jurídicas no solo una determinada concepción de culpabilidad, sino también la indicación de cómo a partir de tal concepto se puede llegar a fundamentar la pena a las asociaciones.

6. EL INJUSTO REALIZADO POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.

A fin que la doctrina penal no haya alcanzado unanimidad sobre la cuestión de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, el tema del injusto penal de la persona jurídica se ha comenzado a discutir vivamente porque muchos países han incorporado por razones políticas sanciones penales a las empresas sin haber dilucidado previamente en qué se fundamentan dogmáticamente dichas sanciones. En algunos casos se

ha seguido simplemente la llamada *alter ego theory* o teoría de la identificación desarrollada en el ámbito anglosajón, según la cual a la persona jurídica se le atribuye el injusto de resultado realizado por sus órganos o representantes. En consecuencia, bastará con que la imputación jurídico-penal del hecho lesivo se haga objetiva y subjetivamente al órgano o representante de la persona jurídica, sin que sea necesario fundamentar nada adicional en relación con ella.

La configuración del injusto penal desde la teoría de la identificación tiene, sin embargo, serios inconvenientes. En primer lugar, permitiría sustentar una responsabilidad penal por el hecho de tercero y, en segundo lugar, tendría que aceptar que el representante de la persona jurídica no ha actuado a título personal y, por tanto, no podría responder penalmente. Solo la persona jurídica sería responsable penal por el injusto cometido.

Pero si, como sucede con muchas legislaciones, se pretende imputar responsabilidad penal tanto al órgano o representante de la persona jurídica como a la persona jurídica misma se llevaría a cabo una doble imputación penal sobre la base de un mismo hecho, siendo dogmáticamente difícil argumentar, al menos en nuestro sistema dogmático, la imputación penal de un hecho en dos niveles distintos de organización. El hecho del órgano no puede imputarse a la persona jurídica en el Derecho penal, sino que se trata siempre de una organización propia del actuante.

Consideramos que el defecto de organización de la persona jurídica no forma un injusto independiente del injusto de los órganos o miembros de la empresa, sino que se trata de un hecho común único como en el caso de la autoría y participación.

Puede incluso que el órgano o representante no sea responsable por la producción del resultado desvalorado, pero la empresa sí lo sea, como sucede en los casos en los que la organización del órgano se muestra individualmente correcta y lo que fracasa es la organización global de la empresa.

En este contexto de ideas, la persona jurídica, como titular de un ámbito de organización, utiliza la configuración organizativa de sus órganos y miembros.

Por el contrario, si la prestación del órgano trae consigo además una infracción de sus propias competencias, cabrá perfectamente atribuirle responsabilidad penal junto con la persona jurídica. Pero debe quedar claro que se trata de una responsabilidad penal de cada uno que se sustentaría en sus propios ámbitos de organización. La persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacerse responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización.

No se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia de la persona jurídica.

CAPÍTULO II

LA REPRESENTACIÓN

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Puede pensarse que, abordar el estudio de la representación no presenta dificultades porque es una institución jurídica sin complejidades. Sin embargo, tenemos que advertir, como lo hace Díez-Picazo, que *"el fenómeno jurídico que se conoce dentro de la sistemática moderna del Derecho Privado con el nombre de representación y cuyo estudio suele ocupar una gran extensión en la parte general de los Tratados y de los Manuales de Derecho Civil, es una figura muy difícil de sujetar a un esquema conceptual que cumpla al mismo tiempo con los requisitos de ser satisfactorio y de estar exento de críticas"*.

Consideramos, por lo que queda expuesto, que es conveniente iniciar su estudio estableciendo como base la utilidad práctica de la representación, que radica en la facilitación de la concertación de actos jurídicos, pues permite celebrarlos entre personas ausentes o que por cualquier otra situación de hecho o de derecho les esté impedido celebrarlos por sí y directamente. Además, mediante ella puede suplirse la falta de capacidad de ejercicio en las personas humanas. Así, pues, la gran utilidad práctica de la representación sirve para que se constituya en el único medio como en algunas circunstancias, y aún en situaciones de derecho, las personas pueden celebrar actos jurídicos.

Como expresa García Amigo: *"la función económico-social que cumple la representación es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y fue por esta misma función y por su utilidad práctica que la representación terminó por imponerse en el Derecho Romano, como lo sostiene la generalidad de los romanistas"*.

2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL

2.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La representación legal, también llamada necesaria, no se genera en un acto jurídico que dé creación a una relación jurídica entre el representante y el representado, como ocurre en la representación voluntaria, por cuanto tiene su origen en la ley, pues así lo precisa el artículo 145 del Código Civil cuando, en su segundo párrafo, hace referencia a la facultad de representación que confiere la ley. La referencia responde al intento de dar a la representación un tratamiento integral y unitario que no tiene antecedente en el Código Civil de 1936 ni en el de 1852.

La representación legal, además del fundamento que sustenta a la representación en general, se fundamenta también, en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto a los derechos subjetivos de las personas humanas que carecen de capacidad de ejercicio o que se encuentran en una situación de hecho, como es el caso de los desaparecidos, o de derecho, como es el caso de los ausentes, que requieren de la cautela de sus intereses. Se da también lugar a la representación legal en casos especiales, como es el de la representación de la sociedad conyugal, cuando no media poder de representación otorgado por un cónyuge a otro.

Como puede apreciarse, pues, la representación legal surge de una situación jurídica prevista en la ley que, en algunos casos, como en la patria potestad, la impone, y, en otros, resulta de una declaración judicial, como en el caso de la desaparición.

De este modo, es la propia ley la que establece las modalidades de esta representación según los supuestos previstos para cada situación de la que se genere la necesidad de la cautela de los intereses de los sujetos inmersos en esa situación y es por eso también, que la misma ley precisa los poderes del representante y sus limitaciones.

De ahí, que el ejercicio de esta representación sea obligatorio, precisamente, por estar la representación basada en el imperativo de la ley y en su función tuitiva.

La denominación de representación legal ha dado lugar a varias observaciones. Stolfi observa, por ejemplo, *“que el adjetivo legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea siempre hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad de decidir para hacerse representar, es decir, que las personas sometidas a ella necesitan para sus negocios jurídicos de la intervención de otra persona que sea la que preste el consentimiento en su lugar”*. Esta observación puede dejar a salvo lo que formula Lohmann, para quien el citado artículo 145 ha omitido referirse a la representación judicial, que es aquella en la que el representante es nombrado por resolución judicial.

De lo expuesto, puede ya inferirse la delimitación conceptual de la representación legal. Ella se sustenta en la ley, en la función tuitiva del ordenamiento jurídico y en una finalidad práctica dirigida, fundamentalmente, a que nadie se quede sin la cautela de sus intereses. La ley no solo confiere la facultad de representación sino además la obligación de representar.

Por su misma característica, la representación legal es siempre directa. El representante sustituye al representado, actuando a nombre de él, y los efectos de los actos jurídicos celebrados van directamente a la esfera jurídica del representado, quien no puede tener ni ha tenido ninguna participación en el acto. La capacidad de goce, obviamente, es la del representado y no la del representante, aunque este debe ser persona con capacidad de ejercicio.

La representación legal si bien tiene sus propias características es solo una variante de un mismo fenómeno jurídico, como anota con acierto Díez-Picazo, que ve en la representación una figura única.

En nuestra legislación civil, la representación legal ha estado siempre vinculada a la patria potestad, a la tutela y a la curatela, vinculación que mantiene nuestro vigente Código.

3. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

3.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La representación voluntaria, como lo concibe el Derecho moderno, no fue conceptuada en el Derecho Romano. De un lado, por el formalismo que caracterizaba la celebración de los actos jurídicos en Roma y por la aparición del fenómeno de la espiritualización del Derecho en una etapa posterior; y, de otro, por la concepción de la persona en Roma y la necesidad de que reuniera los *status libertatis, civitatis y familiae*, que no permitieron la admisión de que los efectos jurídicos de una manifestación de voluntad se dirigieran a una esfera jurídica distinta de la del manifestante.

Por eso, en sus orígenes, la representación voluntaria aparece como representación indirecta y vinculada al contrato de mandato, para siglos después y por obra de los canonistas medievales, aparecer como representación directa, pero también vinculada al contrato de mandato.

Con esta vinculación con el contrato de mandato es que la representación voluntaria fue receptada por el Código Civil francés de 1804 y en la codificación civil que siguió el modelo napoleónico.

Contra la vinculación de la representación voluntaria con el contrato de mandato reaccionó la doctrina germana, planteando su desvinculación. Es así, como en la moderna doctrina, la que sigue al Código alemán de 1900, la representación voluntaria se desligó del contrato de mandato y se le concibió como una figura típica y autónoma.

El origen de la representación voluntaria es la voluntad del sujeto que quiere ser representado y que mediante un acto jurídico otorga su representación.

La representación voluntaria requiere, necesariamente, de una manifestación de voluntad emitida por un sujeto con capacidad de ejercicio que la otorga, pues a su esfera jurídica se van a dirigir los efectos del acto que celebre su representante. Por eso, tiene como sustento la autonomía de la voluntad, pues como observa Stolfi, *“el adjetivo de voluntaria se adopta para indicar que la representación depende únicamente de la voluntad del interesado, el cual es arbitro para decidir, en primer lugar, si concertar o no el acto por medio de otra persona y, luego, para escoger a la persona que le haya de sustituir en la celebración del negocio.*

Messineo explica que se encuentra en la base de esta representación que alguien, aun estando en situación del celebrar por sí los propios negocios y de declarar por sí la propia voluntad, quiera confiarse a otro”.

La representación voluntaria constituye, por lo expuesto, una figura típica desvinculada de cualquier otra figura jurídica, por lo que es del caso advertir desde ya que no debe confundirse con ninguna otra, aun cuando esta conlleve representación. Así, por ejemplo, el matrimonio puede dar lugar a la representación de uno de los cónyuges por el otro o si un contrato de prestación de servicios determina que el prestador del servicio actúe como representante, lo que no implica que la representación quede subsumida en la relación conyugal o en la relación contractual.

En efecto, el Código Civil vigente, al contrario de los códigos que lo han antecedido, ha desligado la representación voluntaria del contrato de mandato y, con tal fin, legisla sobre ella en el Título III de su Libro II, considerándola como una figura típica y nominada, y considerando, además, al acto jurídico que la genera como un acto típico y nominado.

4. LA REPRESENTACIÓN DIRECTA

La representación directa, también llamada representación de personas, se origina en un acto de otorgamiento de representación en virtud del cual quien quiere ser representado confía en el representante la cautela de sus intereses para que actúe en su nombre, sustituyéndolo en el acto representativo y en la relación que va a generar con el tercero contratante, para que los efectos jurídicos del acto celebrado se dirijan directamente a su esfera jurídica.

La representación directa es considerada como la verdadera representación, como la representación propiamente dicha, y, por eso, la doctrina dominante señala como su requisito esencial que el representante actúe contemplatio domini, esto es, en nombre del representado.

El concepto de la representación directa es unánime en la doctrina. Así, para Messineo: *“la representación directa, o propia, solo se tiene cuando, aun participando en un negocio con la voluntad propia y contribuyendo a formarlo, alguien (representante) utiliza el nombre de otro (representado), o sea que hace a los terceros una declaración en nombre de este, con el resultado de que los efectos jurídicos y económicos, activos o pasivos, del negocio se producen directa y retroactivamente, en el círculo jurídico del representado y no en el círculo jurídico del representante: el representado, puesto que él es el destinatario de los efectos, está vinculado por la actividad del representante y de ahí que, en sustancia, los efectos de la representación nacen no solamente para, sino también contra el representado, es decir, sin pasar por el patrimonio del representante. Según Coviello, para que haya representación directa es necesario que se obre en nombre de otro, pues obrar en interés ajeno no es bastante para que los efectos del negocio operen, sin más, en beneficio y a cargo no de quien lo realiza, sino de la persona en cuyo nombre se celebra”*. Por último, para Stolfi *“la representación implica que el representante además de declarar su propia voluntad especifique que lo hace por*

cuenta de otro y para que los efectos del negocio se verifiquen inmediata y exclusivamente con respecto al otro, por lo que todas las acciones del acto, ya para su ejecución o para su impugnación, se han de proponer por o contra el representado”.

Puede apreciarse, entonces, en atención al requisito de la *contemplatio domini*, que la representación directa se caracteriza por la actuación del representante en nombre y en interés del representado, lo que debe ser puesto en conocimiento del tercero contratante.

Lo característico de la representación directa es, entonces, que el representante actúe en *contemplatio domine*, esto es, en nombre del representado, a quien se dirigen todos los efectos jurídicos que generen los actos jurídicos que celebre.

La representación directa, como acabamos de puntualizar, requiere que el acto representativo se celebre *contemplatio domini*, es decir, que el representante actúe en nombre de su representado y que así sea puesto en conocimiento del tercero contratante, y, ambos, estar en el entendido de que los efectos del acto se van a producir no para el manifestante de la voluntad sino para la persona en cuyo nombre e interés actúa.

La *contemplatio domini* tiene su origen en el Derecho Romano pero sin que su concepto estuviera vinculada a la representación nacida de la voluntad. Según León Hurtado, en Roma, “*la contemplatio domini se refería a la adquisición de la posesión por intermedio de otro, quien debía actuar contemplatio domini, esto es, teniendo en vista la existencia de un domini en cuyo beneficio adquiriría la posesión*”.

De esta idea originaria, la expresión fue tomada cuando la representación se fue perfeccionando, al extremo de que en la actualidad, si el representante no actúa *contemplatio domini* no se configura la representación directa y los efectos del acto celebrado alcanzarán solo a los celebrantes, sin llegar a la esfera jurídica del *dominus*.

5. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

De la Teoría Orgánica de la Personas Jurídicas se deriva la también llamada Representación Orgánica, la que, partiendo del concepto de órgano de la persona jurídica, señala la diferencia con la figura de su representante. Messineo la precisa señalando que *“en la vida de la persona jurídica y las funciones se reparten en el sentido de que el órgano es siempre, e indefectiblemente, el portador de la voluntad de la persona jurídica, mientras que el representante es aquel que usa el nombre de la persona jurídica y, por eso, el representante difiere del órgano de la persona jurídica ante todo porque: (1) no todos los órganos tienen poderes para actuar a nombre de la persona jurídica: alguno, como la asamblea, tiene más bien funciones deliberativas y (si se quiere, directivas), pero con predominante carácter interno; algún otro, como el administrador, puede también carecer de poderes; (2) porque el representante expresa su propia voluntad y presupone o puede presuponer, una separada voluntad de la del representado, siendo así que el órgano es siempre el depositario y el vehículo (portador) de la voluntad única, que es la de la persona jurídica; y (3) porque representante es quien obra en nombre ajeno, mientras que el órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio”*.

La representación orgánica parte, pues, de la premisa de la existencia de una voluntad en las personas jurídicas y que ella puede manifestarse por sus propios órganos. Pero estos mismos órganos, actuando como tales, pueden otorgar representación y poder a una tercera persona, la que no actuará ya como órgano sino como representante de la persona jurídica. Así, por ejemplo, si el gerente de una sociedad, premunido de facultades para hacerlo, delega poderes: el apoderado representa a la sociedad y no al gerente, entablándose una relación representativa entre el representante y la persona jurídica, y no con el gerente, y es en la esfera jurídica de la persona jurídica a donde se dirigirán los efectos de la actuación del representante.

Como puede apreciarse, entonces, los órganos, aunque estén provistos de poderes, no son necesariamente representantes. De este modo, las personas jurídicas participan en la vida jurídica tanto mediante sus órganos como mediante representantes, que pueden ser personas físicas u otras personas jurídicas, sin que tales representantes deban integrarse como órganos de ellas.

Los representantes deberán actuar con arreglo a las facultades que se les otorguen, siéndoles de aplicación, en consecuencia, todos los principios en que se sustenta la representación voluntaria que hemos desarrollado y las normas que la regulan.

6. ADMINISTRADORES DE HECHO.

El administrador de hecho o administrador de facto es aquél que sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador.

Es de advertir que el concepto jurídico de administrador de hecho o administrador de facto no se encuentra definido en los textos legales

Se trata de una realidad frente a la que el Derecho no cierra los ojos, y bajo cuya denominación podemos encontrar casos muy distintos, desde aquellos que realmente buscan voluntariamente ejercer como administradores hasta los que, sin ser conscientes de ello, ejercen como tales

En el campo mercantil se entiende que el administrador de hecho era aquel que, ejerciendo como tal que no llegaba a ostentar el cargo de forma legítima, bien porque su nombramiento estaba viciado, bien porque incurrió en alguna causa de incapacidad o inhabilitación, o bien porque caducó su cargo

Bajo esta definición podemos encontrar una amplia casuística de administradores de hecho, a saber como

- Administradores caducados, viciados, etc., que siguen ejerciendo como tal. Son los administradores de facto del concepto estricto..
- Administradores ocultos, que sin tener ningún nombramiento como administradores ni aparecer como tales ante terceros, son quienes realmente gestionan la sociedad, siendo los administradores meros testaferros suyos (estos últimos serán administradores aparentes, corresponsables en la misma medida que los administradores de facto)
- El socio que controla efectivamente la sociedad, pero para ocultar esta situación, lo hace en vez de como administrador como mero apoderado, también es un administrador de facto,
- Otro tanto ocurre cuando una sociedad alcanza de un modo sobrevenido la unipersonalidad y se omite el nombramiento de administrador

6.1 CONSECUENCIAS LEGALES PARA LOS ADMINISTRADORES

DE HECHO

Es de precisar que de manera expresa, no se existe regulación respecto a las responsabilidades del administrador de hecho y ello en atención a que su conceptualización tampoco este regulado, no obstante ello pueden ser resumidas en que, están equiparadas a las del administrador de derecho. Otra cosa distinta es que todo se resume al final en un tema de prueba, de que efectivamente se da dicha condición, de que participa activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión.

Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo

CAPÍTULO III

AUTORÍA- COAUTORÍA-COMPLICIDAD

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

La realización de un hecho punible es sancionado siempre y cuando le pueda ser atribuida a una persona, los términos “autor” y “sujeto activo” no deben confundirse, el primero implica la idea de responsabilidad criminal por el hecho, el segundo solo implica que sujeto ha realizado la acción típica . La redacción de nuestro código penal es sobre agentes que actúan individualmente, pero surgen casos en los que intervienen dos o más personas, entonces es donde se toma la importancia del análisis de autor y de las personas que contribuyeron a la realización del delito.

2. CONCEPTO DE AUTOR:

2.1 CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR: Es autor el que aporta una contribución causal al hecho por mínimo que sea. Es decir son autores todos aquellos que de una u otra manera contribuyeron a la realización del hecho delictuoso. No interesa distinguir la contribución de cada sujeto.

Entonces al enunciarse el concepto unitario de autor prevalecería la teoría de la equivalencia de condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían de poseer una relación causal en el resultado, ejemplo la persona que entrega una pistola para que esta mate a Juan es considerado también como autor del homicidio (*Luis Miguel Bramont Arias Torres: Manual de Derecho Penal, Parte General*).

2.2 CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR (TEORÍA SUBJETIVA): Esta teoría señala que es autor aquella persona que obra con voluntad de autor – animus auctoris- y es partícipe quien obra con voluntad de partícipe – animus socii.

Quintero Olivares señala *“que lo importante es el sentimiento de ser autor del hecho, de tenerlo como propio y no como colaboración en el hecho del otro”*.

Esta teoría parte de la equivalencia de condiciones pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen entonces como causas de restricción de la pena, puesto que sin ellas tendría que sancionarse a todos los intervinientes como autores, ejemplo la esposa le dice a su amante que mate a su marido, conforme a esta teoría la esposa sería la autora y el amante que ejecuto el homicidio el partícipe, presenta un alto nivel de dificultad probatoria, es de advertir que se está tratando un aspecto netamente subjetivo.

2.3 CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR: Es autor quien realiza la acción típica establecida en cada delito, por tanto, el que contribuye a que se realice la acción típica no sería autor del delito. Es la contrapartida de la teoría extensiva de autor dado que el concepto restrictivo analiza la distinción entre autor y partícipe desde el punto de vista objetivo de acuerdo a la contribución del hecho punible.

Dentro de esta teoría podemos ver dos corrientes:

2.3.1 Teoría Objetiva Formal. Es autor quien realiza directamente la acción típica, se enfatiza el principio de legalidad. Es decir, el comportamiento del agente debe coincidir con la acción descrita en el tipo penal, sería partícipe el que se limita a ayudar u cooperar en la acción típica. (Ginbernat Ordei. Autor y Complice en Derecho Penal).

2.3.2 Teoría Objetiva Material. Esta teoría trata de corregir errores de la teoría objetiva formal si bien considera relevante la aportación objetiva de los sujetos de hecho, sostiene que existen aportaciones más importantes que otras en cierta forma implica la teoría de la causa eficiente. Es decir es autor quien aporta la contribución más importante, es el que da una mayor peligrosidad del hecho.

2.4 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO. (OBJETIVA – SUBJETIVA DEL AUTOR).

De acuerdo a esta teoría se puede calificar de autor al agente, cuando:

1.- La persona sabe el que, el cómo, el cuándo se va realizar el hecho delictivo. O si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción)

2.- Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que le hombre de atrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada. (Dominio de la voluntad)

3. CLASES DE AUTORES.

3.1 AUTORÍA MEDIATA. Existe autoría mediata cuando el autor, en la realización de la acción típica, se sirve de otra persona, que utiliza como instrumento. La autoría mediata se basa en el dominio de la voluntad.

El profesor Conde Muñoz señala: *“La autoría inmediata o directa se equipara a las mediatas decir aquella en la que el autor no realiza directamente y personalmente el delito, sino que sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable quien lo realiza”.*

3.1.1 REQUISITOS DE AUTORÍA MEDIATA.

- El autor no realiza actos objetivos.
- La persona que actúa como instrumento debe hacerlo sin dolo.
- La persona que se desenvuelve como instrumento actúa técnicamente conforme a derecho, ya que se encuentra bajo un error que ha sido producido por el autor mediato.
- Puede darse el caso el que el instrumento actué justificadamente y exista autoría mediata, por ejemplo cuando se vale de un enfermo mental para causarle lesiones a Pedro y Pedro último le causa lesiones graves al enfermo.

- La persona que actúa como instrumento puede ser incapaz tanto por minoría de edad o como ser mayor de edad pero con incapacidad psíquica.
- Puede darse el caso en que el instrumento actué sin libertad es decir coaccionada o bajo amenaza (Luis Miguel Bramont Arias Torres: Manual de Derecho Penal)

3.2 COAUTORÍA.

Esta figura surge cuando la acción típica es realizada por una o más personas, cada una de las cuales toma parte en la ejecución de los hechos en forma consciente y voluntaria.

3.2.1 TIPOS DE COAUTORÍA.

- **Co- autoría ejecutiva directa.** Cuando todos los autores realizan actos ejecutivos, ejemplo: ambos grupos de fanáticos se propinan golpes.
- **Co – autoría ejecutiva parcial.** Surge cuando se da un reparto de las tareas ejecutivas, ejemplo: dos sujetos roban a un individuo uno lo golpea y el otro lo sujeta.
- **Co – autoría en la que se da un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la acción típica.** Aquí se incluyen casos en los que ciertos autores no se encuentran en el momento de la ejecución. En este punto podemos ubicar a los autores intelectuales.

3.3 PARTICIPE – INSTIGADOR Y CÓMPLICE.

3.3.1 PARTICIPE.

Los partícipes no tienen el dominio del hecho, su intervención se da en un hecho ajeno. En otras palabras, para que exista participación, debe constatarse previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe- La

participación no es autónoma, sino dependiente del hecho del autor, accesoriamente de la participación, en palabras de profesor Berdugo: *“el partícipe no realiza el hecho prohibido en sentido estricto, ni tiene dominio del hecho. Por eso mismo nunca puede lesionar el bien jurídico tutelado, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en tanto y cuanto su conducta contribuye a poner en peligro el bien jurídico que será lesionado por el autor”*. (Muñoz Conde y García)

El autor no tiene la culpa para que exista la participación, pues ella puede ser diferente para cada interviniente en el delito. El autor puede ser un menor de edad o un enfermo mental y esto no afecta la responsabilidad de los partícipes; ejemplo, un joven de quince años planea un robo al banco y se vale de dos personas para que le ayuden a cargar el dinero, estos no saben nada acerca del plan, únicamente se van a limitar a cargar el dinero, luego de un mes capturado el menor y las personas que lo ayudaron, el menor no tiene responsabilidad penal pero los otros sujetos pueden ser considerados como partícipes, cómplices necesarios.

La participación solo es punible si es dolosa, es decir el partícipe debe conocer y querer participar en el hecho punible, reconociendo que otra persona es el autor.

Existen distintas clases de participación:

- Instigador o inductor
- Cómplice necesario
- Cómplice no necesario.

3.3.2 INSTIGADOR O INDUCTOR.

De acuerdo al artículo 24 del Código Penal es instigador *“El que dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, será reprimido con la pena que corresponde al autor”*.

Este artículo señala que es instigador aquel que determina consiente o intencionalmente a otra a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución porque de lo contrario pasaría de la calidad de instigador a la de autor. La instigación es accesoria por lo que debe constatar en el delito principal. Se puede presentar en dos casos:

A) Cuando el instigador lo hace mediante palabras, es decir lo convence con ciertos argumentos.

B) Cuando el instigador directamente utiliza una amenaza física por ejemplo con un arma, o moral por ejemplo un despido del trabajo, lo que se debe examinar en general es la sujeción de la voluntad del instigado

La instigación debe cumplir ciertos requisitos:

- El instigador no tiene el dominio del hecho.
- Debe ser concreta y específicamente orientada a un hecho delictivo específico, y no a cualquier delinquir en general.
- La instigación debe ser determinante es decir la decisión de actuar de parte del sujeto debe haber nacido a consecuencia de la instigación.
- Determinación del autor del delito, la instigación tiene que ser clara, abierta y no encubierta.
- La instigación debe ser eficaz, es decir que se castiga siempre y cuando el sujeto instigado comience la ejecución del delito.
- La Instigación siempre es dolosa, el instigador debe concebir, pues esta acción como un acto que tiene que ser cometido por el autor. No existe instigación por culpa.
- El instigador no responde por el exceso del instigado. Existe exceso cuando lo cometido por el instigado no estuvo en la intención del instigador, ni se le puede imputar a título de dolo eventual.

La pena del instigador es la que le corresponde al autor.

3.3.3 CÓMPLICE

La complicidad está regulada en el artículo 25 del Código Penal y señala: *“El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”*.

El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y, como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho. Los cómplices son los cooperadores, es decir, son los que ayudan -en forma dolosa- al autor a realizar el hecho punible. Así Quintero Olivares define a la Complicidad como: *“la contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor”*. La complicidad requiere estar conectada necesariamente al hecho principal. Se deben citar dos puntos:

- Se debe prestar auxilio para la realización del delito; no importa de qué medios se trate. Este auxilio es el punto de conexión entre la complicidad y el delito cometido, es decir funciona como medio de que facilita la acción delictiva.
- El auxilio que presta el cómplice debe ser utilizado por el agente que va a cometer el delito, de lo contrario no hay nexo entre el delito y la persona que lo facilita. En este sentido, el profesor Von Liszt afirma que *“existen únicamente auxilio para la ejecución de un acto cuando se ha puesto, efectivamente, una condición del resultado. En caso contrario, solo existiría tentativa de complicidad”*.

3.3.3.1 CLASES DE COMPLICIDAD

a) **COMPLICIDAD PRIMARIA.** También denominada “necesaria” esta surge cuando el sujeto es indispensable para que se pueda realizar el delito. El profesor Berdugo señala: “*el cooperador necesario realiza actos relevantes de cooperación en fase preparatoria o ejecutiva*”. Los medios con que se puede colaborar son ilimitados, no existiendo previsión alguna al respecto en el Código Penal. La doctrina acepta la cooperación intelectual y la cooperación técnica o física. El hecho al que se coopera debe haberse materializado, al menos en grado de tentativa. como en la inducción, el cooperador necesario no es responsable del exceso que pudiera haber cometido el autor.

b) **COMPLICIDAD SECUNDARIA.** También denominada “no necesaria”, cuando la contribución del individuo es distinta, es decir, no es indispensable. Aquí encontramos el típico caso del sujeto que actúa de campana. Este grado de participación tiene menor incidencia, por tal motivo la doctrina sanciona con menor pena. Los sujetos que interviene no tiene el dominio del hecho y su comportamiento es tan poco importante que, al faltar su aportación, el delito se habría cometido igualmente. los actos o medios de colaboración son indiferentes, pero deben darse antes o simultáneamente con el delito. Si son anteriores para ser materia de juicio, tiene que haberse realizado o intentado del delito.

c) COMPLICIDAD POR OMISIÓN. Si le corresponde al cómplice un deber de garantía. Es decir, cuando nos encontramos ante un caso de omisión impropia donde el sujeto tiene el deber de garante.

El presupuesto para aplicarle la pena a los partícipes, dado su carácter accesorio con respecto al comportamiento del autor, es la realización del delito, aunque el acto solo quede en grado de tentativa.

Atendiendo el artículo 24 y 25 del Código Penal disponen que el instigador y al cómplice necesario se les impondrá la misma pena que corresponde al autor. Es decir, se determina dentro del marco de la pena del delito realizado por el autor, debiéndose siempre atender al grado de aportación a la configuración del delito. En caso del cómplice no es necesario se le disminuirá prudencialmente la pena, debiéndose entender que la pena puede determinarse hasta por debajo del mínimo legal del delito cometido.

CAPÍTULO IV

LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DEL OTRO

1. ARTÍCULO 27 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL PERUANO

El artículo 27 del Código Penal establece la institución del actuar por otro, prescribiendo: *“El que actúa como órgano de representación autorizado por una persona jurídica o como representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada”*.

Uno de los pocos aspectos que resalta la exposición de motivos del vigente Código Penal Peruano de 1991 en la parte referida a la autoría y participación es la inclusión del artículo 27 que regula la institución del actuar en lugar de otro. Hasta antes de la entrada en vigencia el Código Penal Peruano de 1991, no existía una cláusula general que regulase el actuar en lugar de otro en la legislación peruana. El Código Penal de 1924 contenía, en el mejor de los casos, tipos penales en la parte especial que atribuían directamente la responsabilidad penal a los representantes o administradores de las personas jurídicas. Esto explica porque a partir de la incorporación del artículo 27 en el Código penal vigente se han presentado en la doctrina penal nacional estudios dirigidos a precisar el instituto del actuar en lugar de otro y las particularidades de la regulación positiva. Aunque hay que señalar que el actuar en lugar de otro se ocupa la doctrina alemana y española desde hace mucho tiempo.

2. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO- CRIMINAL DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.

La doctrina Penal contemporánea es casi unánime al reconocer que el instituto jurídico 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 naturales. Incluso

algunos autores amplían su ámbito de aplicación a sujetos fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no existe propiamente una relación de representación (legal o voluntaria). La razón histórica (político – criminal) 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 representantes.

El hecho que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a las personas jurídicas, se le uniera un respeto estricto del principio de legalidad en la administración de justicia penal, llevo a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por órganos o representantes de estas.

En estos casos los elementos del tipo no se verificaban penalmente en un único sujeto de imputación, que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma. Mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era un órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida. Sucedió que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido en el tipo penal correspondiente.

Esta situación de punibilidad llevo a que le legislador en los distintos ordenamientos penales estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad, concretamente: cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos tipos penales a los administradores de las sociedades (así en nuestro país, por ejemplo, la llamada quiebra impropia del artículo 254 del código penal de 1924).

Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en la responsabilidad penal de los órganos o representantes de las personas jurídicas por delitos especiales, presento rápidamente sus defectos pues si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos,

los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos casos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba. Frente a esta deficiente solución legislativa, doctrina penal busco fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: de lege lata mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculos de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes, y de lege ferenda mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una clausula general, que ampliasen la sanción penal también a los representantes.

En nuestra legislación penal se ha impuesto finalmente la solución de una clausula general: el artículo 27 del Código penal, que se hace necesario ampliar a los administradores de hecho.

3. FUNDAMENTO DOGMÁTICO DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.

El actuar en lugar de otro ha pretendido justificarse dogmáticamente desde hace mucho en la doctrina penal alemana. Incluso antes de su regulación expresa de las leyes penales, se presentaron propuestas de interpretación para justificar la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma.

En esta línea apuntaba precisamente la tesis sostenida por Ribka, quien partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico penal de las personas jurídicas, señalo que le órgano de la persona jurídica podría responder como un cómplice extraneus al tipo penal especial.

Por su parte, Nagler fundamento mediante una comprensión de la norma jurídico- penal como un imperativo la necesidad de trasladar en el caso de los incapaces de actuar el cumplimiento de os deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que embarque también la observancia de los deberes jurídicos-públicos en el ámbito del derecho penal. Por último cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida por Bruns y

Wiesener, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles orientada al sentido factico natural de los elementos del concreto tipo penal.

En este sentido la doctrina se esfuerza ahora por explicar el fundamento dogmático de tal cláusula de extensión de punibilidad y establecer sus límites. El punto de partida es los llamados delitos especiales, en tanto la regulación del actuar en lugar de otro se vincula expresamente a ellos. Un sector de la doctrina penal considera a tales delitos como delitos de infracción de un deber y determina, a partir de esta comprensión, el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro.

Así por ejemplo considera Blauth que *“el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un “deber secundario” derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado”*. Por su parte Roxin señala que el actuar en lugar de otro responde a un uso extendido en el tráfico económico en donde muchos asumen deberes de otros y, por ello deben responder también penalmente en caso de incumplimiento.

Para determinar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, hay que diferenciar al interior de los delitos especiales, los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales, en sentido estricto). En el caso de los delitos de dominio la idea fundamental en la regulación del instituto del actuar en lugar de otro se encuentra en la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma.

En principio, cualquier persona puede entrar a dominar normativamente aspectos de la esfera de organización de un intraneus al tipo, y en este sentido, responder penalmente.

Para ello no es necesario que exista una relación de representación entre el intraneus y extraneus sino solamente el dominio normativo por parte del extraneus del ámbito de organización del intraneus del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro la esfera de organización de terceros.

Por el contrario , en los delitos de infracción de un deber la atribución de responsabilidad en el actuar en el lugar de otro no se fundamenta en el dominio normativo sobre una esfera de organización ajena, sino en la traslación al extraneus de deberes positivos institucionales del intraneus, lo cual sucede normativamente mediante una relación de representación.

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

El primer presupuesto para la aplicación del artículo 27 del código penal es que el tipo penal de la parte especial a que sirve de complemento debe ser un delito especial, no obstante, la doctrina penal entiende que existen determinados delitos especiales en los que el uso del actuar en lugar de otro resulta necesario.

Estos delitos son aquellos que regulan una actividad específica y que, por ello limitan de alguna manera el círculo de destinatarios.

Por otro lado, como lo reconoce unánimemente la doctrina penal, dentro de los delitos especiales se distinguen los propios de los impropios.

En los delitos especiales propios el elemento especial de autoría opera fundamentando la pena, mientras que en los delitos especiales impropios el elemento especial de autoría solo agrava la penalidad.

Nuestra regulación legal admite la utilización de la norma de actuar en lugar de otro únicamente para los delitos especiales propios, en la medida que el artículo 27 señala que se trata de un delito que contiene elementos especiales que fundamentan la penalidad.

En el caso de delitos especiales impropios no cabrá una actuación en lugar de otro, pero ciertamente tampoco un vacío de punibilidad, pues la conducta podrá de todas formas castigarse por el delito común base de la agravante especial.

4.1 Los delitos especiales en el sentido amplio: los delitos de dominio.

Para poder aplicar en los delitos de dominio la norma del actuar en lugar de otro, el artículo 27 del Código Penal establece ciertos presupuestos:

4.1.1 LA RELACIÓN DE REPRESENTACIÓN

La regulación del artículo 27 del Código Penal exige que el extraneus del tipo penal (aquel que no reúne la calidad especial de autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio autorizado de una sociedad. Esta regulación asume la llamada teoría de la representación, según la cual el requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro es que entre el extraneus y el intraneus exista una relación de representación.

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

El código penal Alemán admite expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro aunque el título que genera la relación de representación sea ineficaz. Nuestro código no ha asumido esta posibilidad, aunque una representación como esta no se encuentra excluida, pues el artículo 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o un socio

representante de la sociedad debidamente acreditado como tal sino que “actúe como tal”.

Así pues una persona que tenga un nombramiento como representante que adolezca de algún vicio, pero que actúe pese a todo como tal, podrá estar dentro del ámbito del artículo 27, por tanto responder penalmente. Incluso esta interpretación de la norma del actuar en lugar de otro podría ir un poco más allá y no requerir un acto de nombramiento como tal, sino solo la apariencia de actuar como órgano de representación de una persona jurídica.

Esta opinión se mostrará con seguridad muy cuestionada para los defensores de la teoría de la representación.

Nuestro Código Penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino se ha limitado a determinados tipos de representación. Solamente podría actuar en lugar de otro con relevancia para el derecho penal el órgano de representación de las personas jurídicas y el socio representante de las sociedades, y no incluye otras formas de representación como apoderados y delegados, los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes.

Esta regulación de nuestro Código penal parece, pues, no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales lo que motivo el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en su regulación de la teoría de la representación.

4.1.2 ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN AUTORIZADO DE UNA PERSONA JURÍDICA.

Como primer supuesto de representación, el artículo 27 del Código Penal regula la representación orgánica de las personas jurídicas.

La representada en estos supuestos es una persona jurídica, esto es una organización social con personalidad jurídica propia, sea de Derecho Privado o de Derecho Público.

Para que tenga lugar esta representación, no es necesario una organización perfectamente constituida, inclusivamente también pueden incluirse las que adolecen de algún defecto de constitución.

En los casos de sociedades inexistente, o es necesario que se recurra a la norma del actuar en lugar de otro, por lo general la calidad especial de autor recaerá sobre sus miembros (deudor, contribuyente) si la sociedad se encuentra en liquidación, el órgano de representación será el liquidador.

4.1.3 SOCIO REPRESENTANTE DE UNA SOCIEDAD.

El artículo 27 del Código Penal hace mención a los socios representantes de una sociedad como segundo supuesto de representación esa mención tiene explicación con la legislación alemana que en su artículo 14, inciso 1, numeral 2 de su Código Penal incluye al socio representante de una sociedad comercial de personas, pero en nuestra legislación carece de sentido, pues las sociedades colectivas y las en comanditas (que son equivalente a las sociedades de personas en el Derecho Alemán) si son personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico por tanto son una representación orgánica.

4.1.4 ACTUAR COMO ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN O SOCIO REPRESENTANTE.

Este supuesto del artículo 27, ha dado lugar a una disputa entre la teoría de los intereses y la teoría de la función, la teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivadas de su relación de representación de tal manera que no interesada si la representación produce efectos jurídicos – negociable en el representado. Por otro lado si el representante se aprovecha de su cargo para obtener ventajas personales, no podrá considerarse una actuación en calidad de órgano de representación.

La Teoría de la función entiende, que el interés no juega ningún rol importante sino solo que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación. Para resolver esta disputa hay que partir del dato de que el tenor del artículo 27 del Código Penal no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación. Por tanto debe optarse por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de la imputación.

Especial dificultad cuando el órgano de representación no es unipersonal sino pluripersonal, la regulación alemana considera como posibles responsables también los miembros del órgano de representación.

La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de tercero. Una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del artículo 27 del Código Penal solamente podrá tener lugar en caso de admitir una responsabilidad de los mismos como coautores debido a la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento.

No obstante en un distribución horizontal de competencias no resulta usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido.

El tenor del artículo 27 no se opone ciertamente a una sanción de representante fáctico, en tanto actué como tal. No obstante una solución general no puede resultar satisfactoria, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos de los respectivos delitos especiales, en este sentido debe partirse primeramente de la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, ya que como hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de una responsabilidad del actuante en lugar de otro no es el mismo en ambos supuestos.

En los delitos de dominio no se presentan mayores inconvenientes para admitir una responsabilidad penal del representante de hecho, en tanto exista una efectiva asunción de tal posición y, por tanto, de las competencias del órgano de representación. No obstante en los casos de los delitos de infracción de un deber, esta posibilidad se encuentra en principio negada.

5. LA REALIZACIÓN DE TIPO PENAL

El artículo 27 del Código Penal exige además la realización del tipo penal, es decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante. Es necesario saber que si se trata de un delito de dominio, la imputación del hecho al representante dependerá de la infracción de su rol de ciudadano. Ya que en los delitos especiales de dominio el propio tipo penal delimita el rol general de ciudadano en un determinado ámbito. La competencia del representante se deriva de un acto de asunción de los asuntos del representado, de tal manera que desde ese momento la competencia de la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante.

Establecida esta competencia resulta irrelevante determinar si el delito se comete mediante una omisión o una acción, pues lo normativamente decisivo consiste en la competencia del representante por la realización del delito especial.

5.1 ELEMENTOS ESPECIALES QUE DEBEN RECURRIR EN LA REPRESENTADA.

El artículo 27 del Código Penal, requiere por último que los elementos especiales de autoría que no se den en el representante, se den en el representado. El primer aspecto que debe precisar es que se entiende por elemento especial en el contexto de actuar en lugar de otro. Ya el artículo 27 del Código Penal se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría.

No obstante esta indicación resulta demasiado amplia. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos (motivos especiales, tendencias internas, etc.) y lo limita a casos de elementos objetivos de autoría. No obstante tampoco los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismo se procede hacer una diferenciación.

En primer lugar se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (el caso de los funcionarios), así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.), ya que en ambos casos no resulta posible una representación. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.).

6. DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO. DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

En los delitos de infracción de un deber deben estar presentes todos los presupuestos mencionados a propósito de los delitos de dominio, aunque su contenido puede variar sustancialmente. La teoría de representación asumida por el artículo 27 del Código Penal parece ajustarse sin problemas a los delitos institucionales, pues los deberes institucionales se transfieren normalmente mediante relación de representación.

En los delitos de infracción de un deber la asunción fáctica incluso hacia afuera de las competencias institucionales de la persona jurídica, no podrá justificar la responsabilidad penal que asume de hecho estos aspectos. Solamente un representante de derecho podrá responder por deberes institucionales de su representado.

El representante habrá realizado el tipo penal correspondiente por el incumplimiento de un deber institucional transferido por el representado, siendo aquí también irrelevante si el incumplimiento tiene lugar mediante una acción u omisión. Hay que precisar que en estos casos no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes especiales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal.

7. CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.

La consecuencia jurídica del artículo 27 del Código Penal es que el representante responderá como autor del delito especial respectivo. Sobre esta calificación hay que hacer ciertas precisiones, pues es distinto considerar al representante autor que decir que le corresponde la pena del autor. Al establecer que el representante responde como autor, quiere decir que el extraneus se convierte en intraneus con todas las consecuencias de autoría que puede presentarse, es decir que puede ser coautor, puede castigarse como partícipe a quienes auxiliaron o como instigadores a quienes le indujeron a la comisión del hecho.

Un aspecto de especial importancia para otras regulaciones del actuar en lugar de otro es el mantenimiento de la responsabilidad penal del representado. No obstante en nuestra regulación del actuar en lugar de otro es el mantenimiento de la responsabilidad penal del representado. No obstante en nuestra regulación del actuar en lugar de otro, reducida a personas jurídicas, es otra posibilidad que no juega ningún papel relevante, pues en nuestro sistema penal no se considera a las personas jurídicas capaces de cometer un delito.

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DE ACTUAR EN LUGAR DE OTRO, SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST, LEGALIDAD, TIPICIDAD, RESPONSABILIDAD PENAL

1. PRINCIPIO DE ACTUAR EN LUGAR DE OTRO.

El artículo 27 del Código Penal establece la institución de la Actuación en nombre de otro, prescribiendo: *“El que actúa como órgano de representación autorizado por una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada”*.

Este artículo parte del presupuesto que el autor del delito actúa en nombre de la persona jurídica, tratando de esta manera de eludir su responsabilidad penal; quiere establecer entonces que la responsable sea, ya que su actuar es en interés de ella y no de él, El fundamento para la sanción del actuar en nombre de otro se centra en el principio de la equivalencia, tal como señala el maestro **Bramont Arias** en su Manual de Derecho Penal: *“La ley castiga a quien obrando en nombre de otro, no reúne las condiciones exigidas para ser sujeto activo por su conducta, pese a no ser sujeto calificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto, ósea, no basta con que un sujeto actué en nombre de otro y que lo haga como representante, sino que además su comportamiento debe revestir las características necesarias para que se considere equivalente a la del autor idóneo, lo que implica que se trata de sujetos que en virtud de su competencias dominan el ámbito de protección de la norma”*.

Debe quedar claro que las personas jurídicas para el derecho penal peruano no pueden considerarse sujetos activos de un delito y como es lógico no pueden tener responsabilidad penal; el único mecanismo de “sanción” que existe sobre ellas las encontramos en lo que conocemos

como consecuencias accesorias referidas a medidas netamente administrativas.

La ubicación sistemática y la redacción del referido artículo 27 no son las más adecuadas, como dice el profesor **Bustos** *“Sitúa el precepto en el problema de las personas responsables de delitos y faltas (autores y partícipes), cuando lo único de que se trata es de dar una regla sobre el sujeto activo y no sobre la participación o autoría, que son conceptos completamente diferentes; debería pues estar entre los preceptos generales del Título II Del hecho punible, Capítulo I: Bases de la punibilidad (artículos 11 al 15) del Código Penal”*.

En esa misma dirección, se señala que el órgano de representación (persona física o conjunto de personas físicas que, por disposición de la ley o en virtud de los estatutos, quedan investidas de la función de representar la voluntad del ente) o socio representante (persona que realiza funciones de gestión y administración social con poder otorgado por ministerio de la ley o por designación de la autoridad competente).

Es responsable como autor”, y es evidente que la regla del actuar por otro no es una regla de responsabilidad y menos aún, de una presunción (de iure) de responsabilidad, como surgiría de una lectura formal y estricta del precepto (ciertamente falsa, pues hay que relacionar sistemáticamente el artículo 27 con los artículos 11 y 20 del Código Penal, etc.).

No podemos dejar de mencionar que si bien nuestro derecho penal se rige por la máxima. *societas delinquere non potest*- no se puede sancionar a las personas jurídicas, el progreso de la ciencia y el avance de la sociedad en general han traído como consecuencia lógica la aparición de nuevas formas de delito ; surgiendo así el desarrollo del Derecho Penal Económico; en estas circunstancias cobra vital importancia la denominada criminalidad de la empresa conforme lo refiere **Silvina Bacigalupo** en su obra La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

“La empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas. La influencia criminógena de la “actitud criminal de grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas”.

Así, la empresa ha cobrado gran importancia, siendo necesaria una regulación especial de carácter penal, con la que por el momento no contamos.

Po el momento y sobre la base del *Societas delinquere non potest*, respecto de la sanción que se debe imponer a una empresa solo podemos aplicar medidas administrativas o civiles. En este sentido, nuestro Código Penal dispone las Consecuencias Accesorias.

2. PRINCIPIO DE SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

En primer lugar y para una mejor comprensión, diremos que la acepción *Societas Delinquere Non Potest* es una locución latina que significa “las sociedades no pueden delinquir”, y es utilizada en nuestro Derecho Penal para referirse a un principio clásico sobre la responsabilidad personal de las personas jurídicas. Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos pues carece de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo o el animus de su actuaciones.

De esta forma, a las personas jurídicas no pueden imponérseles penas, entendidas como las consecuencias jurídicas- penales clásicas más graves que otras sanciones. En estos últimos tiempos, este principio ha comenzado a ser modificado y un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que debe de dispensarse a las Personas Jurídicas el mismo trato que a las personas físicas teniendo por tanto, capacidad de ser objeto de imputación de tipos delictivos.

En España para estos casos su Código Pena prevé las llamadas “consecuencias accesorias” para sancionar los ilícitos penales de las sociedades. Sin embargo ya la reforma del Código Penal en su artículo 31 lo contempla; y, es en su Derecho Penal aplicable al ámbito de la empresa, donde se encuentra el mayor grado de implicación, dicho principio “societas delinquere non potest” con relación a los delitos cometidos en ejercicio de la actividad empresarial. Por ello la gravedad de aquellos actos que se cometen en el seno de dicha organización empresarial, son los que sirven finalmente para decidir la imputación de responsabilidad penal. En realidad, la cuestión de fondo no es si la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos sociales imponiéndole una pena a las personas jurídicas que ni tienen capacidad de decidir por sí mismas ni se les reconoce alternativas de comportamiento con respecto a las decisiones de sus órganos directivos o de las personas que actúan a su nombre.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de Legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo “nullum crimen, nulla pena sine lege”, procedente, pese a su formulación latina de Feuerbach, quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas de la Revolución Francesa.

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo.

El ciudadano solo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto – contrato social – en el que se asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo, que representa al pueblo. Solo de él puede emanar la ley, que constituye, pues la expresión de la voluntad popular. El Principio de legalidad no es solo, una exigencia de seguridad jurídica, que requiere sólo la posibilidad del conocimiento previo de los

delitos y las penas, sino además la garantía política, de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte de Estado ni de los jueces a penas que no admite el pueblo.

3.1 GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) Por una parte se distinguen los siguientes aspectos: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución.

La garantía criminal exige que el delito, (crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*), la garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponde al hecho (*nulla pena sine lege*), la garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según su procedimiento legalmente establecido.

La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a la ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos.

B) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en la tripe exigencia ***lex praevia, lex scripta y lex stricta***.

Con la exigencia de la *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si incurre en algún tipo o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o atenuar la pena.

Con la exigencia de la *lex scripta* queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo.

Con la exigencia de la *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puede acarrear. Constituye este aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas.

El “mandato de determinación” se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el arbitrio judicial. El “mandato de determinación” plantea especiales problemas en relación con la medida de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente un presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho.

4. PRINCIPIO DE TIPICIDAD:

Es una manifestación del principio de legalidad, por cuanto un tipo penal es el que reúne los elementos, que desde el ámbito objetivo y subjetivo, define a una conducta como típica. Es por ello que si la conducta es típica contamos con un indicio de que puede resultar delictiva, por lo que es una exigencia del principio de legalidad que resulta ser el hecho de que sólo es delito aquella conducta que es típica en la norma penal.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de este hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad es un vertiente de *nulla poena sine lege*, sólo hechos tipificados en la ley penal son delitos, ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea puede ser al mismo tiempo no es típico y no se encuentra en la norma penal.

Por su parte **Jiménez Asúa**, refiriéndose a *Beling*, a quien se le atribuye la creación de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y por dañar a la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el Código o las leyes, para poder castigarlos. “Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”.

Para **Grisanti** la tipicidad es un elemento del delito que implica una relación de perfecta adecuación, de total conformidad entre un hecho de la vida real y algún tipo legal o tipo penal.

Grisanti alude que el principio de tipicidad ha pasado por tres fases fundamentales, la primera fase ésta representada por *Beling*, un penalista alemán y es la fase de la independencia. Según *Beling* existe absoluta independencia entre la tipicidad y los elementos del delito; esta

postura arguye Grisanti que debe rechazarse porque, al contrario existen muy íntimas relaciones entre los distintos elementos o caracteres del delito.

La segunda fase ésta representada por un penalista también alemán Mayer, es la fase indiciaria, Mayer afirma que la tipicidad cumple una función indiciaria con relación a la antijuricidad de la conducta, en el sentido de que si un acto es típico, es decir si es perfectamente adecuado a algún tipo legal, o penal, es posible que ese acto , además de típico sea antijurídico , pero no seguro porque en la realidad puede ocurrir alguna causa de justificación en la realización de ese acto típico, que al excluir la tipicidad excluye también la existencia del delito, y con ella la existencia de la responsabilidad penal.

Por último respecto a la tercera fase fundamental de la evolución del concepto de tipicidad *Grisanti* se refiere a *Mezger*, el cual sostiene que la tipicidad no es meramente un indicio de la antijuricidad, sino que es algo mucho más importante, y estima que la tipicidad es la *RATIO ESSENDI*, es decir, la razón de ser de la antijuricidad, y afirma *Mezger*, que para que un acto sea antijurídico es menester que sea típico. *Mezger* admite que puede existir la tipicidad sin la antijuricidad, por ejemplo: el homicidio cometido en legítima defensa; pero en cambio sostiene erróneamente, que la antijuricidad no puede existir sin tipicidad; por ejemplo: tipicidad sin antijuricidad.- homicidio en legítima defensa, y antijuricidad sin tipicidad.- la omisión de pagar una deuda.

5. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El principio de taxatividad en el Perú se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 24, literal “d)” de la Constitución Política del Perú, el cual establece que las leyes penales deben prescribir presupuestos y las sanciones correspondientes de manera expresa e inequívoca.

La Constitución Peruana a través de este principio exige que las normas creadoras de pleitos y penas sean claras de tal manera que los ciudadanos comprendan el mensaje de la norma y puedan motivarse de acuerdo a ella.

En otras palabras en la Constitución señala 1. Si el Estado quiere criminalizar las conductas lesivas para la sociedad, dicha criminalización no debe adolecer de ambigüedades, y por el contrario debe estar llena de claridad, certeza y sencillez; 2. Las sanciones diseñadas para las conductas que son clasificadas como delitos deben estar consagradas en manera indubitable en código Penal, lo cual significa que le legislador está obligada a establecer con claridad, no solo en el quantum de la pena, sino también la clase de pena. (CORIA, 2002).

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen a legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

En un Estado de Derecho, la taxatividad de la norma es un principio aplicable a todas las instituciones, sean públicas o privadas. Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. Igualmente en sede corporativa, la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el instituto de las personas jurídicas.

Asimismo, además, del ámbito penal, administrativo dicho principio se extiende a la órbita del derecho parlamentario y político. En efecto, los controles políticos y las sanciones políticas están también tasados y

regulados por la Constitución y la ley. De ahí que el principio de legalidad y el sub principio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del Parlamento (sede política), como el Poder Ejecutivo (sede administrativa).

La taxatividad no solo se exige a los delitos. También le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99 de la Constitución. Es decir, se requiere que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que dichas infracciones tienen que estar previamente identificadas.

6. PRINCIPIO DE RESERVA DE LA LEY PENAL

El principio de reserva de la ley, está inmersa en la garantía de la legalidad de la represión señalado en el Artículo 2 inc. b y d de la Constitución.

Esta presupone que el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito ésta reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean los hechos cometidos.

El principio de reserva presupone como condiciones de su existencia, las siguientes:

- a) La determinación legal de los hechos punibles
- b) La determinación legal de las penas correspondientes;
- c) La prohibición de la analogía;
- d) La Irretroactividad de la ley penal.

6.1 DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES.-

La separación de lo que es punible de lo que no lo es, representa una condición básica del principio de reserva de la ley penal. Ella se logra mediante el acuñamiento de un *numerus clausus* de hechos punibles.

El hecho punible no se limita a la definición formal de los hechos delictivos, sino que comprende todos los presupuestos legales de la pena como desvalor jurídico del hecho definido (su antijuricidad) la reprochabilidad de su autor (su culpabilidad) y la posibilidad de su castigo en el caso concreto (su culpabilidad).

6.2 DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA.-

Para excluir la culpabilidad de la represión no basta el acuñamiento legal de los hechos punibles, sino que es necesario que el principio *nullum crimen sine lege* complementado con el *nulla poena sine lege* (Artículo II del Título Preliminar del Código Penal).

Esta garantía, que excluye las penas extraordinarias admitidas por las antiguas legislaciones que eran penas supletorias del derecho escrito en los casos de hechos que habían escapado a la prohibición de la ley, no se satisface con la simple declaración legal de que el hecho debe ser castigado o que merece una pena, sino que demanda la determinación concreta de la pena conminada para cada delito.

Esto requiere que la pena esté directamente referida al respectivo hecho delictivo y que esté individualizada por su especie y medida. Esta exigencia no se contradice porque su monto dependa de cálculos a realizar sobre bases preestablecidas, como sucede si la cantidad de la multa se hace depender del monto del perjuicio pecuniario causado por el delito, o se adopta el criterio del día multa.

7. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA EN MATERIA PENAL

El artículo III del Título Preliminar del Código Penal Peruano señala: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde”.

La analogía suele distinguirse de la interpretación extensiva; mientras ésta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto (artículo 4 inciso 1 del Código Penal).

Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía sólo rige cuando se trata de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad. *La analogía in bonam partem*, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Ello es consecuencia de que el derecho fundamental a la legalidad nunca puede resultar vulnerado cuando se favorece al acusado.

Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. La teoría que considera de que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error del tipo y del error de prohibición, sin tener totalmente lo uno ni lo otro, propone actualmente la aplicación analógica a estos casos de la regla del error del tipo (que son más benignas), lo que es compatible con la prohibición de la analogía *in malam partem*.

Sin embargo, la cuestión es discutida en la doctrina española, donde algunos autores no reconocen la analogía *in bonam partem*.

Por otra parte, es discutido el verdadero significado que se debe dar a la prohibición de la analogía. Se podría entender que, en realidad, la prohibición de la analogía impide un tratamiento igualitario de las acciones que él declara punibles. Esta última opinión es la que se ha impuesto.

Pero, aun cuando se mantenga el principio de la prohibición de la analogía, hay diversidad de pareceres respecto de la distinción entre la interpretación admitida y la analogía prohibida. Dándose primacía a la interpretación teleológica, se ha afirmado que la analogía puede tener significación en forma indirecta en la fundamentación de la punibilidad. Sin embargo, esta interpretación analógica tolerada tendría sus límites en el “sentido literal del texto”.

La fórmula del “sentido literal del texto” no resuelve el problema de forma totalmente satisfactoria. Así, partiendo de que toda interpretación requiere analogía, se sostiene que la analogía no es sino un procedimiento habitual de discusión de la lógica jurídica, que es utilizada en el derecho penal de la misma manera que en todo el derecho y no sólo *in bonam partem*. De aquí que la prohibición de la analogía se debería entender como la exclusión de la analogía “con el fin de creación de un nuevo derecho”, con lo que la reducción del significado de la prohibición de la analogía es indudable.

Por tanto, la cuestión de la analogía no podrá sino depender de la propia opinión del intérprete sobre el texto: Donde el intérprete piensa que ya no se trata de la interpretación de la ley sino de la analogía, tendrá que admitir la existencia de una laguna en la ley y, en consecuencia, opina, según su consciente convicción, que la vinculación a la ley hace esta interpretación necesaria, entonces la proposición jurídica así entendida tendrá la consecuencia de que él (como juez) deberá sancionar al autor.

CAPÍTULO VI

EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1. EN EL ORDENAMIENTO PENAL COLOMBIANO

1.1 ANTES DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000.

Antes de la entrada en vigencia del Código Penal del año 2000, no existía en el ordenamiento penal colombiano una cláusula general que regulara los supuestos de actuaciones en lugar de otro. Sin embargo y así lo refiere **Suarez Sánchez** en su obra *“La autoría en el actuar por otro”*, sí existían cláusulas particulares, que se aplicaban exclusivamente a determinados delitos. Dentro de estas cláusulas, el autor alude a la establecida en el artículo 422 del Código Penal de 1936, aplicable a los delitos relativos a la quiebra y cuyo tenor literal establecía: *“Los gerentes o directores de una sociedad anónima, que cometan algunos de los hechos de que tratan los artículos anteriores, incurrirán en las sanciones allí establecidas y en multa de cincuenta a dos mil pesos. Dichos artículos se referían a conductas realizadas por “el comerciante declarado en quiebra, esto es, consagraban delitos especiales propios; la cláusula del artículo 422 extendía la autoría, para estos delitos, a sujetos que no ostentaban la calidad especial exigida por los respectivos tipos penales.*

Por otra parte, durante la vigencia del Código Penal del año 1980, “...los artículos 22 de la Ley 383 de 1997 y 125 de la ley 488 de 1998 (...) crearon cláusulas particulares de actuación en lugar de otro para delitos cometidos por agentes retenedores y autorretenedores de impuestos, tasas y contribuciones. Nótese, sin embargo, que esta regulación se introdujo sólo de manera muy reciente, pocos años antes de la entrada en vigencia del C.P. del año 2000”.

Esta escasa y tardía regulación de actuaciones en lugar de otro en vigencia del Código Penal del año 1980, explica que la doctrina de ese momento prácticamente no se ocupara de los supuestos en los cuales, quien actuaba en lugar de una persona jurídica o natural, realizaba la conducta prevista como punible sin que concurriera en él, pero sí en su representado, la cualidad especial exigida por el tipo penal.

Al parecer, sólo **Suárez Sánchez** en su obra "*Autoría y Participación*", se ocupaba expresamente de dichos supuestos para destacar que en éstos la única alternativa era la atipicidad de la conducta del actuante por otro. Así, afirmaba que "*...frente a nuestro ordenamiento no es posible considerar como autor a quien careciendo de la calificación específica que fundamenta la punibilidad, obre en nombre o representación de otro en quien sí concurre tal especificación o calificación personal*". Si el representante de una sociedad, verbigracia, en perjuicio del acreedor prendario abandona, oculta, transforma, enajena o por cualquier otro medio dispone de la prenda, no realiza acción típica de disposición de bien propio gravado con prenda (artículo 364 del Código Penal), porque no fue él quien constituyó el gravamen, ni quien dispuso de ella. Ello conduce a la conclusión de que tal representante no puede ser considerado como partícipe, porque la sociedad no es autora, dado que entre nosotros las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de hechos punibles. Por tanto, *dicho comportamiento, se mire por donde se mire, resulta impune con relación a tal delito, (...)*. Este vacío sólo se puede llenar legalmente con una norma similar a la del artículo 31 del Código Penal Español.

Fernández Carrasquilla, quien sin hacer mención expresa del problema señalaba, refiriéndose a los eventos de coautoría, que el coautor es un autor y por tanto para ser tal se precisan las calidades típicas de éste. En los delitos especiales o propios, y en los de comisión por omisión, sólo el *intraeus* (sujeto calificado) puede ser autor o coautor, en tanto que el *extraneus* o no calificado sólo puede ser partícipe (instigador o cómplice).

Así, de sus planteamientos se concluye que no aceptaba la posibilidad de atribuir responsabilidad penal *como autor* del delito especial a quien, careciendo de la calidad exigida, realizaba la conducta prevista como punible, actuando en lugar del sujeto calificado o *intraeus*.

Por su parte, **Reyes Echandía** al referirse a los supuestos de complicidad en los tipos de sujeto activo afirmaba que “...*si bien el extraneus no puede ser autor de un delito cuyo tipo legal califica el agente –intraeus- porque carece de dicha calificación, en cambio, puede ser cómplice, dado que la punibilidad de este (sic) no depende directamente del tipo de la parte especial que describe la conducta y la inculpa...*”.

Dentro de esta misma línea parecía inscribirse **Salazar Marín**, quien al abordar el tema de los elementos personales que fundamentan el injusto, indagaba acerca de cómo debía responder el *extraneus* que cooperaba con el sujeto calificado.

Así, señalaba que no podía tratarse como coautor, aunque su contribución material fuera de mucha importancia, pues carecía de la calidad especial exigida por el tipo penal. Lo anterior lo llevaba a sostener que si por la especialidad del delito la ley restringe el círculo de autores, lo único que parece posible para el extraño es el tratamiento del partícipe, por haber contribuido en la comisión de un delito especial, y añadía: “*Obviamente es una contribución eficaz, consciente y voluntaria, que a pesar de no lograr ubicación en el modelo legal con todos sus pormenores por defección de algunos de sus elementos (falta la calidad en el sujeto), ha de situarse ahí sin violentar el principio de legalidad, pues allí está la norma ‘amplificadora’ de la conducta propia de la participación.*”

Los últimos dos autores parecían encontrar solución a los supuestos planteados, a través de la atribución de responsabilidad penal al *extraneus* a título de partícipe en el delito especial. **Peña Sosa** rechazaba esta solución por considerarla contraria al principio de

legalidad “...pues si el catálogo punitivo reclama para algunas de sus descripciones que sean realizadas por sujetos activos calificados, la ampliación de su radio de acción a través del dispositivo amplificador de la participación, sólo puede legalmente afectar las actividades de determinación o de coadyuvancia de quienes tengan esa misma exigencia típica, pues igual función de garantía cumple el tipo penal con relación a su autor, que su mecanismo extensivo respecto de los partícipes”. En consonancia con este planteamiento, el autor sostenía que en los delitos especiales propios “... siendo la categoría especial del agente elemento sine qua non para la existencia del delito, la intervención del extraneus sería atípica”.

1.2 LA REGULACIÓN DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” EN EL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2000.

El Código Penal del año 2000 introdujo como novedad en el ordenamiento penal colombiano, una cláusula del “actuar en lugar de otro”, ubicada en la Parte General; dicha cláusula se encuentra consagrada en el artículo 29, inciso 3º, y está redactada en los siguientes términos:

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

Según la redacción del precepto, puede deducirse que el legislador colombiano tomó en cuenta elementos de las fórmulas alemana, española y peruana, para construir una cláusula propia; sin embargo, la adopción de diversos elementos presentes en cada una de las mencionadas fórmulas, parece haber contribuido a que la redacción final de la norma adolezca de defectos y contradicciones.

Por ahora, basta con indicar que la cláusula contenida en el inciso 3º del artículo 29, constituye un mecanismo de extensión de la autoría, pues implica la ampliación de los alcances del concepto de autor para incluir en éste a aquellos sujetos -miembros u órganos de representación autorizados o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo, o de persona natural cuya representación voluntaria se detente- que sin ostentar la calidad especial exigida por el tipo penal, realizan la conducta prevista como punible.

Ahora bien, mientras con la inclusión de la fórmula del “actuar en lugar de otro”, el legislador colombiano parecía haberse decantado por el sistema de cláusula general, se advierte sin embargo en la Parte Especial, la consagración de una cláusula particular de actuación en lugar de otro, ubicada en el inciso 3º del artículo 402, referido al delito de Omisión de agente retenedor, la cual dispone:

“Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLAUSULA DEL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO”.

2.1 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Los defensores de esta teoría sostienen que la inclusión de una cláusula de “actuar en lugar de otro”, atiende al hecho de que las personas jurídicas no responden penalmente, y por lo tanto, deben responder por ellas sus representantes. Las críticas a esta teoría se presentan desde dos frentes principales: por un lado, se advierte que la cláusula del “actuar en lugar de otro” nada tiene que ver con el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, toda vez que el actuante en lugar de una persona jurídica responde por su propia

acción, con independencia de que se admita o no la responsabilidad de ésta; de otro lado, se afirma que las actuaciones en lugar de otro pueden presentarse tanto frente a la representación de las personas jurídicas como de las personas naturales, lo cual demuestra que el problema no es exclusivo del ámbito de aquéllas

2.2 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DERIVADO DE LA INACTIVIDAD DEL REPRESENTADO

Con respecto a esta teoría, **García Martín** sostiene que para la opinión dominante es esencial en la figura del actuar en lugar de otro, la no actuación del representado. En este sentido afirma que *“...la actuación en lugar de otro se plantea como problema específico jurídico-penal en los casos en los que aquél que no cumple en su propia persona determinados elementos que la correspondiente figura de delito exige para poder ser sujeto activo o autor, o, en general, que no realiza ciertos elementos típicos, lleva a cabo la actividad prohibida por la norma, u omite el mandato y produce el resultado que dicha norma quería evitar en representación, interés o en nombre de un sujeto que cumple formalmente aquellos requisitos personales típicos, pero que no actúa en el caso concreto ni tiene conocimiento de la actuación que su representante ha llevado a cabo”*.

El autor critica esta posición y advierte que, contrario a lo postulado a partir de ella, la no actuación del representado no es la base dogmática de la figura del actuar en lugar de otro. Para fundamentar su afirmación sostiene que la responsabilidad penal de quien actúa en lugar de otro no exonera al representado que ha delegado sus atribuciones, razón por la cual ambas responsabilidades pueden coexistir.

2.3 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO UN PROBLEMA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

A esta postura, que identifica la responsabilidad del actuante en lugar de otro con la responsabilidad por el hecho ajeno, se le opone el argumento consistente en que el término ‘actuar’ exige que el que deba ser declarado criminalmente responsable por haber realizado una actuación típica en lugar de otro haya ejecutado él mismo directa o mediata la acción típica”. A lo anterior se añade que el *“actuar en lugar de otro” sería un supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno si se buscara la imputación de responsabilidad al representado calificado, por la acción realizada por su representante, lo cual, como se ha visto, no coincide con el contenido de la figura analizada*”.

2.4 EL “ACTUAR EN LUGAR DE OTRO” COMO PROBLEMA DE ESCISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS.

Si las anteriores teorías se muestran insuficientes para delimitar el ámbito de aplicación del “actuar en lugar de otro”, esto parece derivarse de que terminan atribuyendo responsabilidad penal por el hecho ajeno, y en esta medida, contrarían la naturaleza de la responsabilidad penal como responsabilidad por el hecho propio.

Frente a esta situación, se postula que el “actuar en lugar de otro” surge de un problema de escisión de los elementos del tipo, toda vez que el sujeto que ha realizado la conducta, no posee la calidad especial de autoría que exige el tipo, y quien posee tal calidad no se ha comportado como autor directo o mediato del hecho.

Con lo afirmado parece claro que el ámbito de aplicación de la fórmula del “actuar en lugar de otro” se explica entonces de manera satisfactoria a partir de la escisión de los elementos del tipo. Sin embargo, todavía no se han confrontado estos planteamientos con la regulación colombiana, para poder afirmar que la misma responde al fenómeno de escisión

referido y no a un problema de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, de inactividad del representado o de responsabilidad por el hecho ajeno.

En primer lugar, una explicación del “actuar en lugar de otro” a partir del problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, está descartada de plano en el ordenamiento penal colombiano. En efecto, la cláusula que regula las actuaciones en lugar de otro en el Código Penal, se refiere tanto a la actuación en lugar de una persona jurídica, como de un ente colectivo “sin tal atributo” o una persona natural; de esta manera, si la cláusula estuviera consagrada como respuesta a la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, no haría referencia, además, a las personas naturales y los entes colectivos sin personalidad jurídica. Adicionalmente, aunque se admitiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cláusula seguiría teniendo aplicación en tanto ambas responsabilidades, podrían concurrir.

En segundo lugar, un análisis del criterio de la inactividad del representado como génesis del “actuar en lugar de otro”, arroja resultados similares a los anteriores. Así, es claro que del tenor literal del precepto no se desprende tal exigencia, esto es, no se señala que para atribuir responsabilidad al actuante por otro, deba concurrir la inactividad del representado. Lo anterior conduce a plantearse, por ejemplo, la posibilidad de que una persona natural que ostenta la calidad exigida por el tipo penal, induzca a su representante para que realice en lugar de ella la conducta prevista como punible o le preste a su representante una contribución para la realización de la misma; en este caso, el representado (del cual ya no puede predicarse “inactividad”) podría responder penalmente como inductor o cómplice, sin que esto implique la exclusión de la responsabilidad penal, a título de autor, de quien actúa en su lugar, en virtud de la cláusula del “actuar en lugar de otro”.

Esta posibilidad da cuenta de que la aplicación de la fórmula del “actuar en lugar de otro” es independiente de la inactividad del representado frente a la conducta punible respectiva, y por lo tanto, dicha fórmula no se explica satisfactoriamente a partir de este criterio.

Por último, el criterio de responsabilidad por el hecho ajeno tampoco puede explicar la consagración de la cláusula del “actuar en lugar de otro” en el ordenamiento colombiano, por dos razones fundamentales: la primera, porque a la luz de los principios que informan el sistema penal, nadie puede ser responsable penalmente por el hecho ajeno; la segunda, porque la fórmula del “actuar en lugar de otro”, tal como está redactada en el Código Penal Colombiano, exige del actuante en lugar de otro que realice la conducta, es decir, el sujeto extraneus responde por su conducta, nunca por una ajena. En esta medida, si el representante de la persona natural o jurídica no realiza la conducta prevista como punible, no podrá ser considerado penalmente responsable a título de autor de la respectiva conducta, atendiendo únicamente a su condición de representante.

3. EI ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA DOCTRINA ARGENTINA

3.1 LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN MATERIA PENAL ECONÓMICA: EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

3.1.1 INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos más característicos y propios del derecho en materia penal económica resulta ser cierto el criterio que, el legislador ha introducido para resolver problemas de autoría en los casos de delitos especiales cometidos en el marco de actuación de una persona jurídica. Se plantea la necesidad de superar las exigencias constitucionales impuestas por el principio de legalidad, por el cual ningún sujeto puede ser condenado por la acción típica descrita en la ley si no reúne en él todas las condiciones y cualidades requeridas por el tipo penal para ser autor del delito.

En materia penal económica los inconvenientes se suscitan cuando la persona física que actúa en nombre o representación de una persona de existencia ideal no presenta esas condiciones específicas; no es el obligado tributario ni el agente de retención, mientras la persona jurídica si las presenta, vale decir, es el obligado tributario o el agente de retención. Es allí cuando entra a jugar "el actuar en lugar de otro", solución que en definitiva resulta una herramienta dogmática útil a los efectos de dilucidar los citados problemas de autoría; en definitiva, el actuar en lugar de otro, ha sido una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaban en delitos especiales, ante la falta de una regulación legal que permitiera responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y la imposibilidad de castigar a los órganos y representantes que actuaban por ellas.

Haciendo propia la definición que al respecto escoge **García Martín**, podemos denominar "actuales en lugar de otro", *"a todos estos terceros que acceden a un ámbito de actividad ajeno para realizar tareas relacionadas con aquella actividad"*.

3.2 CUESTIONES PENALES RELEVANTES DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

3.2.1 LAS VENTAJAS PRÁCTICAS DEL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO: SU RAZÓN DE SER

El actuar en lugar de otro, entra a jugar cuando en relación a delitos especiales en los que el sujeto activo debe aparecer investido de especiales caracteres de índole personal. El autor del delito especial es el titular formal de la actividad en cuyo ejercicio es posible la realización de las acciones aptas para provocar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Los terceros que han adquirido facultades para actuar en el ámbito de la actividad de otro, el cual reúne las condiciones para ser calificado autor del delito especial, que en definitiva despliegan la actividad y producen los resultados que la norma pretende evitar, lo hacen desde una posición jurídica diferente a la del tipo penal. Estas

personas no son ni el obligado, ni el agente de retención, ni el deudor. Esos sujetos, al no reunir las características particulares del tipo, por aplicación del principio de legalidad, desplegarían un accionar atípico.

Se produciría entonces una laguna de punibilidad contraria al sentido de justicia y a las necesidades político-criminales, al quedar sin sanción conductas de determinados sujetos que, habiendo causado el resultado que la norma pretendía evitar, carecen de ciertos elementos personales típicos.

Con el objeto de evitar dicha situación injusta, se ha diseñado esta construcción dogmática, denominado "actuar en lugar de otro". Es ésta una herramienta útil para resolver el problema de autoría que plantean los delitos especiales cuando específicamente quienes actúan no revisten en sí las cualidades, características y condiciones típicas para ser autores del evento delictivo; condiciones, cualidades y características que sí se encuentran presentes en la persona en cuyo nombre se actúa.

Teniendo a la vista que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona y con el fin de salvar el principio de legalidad, el legislador ha establecido que en ciertas ocasiones, el que actúa en nombre de otro sin reunir las características exigidas por el tipo para ser autor, sea considerado autor como si reuniera el mismo dichas características, cualidades y condiciones típicas para ser considerado autor.

En definitiva, el actuar en lugar de otro se ha convertido en una práctica herramienta para solucionar problemas ocurridos en el ámbito de la actuación de una corporación empresarial, salvando una laguna de punibilidad que repugnaría al más elemental sentido de justicia.

3.2.2 EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO ANTE EL FANTASMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Una incorrecta comprensión del alcance de esta construcción dogmática nos puede llevar a una peligrosa situación repugnante al estado de derecho y al respeto de las garantías individuales. Dicha situación no es otra que la de incurrir en responsabilidad penal objetiva.

Para evitar que ello ocurra no debemos perder de vista que es necesario que, el que actúe en lugar de otro despliegue -por acción u omisión- la conducta típica a los efectos de que responda penalmente. De lo contrario, habríamos incorporado a nuestro sistema jurídico un supuesto de responsabilidad objetiva, aplicando una pena por la mera ostentación de un cargo. Bien puede suceder que un sujeto que reúna en sí de las condiciones típicas para ser autor del delito especial, sea completamente ajeno a todo suceso delictivo.

Ninguna duda cabe que el principio de culpabilidad es uno de los pilares básicos del derecho penal liberal, que incluso se encuentra reconocido la Carta magna Argentina. Nadie puede ser penado sin culpa, por lo que todo intento de responsabilidad penal objetiva repugna a dicha Constitución. No basta con incurrir en el tipo objetivo, es necesaria la configuración del tipo subjetivo. En cuanto al punto se ha sostenido que *"la sola circunstancia que el imputado integre el directorio de la sociedad no resulta suficiente para establecer su intervención en el delito investigado. Máxime si se tiene en cuenta que las declaraciones juradas correspondientes a los períodos denunciados", en principio no aparecen suscriptas por el nombrado"*.

3.3 ACTUAR EN LUGAR DE OTRO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Desterrando mitos:

Frecuentemente se incurre en la confusión de creer que el actuar en lugar de otro es una respuesta a la cuestión planteada por la

imposibilidad de hacer responder penalmente a las personas de existencia ideal.

A poco de examinar la cuestión notamos que en "el actuar en lugar de otro", ninguna relación posee la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que, la verdadera razón de la citada construcción dogmática es dar una respuesta a los problemas que en cuanto al punto genera el principio de legalidad, tal como bien lo señala **Rodríguez Estevez**.

El actuar en lugar de otro no es más que un problema de responsabilidad de personas individuales, constituyendo "una regla complementaria de las generales de imputación de responsabilidad. Tal regla complementaria se hallaba específicamente orientada a salvar los problemas de legalidad que plantean los delitos especiales cuando éstos se cometen en el ámbito de personas jurídicas y las condiciones objetivas de autoría recaían precisamente en la persona jurídica y no en las personas físicas en ellas integradas".

En definitiva, nada tiene que ver la construcción del "actuar en lugar de otro" con la responsabilidad de las personas jurídicas.

3.4 EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO Y EL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

Puesto que el dominio del hecho típico determina la autoría del hecho, y en delitos especiales el dominio exige la calificación en el agente, nos encontramos con que los sujetos no calificados no pueden ser autores del delito especial de que se trate. Los no calificados (los *extranei*) no pueden ser autores, aunque sí partícipes.

Sin embargo, esta responsabilidad como partícipes no será posible si el sujeto calificado (*intraeus*) no actúa ni instrumentaliza al ejecutor, o no es una persona física sino una jurídica. Estas situaciones darían lugar a la impunidad del ejecutor, porque no es calificado; y a la impunidad del calificado, porque no realiza la conducta típica ni instrumentaliza al

ejecutor.

La estructura de la autoría mediata fracasa en estos casos, luego procedería la impunidad. Pongamos como ejemplo el delito de defraudación tributaria, para el que suele exigirse en la doctrina el carácter de obligado tributario (si no, no hay posibilidad de defraudar a la Hacienda Pública); si el carácter de obligado tributario lo tiene una persona jurídica (cosa nada improbable si se trata del impuesto de sociedades), muy difícil será que la persona jurídica responda penalmente, porque no es susceptible de cometer delitos, ni de instrumentalizar, a quien ejecute los hechos de defraudación. Consecuencia: la impunidad del fraude fiscal.

Algo semejante sucederá cuando se obra en representación legal o voluntaria de otro, que es sujeto calificado de un delito especial*.

Para responder a tal imposibilidad de castigar, el legislador ha considerado la solución de una cláusula de atribución de responsabilidad a la persona física en cuyo nombre se obra, o al administrador de la persona jurídica.

En efecto, inspirado en un precepto semejante del Derecho penal alemán, en 1983 el legislador español introdujo en el Código Penal, una vía de atribución de responsabilidad en casos de delitos especiales cuando el sujeto calificado no actuaba (al tratarse de una persona jurídica, o al haber obrado a través de otro pero sin instrumentalización). Años antes había sido previsto un precepto semejante para algunos delitos, pero fue en 1983 cuando se previó con carácter general, y se perpetuó en el Código Penal de 1995.

Sin una regla expresamente prevista por el legislador no sería posible tal extensión de la responsabilidad, pues se incurriría en analogía contra el reo.

En los primeros años de vigencia de dicha regla de atribución de responsabilidad, cierta jurisprudencia española interpretó que se trataba de una previsión que inauguraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero lo cierto es que dicha regla presupone precisamente que la persona jurídica no puede responder, y que han de hacerlo en su lugar personas físicas. La regla, con algunos retoques, pasa en 1995 a ser el artículo 31.1 del actual Código Penal Argentino.

Su sentido es evitar la impunidad en ciertos casos de delitos. En concreto, en delitos especiales, cuando el calificado no obra, y quien obra no puede responder por no ser calificado. En puridad, la regla permite ir más allá de la calificación del delito y hacer responsable al no calificado. Pero para esto deberán cumplirse los elementos de dominio del hecho que caracterizan la autoría. Es decir, que no se trata de una mera regla de atribución automática de la responsabilidad en delitos especiales, sino de una salvedad a la calificación que el tipo exige en esos casos.

Será preciso, por tanto, proceder a la imputación objetiva y subjetiva a la persona física que obró en nombre o representación legal o voluntaria de otro, o a la persona física que actuó como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica. Luego, si falta el dolo en esa persona física, o no se constata un riesgo típicamente relevante, no será posible la imputación tampoco por la vía de la «regla del actuar por otro».

A dicha regla el legislador añadió después (en 2003) una consecuencia penológica que puede enturbiar esta interpretación. En concreto, se previó (artículo 31.2 del Código Penal) que si se castiga al autor del delito (persona física, gracias a la operatividad de la regla del actuar por otro) a una pena de multa, responderá de forma directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

Parece que se vuelve a la interpretación de la primera jurisprudencia sobre esta regla, que vio en ella un reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero en puridad, la consecuencia penológica ahí prevista presupone una vez más que las personas jurídicas no responden. Por eso se prevé: para que respondan del pago de la multa, ya que no pueden responder penalmente en sentido estricto.

Esta conclusión se ve abonada si se observa que dicha previsión de responsabilidad por el pago de la multa deriva de la responsabilidad penal de una persona física, a la que en efecto se ha condenado a una multa; y es para su pago cuando entra en juego la persona jurídica. En definitiva, puede afirmarse que dicha previsión no altera la regla *societas delinquere non potest*, sino que la presupone. Plantea sin embargo el problema de cuál es la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad por el pago de la pena de multa. Obsérvese que presenta una doble faceta: para la persona física es pena y para la jurídica es consecuencia accesoria.

En cualquier caso, la previsión de dicho precepto (artículo 31.2 del Código Penal) y de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (artículo 129 del Código Penal) vienen a confirmar que el postulado de no-responsabilidad penal de los entes colectivos ha comenzado a ceder a favor de vías más eficientes de prevención del delito. Queda una vez más de manifiesto que el modelo de responsabilidad penal en la política criminal de los países de nuestro entorno se orienta, además de hacia la responsabilidad personal del sujeto físico, hacia fórmulas de responsabilidad colectiva.

4. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El Derecho Penal Económico se define en España como conjunto de normas jurídicas penales que tutelan en orden económico constitucional, comprendiendo protección de mecanismos estatales de intervención económica y tutela de instituciones básicas que permiten distribución y consumo de bienes y servicios, al lado de esto se utiliza con frecuencia el Derecho Penal de Empresa o Derecho Penal de negocios. El título XIII del Código Penal emplea la expresión “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden socioeconómico”.

Existe una constante descoordinación entre el Código Penal y la Legislación administrativa, societaria, tributaria. La manifestación preocupante es el problema del non bis in ídem entre sanciones penales y administrativas. En casi todos los ámbitos del derecho penal económico existe sanciones administrativas extra- penal.

El Código Penal de 1995, en consonancia con la tradición Española, adopta un modelo diferenciado de autor; el artículo 27 del Código Penal distingue entre autores y cómplices como sujetos responsables de la infracción penal. En el artículo 63 se obliga a castigar al cómplice en un delito en el delito intentado o consumado con pena inferior a la fijada por la ley para los autores del mismo delito. De entre las diversas formas de autoría y participación, la operación necesaria es la única que merece un breve comentario, pues no es frecuente en el derecho comparado.

El cooperador necesario es un cómplice calificado, por aportar una contribución de enorme importancia y que a diferencia del coautor no tiene porqué intervenir en la fase ejecutiva del hecho.

La existencia de esta figura conlleva a que el ordenamiento español advierta con mayor relevancia que tanto distinguir entre autores y cómplices, sino entre el cooperador necesario y el resto de casos de complicidad.

Doctrinalmente la formula según la cual distingue al cómplice (cooperador) necesario del cómplice simple es que aporta a la ejecución una contribución escasa, muy difícil de obtener en la concreta situación en que se realiza el hecho.

En esencia algunas cuestiones en el derecho económico español son estas cuestiones de autoría y participación en los delitos especiales y situaciones en nombre de otro, los conceptos de administrador de hecho y de derecho, la responsabilidad del superior, la delegación de funciones, y la atribución de responsabilidades por actos colegiados.

Una gran parte de los delitos económicos son delitos especiales propios, lo que significa que para ser autor (intraneus) se requiere especial calificación (ser deudor en el delito de quiebra, administrador de una sociedad en los delitos societarios, etc.) y además no existe un delito común al que remitir la conducta en caso que no exista tal calificación. Esto origina dos problemas diferentes:

- a) Primero: como solventar aquellos casos en que la persona en la que recaen presupuestos necesarios para ser autor no tiene responsabilidad penal, por ser persona jurídica, un menor, o incapacitado, o haber conferido a otra persona poderes para representarle. El Código Penal Español resuelve los problemas de autoría en los delitos especiales. Permite considerar autores a los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica , o a los que actúen en la representación legal o voluntaria de otro , aunque no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones que le correspondiente figura delictiva requiera para poder ser sujeto activo.
- b) El segundo problema que se plantea en los delitos especiales es como sancionar al partícipe, el fundamento del delito especial reside en una especial cercanía entre el intraneus con el bien jurídico protegido, lo que confiere mayor grado de injusto que se refleja en la sanción impuesta Aunque desde la antigüedad la doctrina y

jurisprudencia española admiten la posibilidad de participación de extraneus en delitos propios e impropios , el Código Penal no incluía ninguna disposición al respecto de la pena a imponerles. La jurisprudencia en los últimos años había solventado este problema a través de una atenuante analógica (artículo 21.6) que utilizaba para reducir la pena a los partícipes en los que no concurría las cualidades que en estos delitos fundamentan el injusto y la pena. Solo muy recientemente el legislador ha resuelto esto señalando expresamente. “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor” los jueces podrán atenuar la pena.

TÍTULO III

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. El “Actuar en lugar de otro” surgió en respuesta a los vacíos de punibilidad por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido por la actuación de sus órganos y representantes. El hecho que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a las personas jurídicas, 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 sus órganos o representantes. La persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido en el tipo penal.

Tal solución presentó rápidamente defectos; pues, si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos casos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba. Frente a esta deficiente solución legislativa, se buscó una salida satisfactoria 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 representantes, y *de lege ferenda*, recomendando la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general, que ampliasen la sanción penal también a los representantes.

En nuestra legislación el artículo 27 del Código Penal solucionó lo advertido previendo una cláusula general; siendo materia de investigación su ampliación al ámbito de aplicación a los administradores de hecho.

2. Es posible, ampliar dentro del ámbito de aplicación de la institución jurídica del “Actuar en lugar de otro”, concebida para cubrir los vacíos de punibilidad en delitos especiales cometidos por representantes de personas jurídicas como de personas naturales, la actuación de sujetos que fácticamente

actúan en el lugar de una persona jurídica, aun cuando no existe propiamente una relación de representación.

3. Es necesario que el artículo 27 del Código Penal que exige que el *extraneus* del tipo penal (aquel que no reúne la calidad especial de autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio autorizado de una sociedad, asumiendo la llamada teoría de la representación, amplíe su sus alcances a fin de establecer la punibilidad de las conductas de los administradores de hecho que actúan en nombre y representación de personas jurídicas, celebrando todo negocio o acto jurídico de cuyos efectos favorables o no son asumidos por sus representadas.
4. La competencia del representante se deriva de un acto de asunción de los asuntos del representado, de tal manera que desde ese momento la competencia de la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante; Establecida esta competencia resulta dentro de ella la actuación de los administradores de hecho de las personas jurídicas cuyos efectos recaen dentro de la esfera misma de la actuación de la persona jurídica.
5. La punibilidad del administrador de hecho de las personas jurídicas dentro de la “actuación en nombre de otro”, constituirá un mecanismo de extensión de la autoría, pues implica la ampliación de los alcances del concepto de autor para incluir en éste a aquellos sujetos-miembros u órganos de representación autorizados o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo, o de persona natural cuya representación voluntaria se detente- que sin ostentar la calidad especial exigida por el tipo penal, realizan la conducta prevista como punible.
6. Si bien el artículo 27 del Código Penal no excluye la posibilidad de regular la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, es necesaria su regulación expresa a fin de exigirse su responsabilidad penal que actuaron a nombre de la sociedad.

TÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Los principios jurídico doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas son el “Societas delinquere non potest”, el de “actuar en nombre de otro”, el de “legalidad penal” y el de taxatividad; por el que una persona jurídica no puede cometer delitos al carecer de voluntad, no responder penalmente y por tanto ser sus representantes a hacerlo, y, que aportando el grado de precisión de la ley penal permita expresamente la inclusión en el artículo 27 de Código Penal Peruano, así como la prescripción exacta de presupuestos de manera expresa e inequívoca, respectivamente.

SEGUNDA.

Las responsabilidades de los administradores de hecho de las personas jurídicas será por aquellas conductas de connotación penal que en nombre y representación de éstas realicen como autor aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad del tipo no concurren en él, pero si en su representada, aún ante la falta de representación formal o su representación defectuosa.

TERCERA.

El principio de “actuación en lugar de otro” es el principio en que se sustenta la punibilidad de los administradores de las personas jurídicas en que sustenta la impunidad de la persona jurídica en delitos especiales y que podría ampliarse su ámbito de aplicación a los administradores de hecho, esto es a quienes no existe propiamente una relación de representación.

CUARTA

El sustento fáctico para que los administradores de las personas jurídicas sean comprendidos con responsabilidad penal en la actuación de la persona jurídica, es el hecho que éstos ejercen poderes de decisión, mandan en la persona jurídica ejerciendo actos de administración en su beneficio.

RECOMENDACIÓN

Consideramos que es necesaria la modificación del artículo 27 del Código Penal Peruano, con el objeto de regulando la punibilidad penal de los administradores de hecho de las personas jurídicas dentro de los alcances de la actuación en nombre de otro, previsto en el referido dispositivo legal.

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO PENAL, REGULANDO LA PUNIBILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DENTRO DE LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dr. Luis Saldaña Ruidias en virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, relacionada con la modificación del artículo 27 del Código Penal, regulando la punibilidad penal de los administradores de hecho de las personas jurídicas dentro de los alcances de la actuación en nombre de otro, previsto en el referido dispositivo legal.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 635 se promulgó el Código Penal, aprobado por su Comisión Revisora constituida por Ley N° 25280.

Que, resulta innegable los avances legislativos porque en el mundo globalizado se cuenta con una normativa de acorde a las necesidades y expectativas que las sociedades modernas exigen, aquellas en que su desarrollo y progreso están indiscutiblemente relacionadas con el quehacer de sus diferentes agentes económicos, encontrándose dentro de éstos a las personas jurídicas.

Que, dentro de los alcances de su exposición de motivos, el Código Penal hace referencia a las instituciones jurídicas de Autoría y Participación señalando: “2. *El texto que establece la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en representación de una persona jurídica, (artículo 27), ha sido tomado del artículo 15 bis del Código Penal Español (adicionado por la Ley Orgánica 8/1983), así como también del artículo 31 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal Español de 1983. Siguiendo, en su mayor parte, el artículo de la primera fuente citada, el dispositivo proyectado exige que concurren en la persona representada, más no necesariamente en el representante, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para ser sujeto activo*”.

Que, si bien en nuestro Sistema Penal tales avances resultan evidentes; así y con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas virtud al principio de “*Societas delinquere non potest*”, las persona jurídica no pueden cometer delitos, pues carecen de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones y en consecuencia no pueden imponérseles penas, entendidas como las consecuencias jurídico penales, es de precisar que el artículo 27 del Código Penal regula la “actuación en nombre de otro”, prescribiendo: “*el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada*”, en el que se enmarca la actuación de su diferentes representantes o administradores que actúan en nombre y representación de dichas personas jurídicas, advirtiéndose la necesidad de precisar y legislar, ante un evidente vacío normativo, sobre la responsabilidad de aquellos que actúan como administradores sin contar con representación formal, esto es de los conocidos administradores de hecho.

La actuación 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 naturales, incluso autores consideran que su ámbito de aplicación podría ampliarse a los sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación legal o voluntaria; es justamente a tal consideración a la que está avocada la presente modificación legislativa

Existe sustento fáctico para considerar la responsabilidad penal de aquéllos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica, más allá de los supuestos de nombramientos con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro, como los principios que equiparan al administrador de hecho con el administrador de derecho.

Con la presente modificación legislativa, se pretende cubrir lagunas de punibilidad del artículo 27 del Código Penal, en cuya aplicación el Estado va a poder ejercer su ius puniendi y sancionar o condenar a los apoderados de hecho de las personas jurídicas que en la práctica diaria y cotidiana son los que, aun careciendo de representatividad formal, administran y conducen los destinos de la persona jurídica, actúan en nombre y representación de éstas, siendo eje vertebral de sus diferentes actividades y operaciones que por carecer de tal representatividad formal o que por contar éstas con alguna deficiencia en su formalización eluden a la justicia penal, evitando hacer frente a las responsabilidades penales que por imperio de la Ley les corresponde asumir.

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Único: Modificar el artículo 27 del Código Penal, promulgado a través del Decreto Legislativo N° 635, regulando la punibilidad penal de los administradores de hecho de las personas jurídicas dentro de la actuación en nombre de otro, en consecuencia, queda redactado de la siguiente manera:

Actuación en nombre de otro.

*Artículo 27: “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada; **encontrándose también comprendidos aquellos que careciendo de tal representatividad formal o que por contar éstas con alguna deficiencia en su formalización; esto es, los administradores de hecho**”.*

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bacigalupo, S. (2001). *"Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas"* . Buenos Aires: Hammurabi SRL.
- Beamunt Callirgos, R. (2007). *"Comentarios a la Ley General de Sociedades"*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Bramont- Arias Torres, L. M. (2008). *"Manual de Derecho Penal"* . Peru : Editorial y Doistribuidora de Libros S.A.
- Bunge, M. (1969). *"La Investigación Científica : Su estrategia y Filosofía"* . España: Ariel S.A.
- Busto Ramirez, J. (2004). *"Obras Completas"* . Lima : Ara.
- Castillo Alva, J. (2001). *"El actuar por Otro: Responsabilidad Penal de los Organos Representantes y Socio representantes de una persona Jurídica"*. Trujillo: Gaceta Jurídica.
- Espino Perez, J. (1982). *"Codigo Penal de 1924"*. Lima : Alfonso Cueva Sevillano.
- Fernandez Sesarego, C. (2001). *"Derechos de las Personas"*. Lima : GRIJLEY.
- Garcia Cavero, P. (2006). "Las Medidas Aplicables a las Personas Juridicas en el Proceso Penal". *Revista de Derecho*, 93-127.
- Gracia Cavero, P. (2002). *"La Discusión doctrinal en torno al Fundamento Dognático del Actuar en lugar de Otro , en la Responsabilidda Penal de las Personas Jurídicas , Organos y Representantes"*. Lima : Ara Editores.
- Hernandez Sampieri, R. (2003). *"Metodología de la Investigación"*. México: MC Graw Hill.
- Jakobs, G., & Jacobo Lopez Barba de Quiroga. (2004). *"Dogmatica de Derecho Penal y Configuracion Normativa de la Sociedad"*. Madrid: THOMSON - CIVITAS.

Meini Mendez, I. (2004). *"Responsabilidad de las Personas Jurídicas"* . Lima : Gaceta Jurídica.

Nieto Martin, A. (2008). *"Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas"*
Resumen de la Monografía "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas".
Obtenido de [http://www.alfonso zambrano.com/doctrina_penal /resp-personas_juridicas.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp-personas_juridicas.pdf).

Prado Saldarriaga, V. (2000). *"Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú"*. Lima : Gaceta Jurídica.

Tiedeman, K. (2001). *"Derecho Penal y Nuevas formas de Criminalidad"* . Lima : GRIJLEY.

Urquiza, O. J. (2010). *"Codigo Penal"* . IDEMSA: Lima.

Villavicencio Terreros, F. (2007). *"Derecho Penal" Parte General.* . Lima: GRIJLEY.

Artículos:

Castro Olaechea, N. *"Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas"*.

García Cavero, P. *"El artículo 27 del Código Penal: El actuar en lugar de otro en derecho penal"*.