

EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

Inciso 3º del artículo 29 del código penal

Estudiante:

Yaneth Amparo Hoyos Aristizabal

c.c. 42.897578

Asesor

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Tesis de grado para optar al título de
Magister en Derecho penal

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín, 2013

ÍNDICE

Introducción.....	5
-------------------	---

Capítulo I

Autoría y Participación en el Derecho Penal

1. Concepto de autor.....	8
A. Concepto unitario de autor.....	8
a. Concepto unitario clásico, causal o funcional	
b. Concepto unitario funcional o material	
B. Concepto extensivo de autor	
C. Concepto restrictivo de autor	
2. Distinción entre autoría y participación	
A. Teorías subjetivas	
B. Teoría del acuerdo previo	
C. Teoría objetivo-formal	
D. Teorías objetivos-materiales	
E. Teoría del dominio del hecho	
F. Otras teorías	

Capítulo II

Clasificación de los tipos penales

1. Delitos comunes.....	13
-------------------------	----

2. Delitos especiales
 - A. Delitos especiales propios
 - B. Delitos especiales improprios
3. Delitos de dominio
4. Delitos de infracción de deber

Capítulo III

La autoría en los delitos especiales y tratamiento del *extraneus* en el código penal de 2000

1. Concepto restrictivo de autor.....18
2. Principio de accesoriedad en la participación
 - A. Accesoriedad cualitativa
 - B. Accesoriedad cuantitativa
 - c. Unidad de imputación
3. El interviniente

Capítulo IV

El actuar en lugar de otro

1. Concepto.....29
2. Fundamento de la actuación en lugar de otro

3. Origen
4. Características de la cláusula general del actuar en lugar de otro
5. Campo de aplicación
6. Tipos en los que tiene aplicación la cláusula del actuar en lugar de otro en el código penal colombiano
7. Especial referencia al artículo 402 del código penal

Capítulo V

La sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010 y la no aplicación de la cláusula del actuar por otro

a. Los hechos y la sentencia.....	45
b. Crítica a la postura de la Corte Suprema	
Conclusiones generales.....	57
Bibliografía.....	60

Introducción

La alta complejidad propia las sociedades modernas se ve reflejada en el tráfico económico, caracterizado por la rapidez con que se desenvuelven las relaciones jurídicas y contactos sociales y el anonimato en que estos se desarrollan, cada vez más evidente ante el fenómeno de la globalización; la división funcional del trabajo en las diferentes estructuras de poder¹, etc., tiene importantes repercusiones en el derecho penal a la hora de tipificar comportamientos de quienes participan en el tráfico económico y la concreción de la eventual responsabilidad penal de quienes actúan amparados en estructuras jerárquicas y complejas como, por ejemplo, las empresas. Es dentro de este ámbito, aunque no exclusivamente, que cobra especial interés la cláusula del actuar en lugar de otro, en tanto dentro de esas estructuras empresariales complejas y jerarquizadas es frecuente el traslado de responsabilidad hacia los miembros que se encuentran en la base de la organización. Así mismo, cobra interés en este ámbito el tema de la atribución de responsabilidad penal a los miembros de los órganos de representación² como los consejos de administración.

La cláusula del actuar en lugar de otro suele ser presentada como una solución legal a los problemas de punibilidad que surgen en los delitos especiales propios para determinar la responsabilidad de quien no obstante haber realizado el verbo rector, su conducta no podía subsumirse en el tipo penal por

¹ Véase Susana Escobar Vélez, "El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano", Medellín, Eafit, Cuadernos de Investigación, documento 44, 2006, p. 3, en particular la nota 1 en la cual la autora realiza las siguientes citas que se transcriben textualmente: "GRACIA MARTÍN, L., "El actuar en lugar de otro", en *Derecho Penal, I, Teoría general*, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985, p.59-60. El autor afirma que en la actualidad, y debido a la descentralización y división de funciones y la organización jerárquica de su ejercicio en el campo económico y financiero, el ámbito de protección de la norma pasa a ser controlado por varios sujetos y, por consiguiente, se dificulta la identificación del sujeto de la imputación jurídico-penal. Así mismo, Iván Meini Méndez "El 'actuar en lugar de otro' en el derecho penal peruano", en *Nuevo Foro Penal*, N° 62, Bogotá, Temis, 1999, pp.127-128; del mismo autor, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp.36-37; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pp.38-42." También véase, Ángel Linares Estrella, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, Granada, Ed. Comares S.L, 2002, p. 87- 168.

² Ibid., "El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano", cit., p. 4

carecer de la cualificación específica exigida en el mismo para ser considerado autor del respectivo delito. Por ejemplo, cuando las condiciones personales exigidas por los tipos especiales concurren en el representado y no en el representante³ y es el representante, quien realiza materialmente la conducta punible.

Un ejemplo de actuación en lugar de otro podemos encontrarlo en el art. 364 del C. Penal, *disposición de bien propio gravado con prenda*. En esta conducta sólo puede ser autor quien tenga la calidad de deudor:

“*El deudor que con perjuicio del acreedor, abandone, oculte, transforme, enajene o por cualquier otro medio disponga de bien que hubiere gravado con prenda y cuya tenencia conservare, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

Así las cosas, si la calidad de deudora la tiene una persona jurídica, pero es su gerente o representante legal quien, en perjuicio de los acreedores, dispone del bien gravado con prenda, de no existir la cláusula del actuar en lugar de otro consagrada en el artículo 29 inciso 3º C.P, la conducta resultaría atípica pues, la persona jurídica es quien tiene la calidad de deudora, por su parte, el gerente o representante legal que realizó la conducta no es quien tiene la calidad de deudor.

Nos encontramos así, ante una figura a partir de la cual es posible atribuir a quien actúa en lugar de otro, la calidad de autor de un delito especial (propio), sin que ello atente contra el principio de legalidad.

³ Se debe tener presente que la cláusula del actuar en lugar de otro no opera solamente en los casos de representación (de hecho o de derecho) de personas jurídicas. Ver sobre el particular Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 215.

Para abordar el presente trabajo se comenzará por ilustrar sobre algunos conceptos de autoría y participación, específicamente tratándose de delitos especiales y comunes, lo cual por no ser el objeto del presente trabajo se relacionara en una forma muy sucinta y apenas con el fin de lograr las precisiones conceptuales necesarias para abordar la figura que ocupa nuestra atención.

A continuación se concretará el concepto de la cláusula del actuar en lugar de otro; incorporación de la figura en la legislación colombiana; su campo de aplicación; fundamento; la coautoría y participación en el actuar en lugar de otro; particularidades del actuar en lugar de otro en el derecho penal colombiano y, por último, el tratamiento dado a la figura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Capítulo I

Autoría y participación en Derecho Penal

1. Concepto de autor

La autoría y la participación, desde el punto de vista legal, puede ser regulada de diferentes maneras según se opte por un concepto unitario, extensivo o restrictivo de autor, a partir de lo cual, las consecuencias jurídicas del comportamiento serán distintas⁴.

A. Concepto unitario de autor

No hay distinción entre autores y partícipes, por lo tanto, todo el que interviene en el delito es autor, lo cual aplicaría igual en los delitos especiales. Se fundamenta en la *teoría de la equivalencia de las condiciones* según la cual, todas las condiciones tienen igual valor sin diferencia entre ellas, de manera que todo el que contribuya causalmente al delito es autor; mantienen este concepto las concepciones fundadas en criterios de peligrosidad, en las que no se juzga según los motivos o actitud interna y otras tantas concepciones autoritarias del derecho penal⁵.

Frente al concepto unitario de autor han surgido diversas versiones⁶:

⁴ Sobre los diferentes conceptos de autor véase, por todos, Miguel Díaz y García Conlledo, *La Autoría en Derecho Penal*, Bogotá, Leyer, 2009, en especial los capítulos I a III; del mismo autor, "La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, Volumen XXV, N° 76, julio-diciembre de 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 35-36; Jacobo López Barja de Quiroga, *Autoría y Participación*, Madrid, Akal S.A., 1996. Por la doctrina colombiana, véase Alberto Hernández Esquivel, "Autoría y Participación", en AA.VV, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Lección 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 37 y 45-103 y Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 561-624.

⁵ Sobre las diferentes teorías ver Miguel Díaz y García Conlledo, *La Autoría en el Derecho Penal*, cit., pp. 60-82.

⁶ *Ibíd.*, pp. 58 -59. Alberto Suárez Sánchez *Autoría*, cit., p.48

1. *Concepto unitario clásico, causal o formal:* Parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Todo el que aporte causalmente al delito es autor, sin realizar distinción sobre las formas de autoría.

2. *Concepto unitario funcional o material:* Todo el que participa en el hecho es autor, pero admite distintas formas de autoría (mediata, inmediata, autoría por incitación, autoría por apoyo, autor por determinación; autor por colaboración). Aunque todos son autores y se les aplica el mismo marco penal, en la dosificación de la pena se tiene en cuenta tal diferenciación.

B. Concepto extensivo de autor

Distingue entre autores y partícipes. Aunque parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones en tanto todo el que realice un aporte causal en el hecho es considerado autor, entiende que es necesario asumir la diferenciación entre autores y partícipes ya que la ley penal realiza tal distinción. Es la propia ley la que señala los criterios de diferenciación, si la ley no los establece, todos los intervinientes serán autores. La participación se rige por el principio de la accesoriedad, es decir, sólo existe partícipe si hay un autor. El partícipe puede ser *instigador* (quien incita o impulsa dolosamente a otro a realizar un injusto), o *cómplice* (quien dolosamente presta ayuda para la realización de un injusto cometido por otro).

C. Concepto restrictivo de autor

Diferencia entre autor y partícipe. El primero sólo será aquél en quien concurren todos los elementos de la descripción típica. Para esta postura, los autores son considerados como autónomos o principales, en tanto los partícipes tienen naturaleza accesoria o secundaria.

Lo que permite hacer punible otras formas de intervención en la conducta, distintas a la autoría, es la existencia de preceptos que las castigan

expresamente, de manera que la ausencia de regulación de la participación (inducción y complicidad) la haría atípica.

2. Distinción entre autoría y participación

Sobre el particular existen diversos criterios de distinción, dentro de los cuales y como más relevantes, Díaz y García Conlledo⁷ cita los siguientes:

a. Teorías subjetivas

Entienden que desde el aspecto objetivo no se puede distinguir entre el aporte de los diversos intervinientes, de allí que la distinción se hace en el plano subjetivo. Por tanto, autor es quien actúa con voluntad de autor (*animus auctoris*), partícipe quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*).

La determinación de esas voluntades depende de si se parte de la teoría del dolo o la teoría del interés. Para la primera, el *animus auctoris* consiste en una voluntad autónoma y el *animus socii* en una voluntad dependiente y subordinada a la del autor. Para la segunda, actúa con *animus auctoris* quien lo hace con interés propio en el hecho, y con *animus socii* quien obra en interés ajeno.

B. Teoría del acuerdo previo

Todos los que intervienen en un hecho delictivo, con concierto previo entre ellos, son autores, independientemente del aporte material que cada uno de ellos realice.

C. Teoría objetivo-formal

Es autor quien realiza (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial. Con dos versiones en España: 1. Clásica, es autor quien realice alguna acción ejecutiva, aunque no agote la realización de la conducta; 2.

⁷ Miguel Díaz y García Conlledo, "La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", cit., pp. 39- 47

Modificada o moderna, es autor aquel cuya conducta puede subsumirse, sin más, en el correspondiente tipo de la parte especial.

D. Teorías objetivo-materiales (anteriores a la del dominio del hecho)

Señala el autor en cita que las mismas si bien aportan ideas interesantes, no pueden aceptarse para distinguir entre autor y partícipe por cuanto, o bien parten de diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor; o bien de diferenciaciones extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la autodeterminación de la autoría⁸.

E. La teoría del dominio del hecho

Con diferentes matices, sostiene que es autor quien domina el hecho, esto es, quien decide el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito.

Una de las más importantes y elaboradas en la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, es la desarrollada, entre otros, por Díaz y García Conlledo. Para esta teoría, autor es quien tiene el poder de determinar positiva y negativamente el hecho. No se trata de una simple determinación al hecho⁹, sino el poder de decidir si el hecho se realiza o no se realiza, el sí y el cómo de la acción, no basta simplemente con que tenga la capacidad de evitarlo, como por ejemplo, el que sujeta a quien va a disparar. De allí que Díaz y García Conlledo presenta su teoría sobre quien es autor en los siguientes términos:

“Autor es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual,

⁸ Ibid. p. 60-82, sobre estas teorías remite a Roxín. Del mismo, “La autoría”, 1991, p. 535 y ss; Alberto Suárez Sánchez. “Autoría y participación”, 2ª edición, 1998, p. 140 y ss.; Alberto Hernández Esquivel, “Autoría y Participación”, cit., p. 269.

⁹ Aclaración que Díaz y García Conlledo estima necesaria en tanto en países como Colombia, el partícipe recibe la denominación de inductor, véase Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, P. 45.

concurran o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso”¹⁰

F. Otras teorías

Entre las que se ubican las teorías mixtas; teorías de la totalidad o de la contemplación global de SCHMIDHÄUSER; teoría de la concepción normativa defendida por STEIN, las que si bien intentan diferenciar entre autoría y participación terminan incurriendo en diferentes errores que las hacen inaceptables¹¹.

¹⁰ Miguel Díaz y García Conlledo, *La Autoría en Derecho Penal*, cit., p.631

¹¹ Ver Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit., pp. 43- 44.

Capítulo II

Clasificación de los tipos penales

Si bien los tipos penales admiten diversos criterios de clasificación¹², en el presente trabajo nos interesa referirnos a su clasificación según los sujetos, de acuerdo con la cual podemos hablar de delitos comunes y delitos especiales. Al lado de estos, por la importancia en el desarrollo del presente trabajo, nos referiremos también a los delitos de dominio y a los denominados delitos de infracción de deber.

1. *Delitos comunes*: Los que pueden ser cometidos por cualquier sujeto sin exigencia de condiciones especiales.

2. *Delitos especiales*: Los que sólo pueden ser realizados por determinadas personas que cumplen con unas cualidades o condiciones especiales fijadas en la ley, p ej.: servidor público. Estos a su vez se subdividen en:

A. *Delitos especiales propios*: Sólo pueden ser cometidos por quienes reúnen las condiciones especiales exigidas en el tipo penal, de manera que si quien no posee esa calidad especial realiza el comportamiento descrito en el tipo penal, no puede ser autor y además no realiza delito común alguno, su comportamiento resulta atípico. Es decir, en estos no existe correspondencia con un delito común. Por ejemplo en el delito de prevaricato (art. 413 y 414 C.P.).

B. *Delitos especiales impropios*: También se exige para ser autor las calidades especiales establecidas en el tipo, pero a diferencia de los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no

¹² Ver sobre el particular Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2004, pp. 225- 236; en la doctrina colombiana véase Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 392-398.

cumple con las calidades especiales responde como autor de un delito común¹³. Por ejemplo, en el delito de peculado, si quien se apropia bienes del Estado es servidor público comete esta conducta, pero, si es un particular comete un delito contra el patrimonio económico que podría ser, por ejemplo, hurto agravado por recaer sobre bienes del Estado.

2. *Delitos de dominio*¹⁴: Exigen para fundamentar el concepto de autor la teoría del dominio del hecho. Es decir, es autor única y exclusivamente quien tiene el dominio del hecho, quien no lo tiene será partícipe: “Autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el si y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción”¹⁵.

3. *Delitos de infracción de deber*¹⁶: No todos los delitos tienen una estructura que permita explicar la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. En los delitos de infracción de deber se prescinde del dominio del hecho, lo esencial para la imputación a título de autoría es la constatación de la inobservancia de un deber especial extrapenal que vincula únicamente a un determinado grupo de personas, obligadas de manera especial a la protección de un bien jurídico, respecto del cual se encuentran en posición de garante. Así, para ser autor basta con la infracción del deber especial que se tiene, sin importar cuál haya sido el aporte causal y en qué momento se haya realizado.

¹³ Ángel Linares Estrella, “Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano”, cit. p. 115. Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, disponible en internet en foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/.../985. Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat, p. 74. Consultado mayo 27 de 2012. Córdoba Angulo, destaca la discusión existente en cuanto a si en los delitos especiales improprios la cualificación es una circunstancia agravante o atenuante o realmente corresponde a un elemento del tipo, esto, para efectos de la comunicabilidad de circunstancias prevista en el artículo 62 del C. Penal.

¹⁴ Sobre la teoría del dominio del hecho Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit. pp. 497-633. Suarez Sánchez, A., *Autoría*, cit., pp. 163-211.

¹⁵ Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, cit., p. 499.

¹⁶ La teoría de los delitos de infracción de deber, fue elaborada por Roxin en 1963, véase, Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 385-434.

El *extraneus*, en cambio, sólo puede concurrir a título de partícipe, sin consideración a la importancia de su aporte causal, por no ser portador de ese deber especial que lo vincularía con el bien jurídico¹⁷.

No deben confundirse delitos especiales con delitos de infracción de deber, pues, hay delitos especiales que no son de infracción de deber, y Roxin no elaboró dicha teoría en sustitución de los delitos especiales sino que, en su opinión, en algunos delitos la autoría no venía determinada por el dominio del hecho, sino por la infracción de específicos deberes extrapenales¹⁸.

Según Roxin, se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas que no cobijan necesariamente a todos los que intervienen en el delito¹⁹.

Como aduce Córdoba Angulo²⁰, la diferenciación entre delitos comunes y especiales (propios e impropios) o entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se ha planteado fundamentalmente para resolver los casos en que un *intraneus* realiza la conducta punible con ayuda o colaboración de un *extraneus*. Al efecto, señala el siguiente ejemplo: cuando un servidor público se apropia de bienes del Estado que están bajo su custodia y lo hace de común acuerdo y con la intervención de un particular. El punto en discusión es a qué título debe responder el particular, en tanto el *intraneus* debe responder por peculado.

¹⁷ Miguel Córdoba Angulo, "La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano", cit., p. 75.

¹⁸ Ver Miguel Díaz y García Conlledo, "La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano –complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del art. 30, párrafo final-", En: Derecho penal y criminología, N° 77. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005, pp. 57 y 58, citado por Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la "teoría de los delitos de Infracción de deber", en *Derecho Penal Contemporáneo*, No. 15 Legis, abril - Junio 2006, pág. 174.

¹⁹ Sobre delitos de infracción de deber Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, cit., p. 491-536; Ángel Linares Estrella, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, cit. pp. 255-260; Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, cit., pp 385-434.

²⁰ Alberto Suárez Sánchez. "Autoría y participación", cit. p. 77

Las respuestas que se han ofrecido a este problema son de variada índole²¹:

1. El *extraneus* (particular) no responde penalmente, su conducta es atípica, (postura minoritaria).
2. El *extraneus* debe responder siempre como cómplice del delito especial propio.
3. El *intraneus* responde como autor de peculado y el *extraneus* como autor de hurto, lo que implica ruptura de la unidad de imputación.
4. La postura mayoritaria aboga por hacer responder al *intraneus* como autor y al *extraneus* como partícipe, es decir, como determinador o cómplice.
5. El *extraneus* puede ser coautor (interviniente) o partícipe (interviniente). Postura asumida por la CSJ en providencia del 25 de abril de 2002.
6. El *extraneus* únicamente puede ser coautor (interviniente), pero no partícipe interviniente. Postura asumida por la CSJ en providencia del 8 de julio de 2003.

En este punto resulta conveniente aclarar que la teoría de los delitos de infracción de deber ha sido bastante discutida²². El problema y de manera muy somera, podemos resumirlo en dos puntos²³:

1. Sotomayor y Arias preguntan: ¿Estamos dispuestos a asumir la clasificación entre delitos de infracción de deber y delitos de lesión?

Al respecto sostienen que aceptar esta clasificación llevaría a desconocer que los delitos siempre deberán ser de lesión, es decir, la lesividad siempre deber

²¹ Ver sobre el particular, Miguel Córdoba Angulo, "La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano", cit., p. 77.

²² Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la "teoría de los delitos de Infracción de deber", cit. pp. 139-140

²³ Ibid., p. 176 y ss.

ser un criterio de la punibilidad y ponen de presente que Gracia Martín²⁴ critica la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, pues, si lo determinante fuera, como se pretende por Roxin en esta categoría de delito, la infracción de un deber extrapenal, tendríamos que deducir que lo injusto en estos delitos se agota en el desvalor de acción, es decir, en la infracción del deber, sin importar la lesión al bien jurídico, y sin que se pueda salvar tal objeción afirmando que la teoría de los delitos de infracción de deber no niega que en estos delitos también se requiere la lesión o peligro del bien jurídico, pues de ser así tal concepción se cae por sí misma, en tanto sería reconocer que tales delitos no consisten solamente en la infracción de un deber.²⁵

Otra crítica a esta categoría de delitos, y argumento interesante en relación con la incompatibilidad de los delitos de infracción de deber con nuestra regulación jurídico penal, es que en nuestra legislación los actos preparatorios no son punibles –el art. 27 del código penal, que regula la tentativa, exige que se inicie la *ejecución* de la conducta- y si se asume la teoría de los delitos de infracción de deber, no podemos desconocer que, por ejemplo, el funcionario que realiza actos preparatorios desde ese momento ya está infringiendo el deber, o incluso, la sola realización de conductas de participación en el delito de un sujeto calificado llevaría a tratarlo como autor pues, con ello también estaría infringiendo el deber.

2. El otro problema es el de la punibilidad del *extraneus*, puesto que si se asume la posición de los delitos de infracción de deber, no es posible dar igual tratamiento al *intraneus* que al *extraneus*, en tanto el deber le corresponde al *intraneus* y atribuirlo al *extraneus* implicaría una violación los principios de legalidad²⁶ y proporcionalidad.

²⁴ Ibid., p. 151

²⁵ Ibid. p. 151

²⁶ Ibid., p. 177

Capítulo III

La autoría en los delitos especiales y tratamiento del *extraneus* en el código penal de 2000

El código penal colombiano vigente, señala que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes. El autor, en sus diversas modalidades, está definido en el artículo 29 C.P; los partícipes, esto es, determinador y cómplice, los regula en el artículo 30 C.P y el interviniente se ubica dentro de los partícipes. De lo anterior se derivan varias consecuencias:

A. Un *concepto restrictivo de autor*, la cual resulta más compatible con el actual código penal en tanto para esta postura los autores son considerados como autónomos o principales mientras que los partícipes tienen naturaleza accesoria o secundaria. En general, parte de la idea de que no todo el que interviene en un hecho es autor²⁷.

B. Permite asumir el *principio de accesoriedad en la participación*, es decir, la figura del partícipe (determinador o cómplice) sólo pueden existir si previamente existe un autor. No puede haber partícipe si no hay autor. La responsabilidad del partícipe es accesoria a la del autor, mientras que la del autor es autónoma.

a. *La accesoriedad es cualitativa*. Para que el partícipe responda penalmente es necesario que el autor, por lo menos, realice una conducta típica y antijurídica (accesoriedad limitada)²⁸. El art. 30 C.P., exige en el caso del determinador, determinar a otro a “realizar conducta antijurídica”, y para la complicidad, exige que se contribuya “a

²⁷ Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit., p. 36

²⁸ Fernando Velásquez Velásquez., *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 936.

*la realización de la conducta antijurídica*²⁹. No se exige que el autor actúe con culpabilidad, pues bien puede ocurrir que el autor sea un inimputable³⁰.

b. La accesoriad es cuantitativa. Se refiere al grado de desarrollo del *iter criminis* por parte del autor para que sea punible la participación. Presupone que el aporte del partícipe sólo es punible en la medida que el autor haya dado comienzo a la ejecución del delito. Es cuantitativa por cuanto el desvalor de resultado previsto en el art. 11 C.P., exige la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico para que la conducta sea punible. En la tentativa el desvalor se da si el autor ha dado inicio a la ejecución, por lo tanto, un partícipe responde si el autor ha realizado la conducta al menos en grado de tentativa³¹.

C. Unidad de imputación: A todos los que concurren en la conducta se les imputa el mismo delito. Un sector de la doctrina y también de la jurisprudencia nacional³², ha sostenido que cuando concurren varias personas en la realización de la conducta punible todas deben responder, cada uno en su forma de intervención, pero manteniendo esa unidad de imputación. Esta posición es acorde a la regulación del Código Penal ya que al autor se le

²⁹ Véase Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 80; véase también, Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit., p. 48 y ss.

³⁰ Miguel Díaz y García Conlledo, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, cit., p. 50, quien discute la posibilidad de incluir la culpabilidad en la autoría, en tanto no hay problema en hablar de autor inculpable de un hecho “como lo son los sometidos a medidas de seguridad en el Derecho penal colombiano.”

³¹ Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 80

³² La Corte Constitucional, en la sentencia C-1122 de 2008, al estudiar demanda de inexequibilidad contra el inciso 4 del artículo 30 del C. Penal, alude a una postura unánime en nuestro país frente al abandono de la tesis de la ruptura de la unidad de imputación, para optar por la tesis de la unidad de imputación. Así se expresa la Corte en la citada sentencia:

“En Colombia, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000 y de la inclusión en ella, precisamente, de la disposición demandada, existe un consenso jurisprudencial en torno a la idea de que nuestro ordenamiento abandonó la tesis de la ruptura de la unidad de imputación y optó, por el contrario, por una fórmula conforme a la cual, en los eventos de participación de un extraño en los delitos especiales, existe unidad de imputación en torno al tipo especial, manteniendo entonces la unidad del título de imputación para resolver la situación de los extranei en los delitos especiales”.

impone *la pena prevista para la infracción*, que en el caso del determinador es igual a la del autor y disminuida para el cómplice³³.

Es decir, si se realiza un delito especial, todos los que intervienen en su realización deben responder por dicho delito manteniendo la unidad de imputación y dependiendo de su calidad. No obstante, si bien es conveniente mantener la unidad de imputación en los eventos de participación de un *extraneus* en delitos cometidos por un *intraneus*, esa finalidad no debe conseguirse vulnerando el principio de legalidad³⁴.

La unidad de imputación surge más clara con la creación de la figura del interviniente, pues, tal como señala Díaz y García Conlledo³⁵, el interviniente no es una forma autónoma de codelincuencia o participación en el delito sino un concepto de referencia para aludir al *extraneus* que toma parte en la realización de un delito especial con un *intraneus* y, debería zanjarse así la polémica en torno a cómo responde el *extraneus*, quedando clara la unidad de título de imputación.

Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al interviniente: “La norma, en este sentido zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial...”³⁶.

D. Únicamente puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber, aquel que reúna las calidades o infrinja el deber. Esto en estricto respeto al principio de legalidad. Por el contrario, cualquiera sea el aporte causal de quien no reúne las calidades especiales o personales o no infrinja el deber, tendrá

³³ Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 80

³⁴ Yesid Reyes Alvarado, Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana, en imprenta, p. 19.

³⁵ Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano (complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final)”, cit. p. 53

³⁶ C.S.J., Sent. Rad. 12191, del 25 de abril de 2002, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. En similar sentido, sosteniendo la unidad de imputación en los delitos especiales, véase Auto del 3 de junio de 1983, M.P. Luis Enrique Aldana Rozo.

necesariamente la calidad de partícipe (determinador o cómplice). En ningún caso el *extraneus* puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber³⁷.

En el mismo orden de ideas, para ser coautor, se exigen los mismos requisitos que para ser autor. De manera que en los delitos especiales, o de infracción de deber para quienes asuman esta teoría, nadie que no tenga la calidad especial exigida en la norma o no esté especialmente vinculado con esa relación de deber puede ser coautor; la contribución del *extraneus* siempre constituirá participación³⁸. No obstante la CSJ³⁹, ha sostenido que un *extraneus* puede ser coautor en estos delitos, según lo veremos más adelante, en el análisis de la sentencia que se hace al final del trabajo.

E. El interviniente (inc. final art. 30) no es una figura autónoma sino accesoria: Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia⁴⁰. Su contenido debe determinarse por vía de interpretación⁴¹, veamos:

La sola ubicación del interviniente en el artículo 30, norma que regula expresamente a los partícipes (inductor y cómplice), lleva a concluir que la rebaja contemplada en el inciso final se reguló exclusivamente para éstos y no para el autor cuya regulación se encuentra en otra norma (art. 29 C.P).

Si la intención del legislador hubiese sido cobijar con la expresión “interviniente” tanto a los autores como a los partícipes era lógico esperar una expresa consagración. En gracia de discusión, se podría pensar que el legislador incurrió en una omisión legislativa que sin duda no puede ser subsanada por el

³⁷ Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 81

³⁸ Ibid., p. 82

³⁹ C.S.J, Rad. 20704 del 8 de julio de 2003, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

⁴⁰ CSJ, Rad. 12191, del 25 de abril de 2002, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. En la doctrina: Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 82; Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de Infracción de deber” cit., p. 182

⁴¹ Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 82.

intérprete, máxime cuando de esa interpretación se deriva una clara infracción de garantías fundamentales⁴².

Haciendo eco de las palabras de Córdoba Angulo⁴³ puede afirmarse que “la reducción de una cuarta parte, consagrada en el inciso final del art. 30 sólo puede aplicarse al “determinador interviniente” o al “cómplice interviniente”, es decir, al partícipe que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurra en su realización. Una fórmula sencilla para eliminar la discusión hubiese sido utilizar la expresión “partícipe” en lugar de “interviniente” con lo cual quedaría claro que la disminución sólo cobija a los determinadores o cómplices”, tal como ocurre en la legislación alemana⁴⁴.

Como acertadamente lo pone de manifiesto Díaz y García Conlledo⁴⁵, la referencia al interviniente sólo en el artículo referido a los partícipes y no a los autores, apunta a que el interviniente ha de ser el determinador o el cómplice no cualificado, es decir, el *extraneus* en un delito especial propio, regulación que incluso tiene similitud con el modelo adoptado en Alemania donde se consagra que al partícipe en quien no concurren elementos personales especiales se le concede rebaja de pena, sólo que allí se deja en claro que se

⁴² Ley 599 de 2000 (Código Penal): “Art. 6. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”. (..)

“Art. 10: Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

“Art. 13. Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

⁴³ Miguel Córdoba Angulo, “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, cit., p. 82.

⁴⁴ Así lo destaca Díaz y García Conlledo, según veremos a continuación.

⁴⁵ Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano (complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final)”, cit. p.50

refiere a los partícipes (inductor y cómplice)⁴⁶ cerrando la discusión que en nuestro medio ha generado el inciso final del artículo 30, sobre todo a partir de las sentencias 12191 del 25 de abril de 2002 y 20704 del 8 de julio de 2003, donde la Corte Suprema de Justicia asume posiciones encontrada frente al tratamiento del interviniente.

El tratamiento del determinador y el cómplice en cuanto a su punibilidad, en el Código Penal, es accesoria respecto del autor. Dicha accesoriidad está expresamente consagrada en el art. 30. En consecuencia, también la punibilidad del interviniente siempre será accesoria. No puede imponerse una pena, así sea rebajada, a un interviniente (determinador o cómplice) sin la presencia de un autor con calidades o exigencias personales especiales, o bien que haya infringido el deber que requiere el respectivo tipo penal si lo que se asumiera es la teoría de la infracción del deber⁴⁷.

En concordancia con lo anterior, podemos concluir que la figura del interviniente permite sancionar adecuadamente, esto es, respetando tanto el principio de legalidad como de proporcionalidad, a los partícipes (determinador y cómplice) que no reúnen las calidades especiales o no infringen un deber específico, lo cual conlleva necesariamente para estos una sanción menor ya que, por respeto al principio de legalidad, no se les puede imponer la sanción asignada para aquellos que poseen la calidad especial que la norma exige, y en respeto al principio de proporcionalidad, ya que no tienen el mismo vínculo o están investidos del deber especial de que sí está investido el sujeto calificado.

⁴⁶ Para explicar el asunto, Miguel Díaz Y García Conlledo, *ibid.*, p. 50, transcribe el apartado 1 & 28 StGB (Código Penal Alemán): “Características personales especiales (1) Si faltan en el partícipe (inductor – determinador –o cómplice) características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor, se atenuará su pena conforme al & 49 apartado 1./ (2) Si la ley establece que características personales agravan, atenúan o excluyen la pena, ello vale sólo para el interviniente (autor o partícipe) en el que concurren”.

⁴⁷ No se olvide las críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber, tratadas en este trabajo, véase *infra* pp. 15-16.

La Corte Suprema de Justicia⁴⁸ ha sostenido que quien interviene en un delito especial sin tener las calidades exigidas al autor, pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice). Tratándose del partícipe, se le disminuye la pena en una cuarta parte si es determinador, pero si es cómplice tendrá una doble disminución punitiva: la primera por su condición de cómplice y la segunda por no tener la cualificación jurídica exigida en el tipo penal, las cuales son acumulables.

Esta postura sin embargo fue modificada posteriormente⁴⁹ por la misma Corte, para señalar que el término “intervinientes” del inciso final del artículo 30 del C. Penal, no se refiere a los partícipes, quedando en consecuencia excluidos del concepto de intervinientes el determinador y el cómplice, para concluir que el término intervinientes alude exclusivamente al coautor de delitos especiales sin cualificación, que en sentir de la Corte, es el único destinatario de la rebaja punitiva prevista para el extraneus en inciso 4º del artículo 30 del C. Penal, rebaja que en consecuencia, y según esta posición, no beneficia al determinador y al cómplice.

La Corte constitucional, en la sentencia C-1122 de 2008, si bien se pronunció sobre la exequibilidad del inciso 4º del artículo 30 del C. Penal, lo hizo únicamente para predicar la constitucionalidad de la mayor sanción penal cuando se trata de un sujeto activo calificado por su condición de servidor público, pero sin tomar posición respecto a la interpretación que ha de dársele a la figura del interviniente allí consagrada. No obstante, sí deja planteada la relevancia que desde el punto de vista constitucional, tiene acoger una u otra línea interpretativa, esto, por los problemas de igualdad que pueden plantearse en línea jurisprudencial adoptada a partir de la sentencia 20704 del 8 de julio de 2003, por la diferencia de trato que de ella resulta para los *extranei*, según

⁴⁸ C.S.J, Rad. 12191, del 25 de abril de 2002, M.P Carlos Eduardo Mejía Escobar.

⁴⁹ C.S.J, Rad. 20704, del 8 de julio de 2003, M.P. Carlos Augusto Galvez Argote.

que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores por el otro. En efecto así se expresó la Corte Constitucional:

“4.6.3. Observa la Corte Constitucional que la opción por una u otra de las anteriores opciones interpretativas no es indiferente desde la perspectiva del problema de constitucionalidad que se ha planteado en la presente oportunidad, por cuanto en la primera de ellas, en relación con todos los intervinientes –autores, coautores y partícipes– se da una diferencia punitiva según se trate de servidor público –*intraneus*–, por un lado, o particular –*extraneus*–, por otro, al paso que en la segunda línea interpretativa, los partícipes, bien sea determinadores o cómplices, no reciben un tratamiento diferenciado en materia de *quantum* punitivo, en razón, exclusivamente, de su carácter de extraños, diferencia que sólo se predica en relación con el interviniente en calidad de coautor.

Con todo, considera la Corte que no le corresponde pronunciarse, desde una perspectiva constitucional, por uno u otro extremo interpretativo, como quiera que la solución del problema jurídico planteado y al que se contrae el análisis de constitucionalidad en la presente providencia, es la misma, independientemente de la opción que sea elegida, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño. **Quedan, por consiguiente, por fuera del ámbito del pronunciamiento de la Corte los problemas de igualdad que puedan plantearse en torno a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la diferencia de trato que de ella resulta para los *extranei*, según que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores no cualificados, por otro**.
(Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Tal como lo destaca la Corte Constitucional en la sentencia en cita⁵⁰, la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia 20704 del 8 de julio de 2003, ha mantenido reiteradamente la misma posición, veamos:

En la sentencia 2641 de 17 de septiembre de 2008, en la que se remite a la Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 20704, la Corte Suprema de Justicia sostiene que en determinados delitos especiales, es posible que sujetos que no reúnan la condición previstas en el tipo penal, también concurren a su

⁵⁰ Donde hace una reseña jurisprudencial de diferentes pronunciamientos relativos al tratamiento que se ha dado a la figura del interviniente.

realización ejecutando como suya la conducta.

En sentencia 26410 del 17 de septiembre de 2008 en la cual a su vez cita la sentencia 20704 de 8 de julio de 2003; sentencia 20528 del 15 de junio de 2005; auto 28780 del 5 de diciembre de 2007; auto 27712 del 15 de diciembre de 2007; auto 28890 del 23 de enero de 2008; auto 26146 del 20 de febrero de 2008; y auto 29452 del 9 de abril de 2008⁵¹, la Corte sostiene que “Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir, de modo que aportan de manera principal (*no accesoria*) a su propio delito, mediando la división del trabajo necesaria para alcanzar los objetivos comunes, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores. En el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores. El servidor público es *autor* y el particular *interviniente*”. Se sostuvo en consecuencia, que a la luz del artículo 30 del C. P. neal “la sanción condigna al *interviniente*, es la que corresponde al *autor*, disminuida en la cuarta parte; y la punibilidad, para ser proporcional, deriva del único delito que resulta a ambos endilgable”, manteniendo así la unidad del título de imputación.

En auto 27712, de 15 de agosto de 2007, la corte destacó como el criterio planteado en la sentencia 20704 de 8 de julio de 2003, había venido siendo reiterado de forma unánime, constituyendo línea jurisprudencial consolidada, de allí que estimó que no se “precisaba de desarrollo jurisprudencial alguno acerca de la manera como debe darse tratamiento “*al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización (...)*”

En Auto 28890 de 23 de enero de 2008 la Corte Suprema de Justicia reiteró que la condición de interviniente que genera el descuento a que alude el inciso final del artículo 30 del C. Penal, la ostenta únicamente el coautor que no reúne las calidades exigidas para el sujeto activo, correspondiéndole en

⁵¹ En este a su vez se cita la sentencia 19.794 de 21 de marzo de 2007 y 28.890 DE 23 de enero de 2008.

consecuencia al coautor sin calidades especial la pena señalada para el delito, disminuida en una cuarta parte. El determinador y el cómplice, según la Corte, quedan excluidos, de manera que al primero le corresponde la pena prevista para la infracción y al segundo la señalada en el tipo disminuida de una sexta parte a la mitad.

Igual posición se asume en el Auto 29.452 de 9 de abril de 2008, en el que como señala la Corte Constitucional en su reseña jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia expresó que, en principio, las conductas que hacen parte de tipos penales de sujeto activo cualificado, sólo pueden ser ejecutadas por quien reúna esa condición, pero puede suceder que personas sin ostentar esa calidad, también concurren a la realización del verbo rector y ejecuten la conducta como suya, esto es, como autor y es allí, según expresa la Corte Suprema de Justicia “... *dónde -como lo ha sostenido la jurisprudencia⁵²- opera la acepción legal de intervinientes, según las voces del inciso final del artículo 30 del Código Penal de 2000*”. En esos términos, según la Corte Suprema de Justicia, “... *en los delitos propios al interviniente -coautor sin la cualidad exigida para el sujeto activo- se le sanciona con la pena dispuesta para el delito, pero se hace merecedor a la rebaja en una cuarta parte*”.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, según reseña hecha por la CSJ en sentencia 18050 de 11 de febrero de 2011⁵³, aunque no unánimemente, la jurisprudencia en relación con la coparticipación en delitos especiales o de sujeto activo calificado concluyó que sólo puede ser autor quien ostente la calidad prevista en el tipo penal, en cuanto es el único que puede realizar materialmente la conducta típica, mientras que quienes no tengan la calidad exigida en la ley para el autor pueden responder de un delito

⁵² Sentencia del 8 de julio de 2003 (radicado 20.704). En el mismo sentido la del 21 de marzo de 2007 (radicado 19.794) y la providencia del 23 de enero de 2008 (radicado 28.890).

⁵³ Citada por la Corte Constitucional en sentencia C-1122 de 2008.

especial sólo en calidad de cómplices o determinadores, dado que en ninguno de esos roles realizan materialmente la conducta⁵⁴.

En caso de que un partícipe no cualificado realizara la conducta prevista en el tipo, se debía romper la unidad de imputación para que dicho interviniente respondiese por el delito común subyacente.

⁵⁴ Para ilustrar esta línea jurisprudencial en esa sentencia se remite a las siguientes providencias: C.S.J. Sentencia de Casación de Junio 3 de 1983; C.S.J. Auto Única Instancia – 8.862, de Diciembre 16 de 1997; C.S.J. Sentencia de Casación – 12-012, de Abril 3 de 2000.

Capítulo IV

El actuar en lugar de otro

1. Concepto

El actuar en lugar de otro es una cláusula que posibilita legalmente atribuir la autoría en delitos especiales propios a quienes sin cumplir las cualidades especiales exigidas en el tipo realicen una conducta relevante para el derecho penal.

Se convierte así la cláusula del actuar en lugar de otro en una fórmula legal a través de la cual, sin violar el principio de legalidad, es posible atribuir la calidad de autor⁵⁵ de un delito especial propio a quien sin poseer la características especiales exigidas por el tipo, ha lesionado un bien jurídico protegido penalmente.

2. Fundamento de la actuación en lugar de otro

La necesidad de encontrar una fundamentación que justifique la inclusión en el código penal de la figura del actuar en lugar de otro ha llevado a la elaboración de diversas teorías para dar respuesta a la pregunta por su fundamento.

Así, hay quienes encuentran el fundamento del actuar en lugar de otro en la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, no obstante, no puede considerarse ese como su fundamento pues el asunto va más allá de las actuaciones en el ámbito de las personas jurídicas en tanto bien puede cobijar a los representantes legales o voluntarios, tanto de personas jurídicas como naturales. Además, no debe perderse de vista la tendencia a admitir la

⁵⁵ Valga aclarar que la cláusula posibilita atribuir sólo la calidad de autor, pues, expresamente así lo señala el artículo 29 “también será autor”, y ello es lógico en tanto se actúa en lugar de quien posee las cualidades especiales que exige el código para ser autor, es decir, se actúa en lugar del autor con cualidades especiales. Esto no quiere decir que al lado de quien actúa en lugar de otro no pueda darse la participación o incluso la coautoría, como ocurre en el caso que se analiza al final del trabajo donde si bien por error de la Fiscalía sólo se acusó al representante de hecho y no al inscrito en la Cámara de Comercio que de haberse acusado bien pudo atribuírsele también la calidad de coautor.

responsabilidad penal de las personas jurídicas, es el caso, por ejemplo, de las legislaciones de Holanda, Francia, Cuba y España⁵⁶.

Según Gracia Martín⁵⁷, para la opinión dominante es esencial en la figura del actuar en lugar de otro la no actuación del representado. Dicho autor, sin embargo, no comparte tal posición al considerar que ambas responsabilidades pueden coexistir. En similar sentido Suarez Sánchez⁵⁸ y Escobar Vélez⁵⁹, quienes plantean la posibilidad de la participación por parte del representado, de allí que, como señala ésta última, la cláusula del “actuar en lugar de otro” es independiente de la inactividad del representado, y por lo tanto, dicha fórmula no se explica satisfactoriamente a partir de este criterio.

Para otros, el fundamento se encuentra en la tesis de la representación basada en un vínculo formal de representación entre representante y representado, según la cual, en virtud de dicho vínculo se transmiten las calidades especiales en cabeza del representado al representante. Sin embargo, dicha tesis resulta igualmente insatisfactoria pues, la cláusula del actuar en lugar de otro bien puede incluir a quien fácticamente actúa en lugar de otro, es decir, sin poseer propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)⁶⁰, basta entonces con establecer que la persona que realizó materialmente la conducta cumplía determinadas funciones, así fuese de hecho, en nombre de una persona natural o jurídica. Lo que es, por supuesto, diferente a afirmar que puede aplicarse la cláusula del actuar en lugar de otro a quien ilegalmente

⁵⁶ Véase Ángel Linares Estrella, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, cit. p. 285

⁵⁷ Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general*, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985, pp. 28-29.

⁵⁸ Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, cit., p. 475.

⁵⁹ Susana Escobar Vélez, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, cit., p. 16

⁶⁰ Sobre el particular Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, Zaragoza, 1985, p. 351, para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad; Wolfgang Frisch, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y representantes y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 124. Citados por Percy García Caveró, la discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 9 (2002), págs. 103-104, consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-95040&dsID=Documento>. Pdf (octubre 23 de 2011).

asume una determinada función, haciéndose pasar por miembro o representante de una persona jurídica o representante de una persona natural, pues en estos casos el sujeto no actúa en lugar de la persona jurídica o natural sino que de manera ilegal se aprovecha de la persona para realizar una determinada conducta que de ser delictiva hará responsable exclusivamente al sujeto que incurra en la conducta⁶¹.

Dentro de las teorías de la representación, se encuentra la posición de Roxin que califica algunos delitos especiales como delitos de infracción de un deber especial y, por tanto, considera la responsabilidad del que actúa en lugar de otro como una responsabilidad del representante al que se le trasladan los deberes especiales del representado. Para Roxin⁶², la norma del actuar en lugar de otro es aplicable sólo a los delitos de infracción de deber.

La categoría de los delitos de infracción de deber, tal como arriba se explicó, ha sido objeto de críticas⁶³ que llevan a afirmar que su aplicación en la solución de problemas dogmáticos conduciría a justificar la pena sobre la base sólo de la infracción de un deber, prescindiendo de la idea, consustancial al concepto de Derecho penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal⁶⁴.

Esas críticas a la categoría de los delitos de infracción de deber, han llevado a buscar que la norma del «actuar en lugar de otro» no se fundamente en el criterio de la infracción de un deber, sino en el bien jurídico. En este sentido,

⁶¹ Ver sobre el particular Ivan Fabio Meini Méndez, “El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano”. En *Nuevo Foro Penal* N° 62, septiembre-diciembre 1999, Ed. Temis, p. 146.

⁶² Citado por Percy García Caveró, “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuaren lugar de otro”, cit., p. 126.

⁶³ En este sentido, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, “Las actuaciones en nombre de otro” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, No.1, 1984, pp.23-66. De similar opinión, Muñoz Conde, *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal de Roxin*, Barcelona, 1972, p. 11., citados por Percy García Caveró, “La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuaren lugar de otro...”, cit., p. 126. Véase además, Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción de deber”, cit. pp. 139-140

⁶⁴ Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, “Las actuaciones en nombre de otro” cit., p.49.

Schünemann, y Gracia Martín⁶⁵ han planteado una interpretación del «actuar en lugar de otro» con base en los llamados delitos de dominio.

La tesis desarrollada, al menos en su punto de partida por Schünemann, quien defiende una comprensión de los delitos especiales como delitos de dominio, considera que el «actuar en lugar de otro» no se reduce a las situaciones de representación, sino a una responsabilidad por asumir una posición de garantía, es decir, el dominio del riesgo propio de los delitos especiales, independientemente de las relaciones de representación.

En este sentido, aquél que asume una posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, aun cuando no posea el *status* formal exigido por el tipo penal, puede ser garante del bien jurídico y, por tanto, realizar la conducta del tipo penal especial⁶⁶.

La tesis de Schünemann es seguida por Gracia Martín en tanto coincide en considerar a los delitos especiales como delitos de garante y que el actuar en lugar de otro se caracteriza por asumir la posición de garantía⁶⁷.

Frente a estas teorías, surge una tesis intermedia defendida por García Caveró Percy⁶⁸, quien parte de no catalogar los delitos especiales sólo como delitos de infracción de un deber o sólo como delitos de dominio. Los delitos especiales pueden ser delitos de dominio o delitos de infracción de un deber⁶⁹.

⁶⁵ Citados por Percy García Caveró, "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", cit. p. 127.

⁶⁶ En este sentido, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 138., citado por Percy García Caveró, "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", cit., p. 130; Bernd Schünemann, "Base lógico-objetiva para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro" (trad. Mariana Sacher), en Agustín Jorge Barreiro y otros (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Morullo*, 2006, p. 981 y ss.

⁶⁷ Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro*, I, p. 344., citado por Percy García Caveró, "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", cit., p. 130.

⁶⁸ Percy García Caveró, "la discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", cit., p. 133.

⁶⁹ En más detalle, Percy García Caveró, "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación", Barcelona, 1999, p. 164, citado por Percy García Caveró, "la discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", cit., p. 133.

Según este autor, en los delitos de dominio, la imputación de responsabilidad penal se estructura sobre la base del *rol* general del ciudadano respecto de la creación de un riesgo no permitido, mientras que en los delitos de infracción de un deber en roles especiales que fundamentan un deber específico⁷⁰. Distingue, pues, entre los delitos especiales en sentido amplio (delitos de dominio) y delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de un deber)⁷¹.

En este contexto interpretativo ubica el actuar en lugar de otro para concluir:

“La conversión del que actúa en lugar de otro en *intraneus* del tipo penal se debe o a la asunción de la posición de dominio propia de un *intraneus* del tipo penal, o a la transferencia de los deberes institucionales por la relación de representación. Pese a existir en el *actuar en lugar de otro* siempre un mismo presupuesto (delito especial), el fundamento es distinto según la constitución material del tipo penal. En unos casos (los delitos de dominio) la asunción de la posición especial fundamentadora del delito especial es la que provoca una ampliación del círculo de destinatarios de la norma penal. En otros (los delitos de infracción de un deber), opera una transferencia del contenido normativo al órgano o representante, lo que determina otro injusto en el que éstos aparecen como destinatarios de la norma. En ambos casos, el *extraneus* deja de ser tal para convertirse, mediante la asunción de la posición especial o la traslación del deber jurídico-penal institucional, en un *intraneus* de la norma penal”⁷². (subrayado propio)

⁷⁰ JAKOBS GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997. En contra, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 92 y s., quien niega la existencia de un criterio distinto de imputación entre unos y otros. El dominio del hecho (o de la causa del resultado) es el único criterio de imputación. Ahora bien, sin embargo, esto no explica por qué el legislador ha optado por una u otra forma de regulación”.

⁷¹ Ver Percy García Caveró, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1ª Edición, 1999, p. 37 y ss.,

⁷² Percy García Caveró, la discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, cit., p. 139 -140.

Surge también la teoría de la escisión de los elementos del tipo. Así, para esta teoría, la clausula del actuar en lugar de otro se explica de manera satisfactoria en la escisión de los elementos del tipo que se reparten en dos sujetos, representante quien actúa en lugar del representado y representado quien no actúa pero cumple con las condiciones exigidas en el tipo, esa escisión se da con un sustento legal, cual es la consagración de la clausula general del actuar en lugar de otro dentro de la respectiva legislación penal, manteniendo así el respeto estricto del principio de legalidad⁷³.

3. Origen

Podemos afirmar entonces, que la cláusula del actuar en lugar de otro surge como respuesta al vacío legal que se presenta en los delitos especiales propios, originado en la imposibilidad de sancionar penalmente a quien realizaba la conducta descrita en el tipo, pero no reunía los elementos especiales “que fundamentan la penalidad” y por tanto no podía ser considerado autor. Tampoco podía ser sancionada la persona en cuyo lugar se actuaba, pero que si cumplía con las calidades especiales, por no haber sido ella quien había realizado la acción típica. Incluso se imposibilitaba la sanción del representado a título de partícipe pues, al no haber autor, en virtud de la accesoriedad no puede darse la participación, lo que conllevaba a una situación de impunidad. Surge así la necesidad de introducir una disposición normativa como la cláusula del actuar en lugar de otro en virtud de la cual se extiende el ámbito de posibles autores a aquellos que sin cumplir las condiciones especiales que exige la norma, han realizado la acción típica, resolviendo así el problema de punibilidad desde el punto de vista político-criminal⁷⁴.

⁷³ Susana Escobar Vélez, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, cit., p. 10 y ss

⁷⁴ Sobre la necesidad de solucionar dogmática y político-criminalmente las lagunas de punibilidad en los casos de actuación en nombre de otro, Angel Linares Estrella, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, cit., p. 175, quien a su vez cita a ROXIN, C.: *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducido por MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1972, p. 19.

4. Características de la cláusula general del actuar en lugar de otro

Desde nuestro punto de vista y recogiendo algunas de las opiniones doctrinales que compartimos, podríamos caracterizar de manera general la figura del actuar por otro prevista en el artículo 29 del CP, así:

- La responsabilidad que se atribuye a quien actúa en lugar de otro, en virtud de la cláusula del actuar en lugar de otro, no excluye la responsabilidad del representado. Ésta bien puede subsistir a título de dolo, culpa, acción u omisión⁷⁵. Si ambos mancomunadamente realizan la conducta, puede predicarse la responsabilidad también del representado a título de coautor o bien de determinador o cómplice.
- La figura hace punible la conducta del que actúa en lugar de otro, con independencia de si actúa en interés propio o ajeno.
- Puede tratarse de una representación legal, voluntaria o de hecho, así se desprende de la misma redacción de la norma:

*“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”. (subrayas y negrillas fuera del texto original)*

- Quien actúa en lugar de otro lo hace investido de la facultad necesaria para desarrollar y cumplir de manera efectiva una determinada función

⁷⁵ Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, cit., p. 435

que en principio corresponde sólo a quien ostenta las condiciones especiales descritas en el tipo penal⁷⁶.

Suárez Sánchez⁷⁷ (aunque explicando la posibilidad de la representación voluntaria dentro de la cláusula del actuar en lugar de otro) trae el siguiente ejemplo, el cual consideramos ilustra de manera especial la característica señalada: “Si una persona, por ejemplo, obligada a dar alimentos, ante un viaje largo que debe emprender, otorga a otra poder general de administración de sus negocios y de su patrimonio, mandato que no acata a cabalidad el apoderado, quien de manera dolosa deja de cumplir el deber de dar alimentos que incumbe a su representado, el representante incurre en el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 C. Penal)”. Es claro entonces que su responsabilidad surge del hecho de haber sido investido de dicha obligación a partir del mandato de administración.

- Tal y como señala Suárez Sánchez:

“No puede entenderse estas expresiones (“por otro” o “en lugar de otro”) como si el sujeto realizara la conducta delictiva por haber realizado mandato para ello, porque se deformaría la figura que se analiza para comprender comportamientos de autoría directa por quien ha sido determinado a delinquir o de autoría mediata, pues el sujeto en la mencionada cláusula no “actúa de manera delictiva para otro”: una cosa es asumir el desempeño que corresponde a alguien y otra es cumplir tal desempeño para otro, de modo que no es lo mismo aprovechar la delegación que otro le hace, para cometer un delito de usura a nombre del

⁷⁶ Ibid., p. 464

⁷⁷ Ibid., p. 465

representado, que ejecutar, sin representación la usura, porque el sujeto cualificado se lo ha pedido”⁷⁸.

- No se trata, por lo tanto, tampoco de una responsabilidad por el hecho ajeno⁷⁹. La cláusula del actuar en lugar de otro se ajusta a los postulados del Estado de Derecho y Democrático donde la responsabilidad es personal, se responde por el hecho propio y no por el hecho ajeno, exige que el sujeto objeto de imputación penal haya realizado de manera directa y personal la conducta, ello, como se explicó arriba, no descarta la responsabilidad de aquél en cuyo lugar se actúa, bien como coautor o partícipe dependiendo de su contribución en la conducta.

- Tal como lo señala Suárez Sánchez, no se trata de un concepto unitario de autor, por las siguientes razones:

Sólo puede ser autor por actuar en nombre de otro, la persona natural que realice la conducta de conformidad con lo estipulado en la respectiva cláusula, o sea cuando actúa en representación (de hecho, de derecho, legal o voluntariamente) de otra persona (jurídica, ente sin tal atributo o natural) y carece de las cualidades que la correspondiente figura de delito o contravención requiere para poder ser sujeto activo del mismo; por lo tanto, es reducido el círculo de posibles autores de dichos delitos especiales. Si todos no pueden ser autores conforme a dicha cláusula, queda, por tanto, excluido el concepto unitario de autor.

Se admite la accesoriedad de la participación; razón suficiente para descartar el concepto unitario de autor. Es más, nada impide que

⁷⁸ Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, cit., pp., 466-467

⁷⁹ Ver entre otros, Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, cit., p. 449

sea partícipe quien de acuerdo con dicha cláusula pudiera ser autor de delito especial, por no tener el dominio del hecho.⁸⁰

- No importa que quien actúe lo haga con o sin el consentimiento del representado. En el primer caso el representado responde conjuntamente bien a título de coautor o cómplice según la forma de contribución en la conducta.

- La citada cláusula también es aplicable con independencia de que se actúe en lugar de una persona jurídica o natural⁸¹.

5. Campo de aplicación

Su ámbito de aplicación será para los delitos especiales propios, en tanto, como se ha visto, a través de la cláusula del actuar en lugar de otro se busca superar la dificultad de adecuar, desde el punto de vista legal, la responsabilidad de quien no obstante actuar de una manera relevante para el derecho penal no cumple con las condiciones exigidas en el tipo, solucionando así la laguna de punibilidad que se presentaría de no existir la citada cláusula. Se excluye su aplicación en los delitos especiales impropios, pues, en éstos, contrario a lo que ocurre en los especiales propios el sujeto no cualificado responde por el delito común⁸².

6. Tipos en los que tiene aplicación la cláusula del actuar en lugar de otro en el código penal colombiano

Suárez Sánchez⁸³, relaciona una serie de delitos especiales donde tiene aplicación la cláusula del actuar en lugar de otro:

⁸⁰ Alberto Suárez Sánchez, Autoría, cit., p. 450, 451

⁸¹ Entre otros, Ibid. p. 433.

⁸² De esta opinión Angel Linares Estrella, *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*, cit. p. 242.

⁸³ Alberto Suárez Sánchez, Autoría, cit., p. 458 y 459.

Art. 309. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales y legales, pues, sólo puede ser autor el “dueño” de la cosa mueble o inmueble que es sustraída de aquellos deberes, de manera que si la dueña de tal cosa es una persona jurídica y la conducta la realiza el representante legal, aquella no podrá ser sancionada penalmente y tampoco puede serlo el representante por no cumplir con una de las condiciones del tipo, esto es, ser el propietario de la cosa.

Art. 248. Emisión o transferencia ilegal de cheques, sólo puede ser autor el librador o el endosante del cheque, pero bien puede ocurrir que el firmante del título valor sin provisión de fondos sea el órgano de una persona jurídica o el representante de esta, caso en el cual no será autor del fraude mediante cheque porque la cuenta correntista es la persona jurídica. Se requiere, entonces, de la cláusula general mencionada para castigar al representante legal u órgano de la persona jurídica como autor del delito patrimonial.

Art. 454. Fraude a resolución judicial, el obligado mediante decisión judicial puede ser una persona jurídica, la que a través de la conducta desarrollada por su representante se sustrae a su cumplimiento; evento en el cual no responde la persona jurídica, y el representante tampoco lo haría si no existiera la figura del actuar en lugar de otro.

Art. 249. Abuso de confianza, el sujeto activo es el mero tenedor; puede suceder que la mera tenedora del bien sea una persona jurídica, si su representante en nombre de ella y para beneficio de la misma se apodera de la cosa, este no es sujeto activo del delito, cuyo comportamiento quedaría en la impunidad si no existiera la cláusula del actuar en lugar de otro.

Art. 305. Usura y 311. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, en principio parecen ejecutables por cualquier persona, pero del contenido de la descripción típica se infiere que sólo puede ser realizada

por determinadas personas, en efecto de la usura sólo es sujeto activo el prestamista y el vendedor de bienes o servicios a plazos; y de la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, el deudor. En estos eventos quien actúa en representación del prestamista o vendedor así realice la conducta de recibir o cobrar utilidades o ventaja que exceda la mitad del interés bancario, o en representación del deudor al no darle al crédito la aplicación a que está destinado, no podría ser castigado penalmente porque no puede ser autor de dichos delitos, salvo que exista la mencionada cláusula general.

A esta lista podemos adicionar los siguientes:

Art. 255. Disposición de bien propio gravado con prenda. Solo puede ser autor el “deudor” y “dueño” del bien”

Art. 253. Alzamiento de bienes. Sólo puede ser cometida por el deudor.

Según Suárez Sánchez⁸⁴, no hay actuación en lugar de otro cuando el tipo de la parte especial exija la calidad de directivo o administrador, o miembro de un órgano de representación como elemento específico de autoría en el delito especial, como en el caso del artículo 258 del C. Penal, porque, según aduce, precisamente se requiere que se cumpla en el autor determinada calidad, la cual posee sin necesidad de acudirse a la mencionada cláusula.

López Barja de Quiroga⁸⁵, citando a Bacigalupo, señala los siguientes elementos objetivos de la autoría que entran en consideración en el actuar en lugar de otro:

- a) Los que provienen de relaciones jurídicas patrimoniales, como “deudor”, la “obligación de entregar o devolver”, “acreedor”.

⁸⁴ Ibid. p. 462

⁸⁵ Jacobo López Barja de Quiroga, Autoría y Participación, Ediciones Akal S.A. 1996, pp. 102-104.

- b) Los que son consecuencia de una relación personal de empleo (como empleado o como empleador), tales como el “administrador”, cuando la administración fuere conferida a una persona jurídica.
- c) Los que son consecuencia de una posición procesal (compatible con una persona jurídica), tales como “quebrado”, “concurtido”, o “suspendido”.
- d) Los que son consecuencia de una función social a la que incumben especiales deberes de cuidado, como “productor”, “distribuidor o comerciante”, el “autorizado para el tráfico”, el “obligado por leyes o reglamentos protectores del medio ambiente”, el “legalmente obligado” que será, por regla general, el empleador en el contrato de trabajo.
- e) Los que son consecuencia de obligaciones específicas del comercio.
- f) Los que son consecuencia de obligaciones fiscales tales como, el “deudor del impuesto”.

En cambio, aquellos elementos que responden a una determinada conformación personal del autor, no pueden transmitirse al representante por incompatible con la naturaleza de las personas jurídicas.

7. Diferencias entre la cláusula del actuar en lugar de otro Art. 29 inciso 3 y la figura del interviniente artículo 30.

INTERVINIENTE	ACTUAR EN LUGAR DE OTRO
- Está consagrado en el artículo de los partícipes Art. 30	- Está consagrado en el artículo correspondiente a los autores Art. 29
- Sólo es aplicable a quien actúa como determinador o como cómplice no cualificado o que no infringe un deber específico ⁸⁶	- Sólo es aplicable a quien actúa como autor pero sin reunir las calidades especiales que exige la norma

⁸⁶ Para quienes aceptan la teoría de los delitos de infracción de deber

- Se sanciona con una disminución de la pena en una cuarta parte si actúa como determinador, pero si actúa como cómplice tendrá una doble disminución, la disminución correspondiente a la complicidad más la disminución por no tener la cualificación exigida en el tipo penal.	- Permite sancionar con la pena correspondiente al autor, Art. 29 inciso 3º
- No es una figura autónoma sino accesoria ⁸⁷ , consagrada en la norma que regula a los partícipes, cuyo contenido debe determinarse por vía de interpretación	- Es una figura autónoma, cuyo contenido expresamente se consagra en el inciso 3º del artículo 29
- Permite sancionar respetando el principio de legalidad y proporcionalidad, al determinador y al cómplice no cualificado o que no infringe el deber específico, lo cual implica para estos una sanción menor ya que, por respeto al principio de legalidad, no se les puede imponer la sanción asignada para aquellos que poseen la calidad especial que la norma exige, y en respeto al principio de proporcionalidad, ya que no tienen el mismo vínculo o están investidos del deber especial de que sí está investido el sujeto calificado.	- Surge como respuesta al vacío legal que se presente en los delitos especiales propios, originado en la imposibilidad de sancionar penalmente a quien realiza la conducta descrita en el tipo, pero no reunía los elementos especiales “que fundamentan la penalidad” y por tanto no podía ser considerado autor. Tampoco podía ser sancionada la persona en cuyo lugar se actuaba, pero que sí cumplía con las calidades especiales, por no haber sido ella quien había realizado la acción típica.
- Sólo tiene aplicación en los delitos especiales propios, pues en los delitos especiales impropios el sujeto no calificado responde por el delito común sin la doble rebaja para el cómplice pues en el delito común no entra en consideración ninguna calidad especial cuya ausencia en la complicidad en delitos especiales propios es la que justifica la doble rebaja punitiva para el cómplice interviniente.	- Sólo tiene aplicación en los delitos especiales propios, pues en los delitos especiales impropios el sujeto no calificado responde por el delito común.

8. Especial referencia al artículo 402 del código penal

El artículo 402 del contempla una cláusula específica de actuación en lugar de otro en aquellos casos en los que una persona jurídica tiene la calidad de agente retenedor o auto retenedor y por tanto está obligada tributariamente a recaudar y consignar determinados impuestos, tasas o contribuciones públicas y omite consignar a favor del fisco nacional las sumas retenidas dentro de los plazos fijados en la ley. En efecto, en el citado artículo 402 se hace responsable del delito a “las personas naturales encargadas en la sociedad o entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”.

Lo anterior, sin embargo, no excluye la aplicación de la cláusula general de actuación en lugar de otro contemplada en el artículo 29 inciso 3º, pues, bien

⁸⁷ Recuérdese, tal y como ya se indicó, que el tratamiento del determinador y el cómplice en cuanto a su punibilidad, en el código penal, es accesoria respecto del autor, en consecuencia también la punibilidad del interviniente siempre será accesoria

puede suceder que dentro de la persona jurídica asuma la función de recaudar y consignar un sujeto diferente al representante legal o al expresamente designado, un ejemplo claro de ello es el caso debatido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicado 34023 del 18 de mayo de 2010, que se comentará al final de este trabajo.

Esa cláusula especial ha sido criticada, catalogándola no solo de superflua, sino de consagrar una responsabilidad de tipo objetivo. De esta opinión es Escobar Vélez⁸⁸, en contraposición a Suarez Sánchez⁸⁹, para quien por el contrario, la cláusula no resulta superflua en tanto la general permite resolver todos los supuestos de actuar por otro incluyendo como autor al miembro u órgano de representación de la persona jurídica o de ente colectivo sin tal atributo, y la cláusula particular, consagrada en el citado artículo 402 que atribuye la autoría a las “personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”, sin excluir la responsabilidad del representante, ampliando el círculo de autores del mencionado delito.

Escobar Vélez, en cambio, no encuentra correcto aplicar ambas cláusulas y extender el ámbito de autores del delito consagrado en el artículo 402, para ello ofrece las siguientes razones, las cuales transcribimos *in extenso*:

“...el delito de omisión de agente retenedor permite, al ser un delito especial propio, la aplicación de la cláusula general del “actuar en lugar de otro”, y ésta resulta suficiente para abarcar todos los supuestos de actuaciones en lugar de otro que puedan presentarse. Vistas así las cosas, y desde un fundamento material, sólo la persona o personas que asuman fácticamente la función que le corresponde al agente retenedor o auto retenedor en el seno de la persona jurídica, podrán ser responsables penalmente como autores del delito consagrado en el artículo 402, con independencia de que sean miembros de un

⁸⁸ Susana Escobar Vélez “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, cit. p. 35

⁸⁹ Alberto Suárez Sánchez, “La autoría en el actuar por otro en el Derecho penal colombiano”, en: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, p.172, 174-176, citado por Susana Escobar Vélez, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, cit. p. 4

órgano directivo, representantes legales, o cualquier otra persona natural que actúe como representante de hecho al asumir tal función.

De ahí que la cláusula particular sea superflua y, de aplicarse, generaría la atribución de responsabilidad objetiva. Esto se explica porque con la aplicación de la cláusula general ya se está responsabilizando a los sujetos realmente “encargados” de realizar la consignación de los tributos retenidos, es decir, a quienes ostentaban el dominio material o “dominio social típico” al asumir fácticamente las funciones correspondientes al status de agente retenedor o auto retenedor. Si además de aplicar esta cláusula, se acude a la cláusula particular, los sujetos que a través de ésta sean considerados responsables penalmente, no habrán sido entonces quienes ostentaban el dominio del hecho, y por lo tanto se les estará tratando como autores por el simple hecho de poseer un status o cargo formal, lo que contradice de manera ostensible la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva. Lo mismo sucedería de aplicar inicialmente la cláusula particular, pues los sujetos que en virtud de ésta fueran responsables penalmente, tendrían que ser aquellos que realmente ostentaran la posición de garante sobre el bien jurídico protegido, si se atiende, claro está, a la prohibición de responsabilidad objetiva y a la interpretación de la cláusula a partir de un fundamento material y no formal. Así, de aplicarse simultáneamente la cláusula general, no se logra entender qué otros sujetos - diferentes a los anteriores- serían responsabilizados a partir de la misma, sin incurrir en un juicio de responsabilidad objetiva. En síntesis, como ya se había advertido, la cláusula general del “actuar en lugar de otro” basta para la atribución de responsabilidad en este supuesto, y por lo tanto –a diferencia de lo sostenido por SUÁREZ SÁNCHEZ-, la inclusión de una cláusula particular, además de innecesaria, resulta inconveniente”⁹⁰.

Como veremos más adelante, en el análisis de la sentencia al final del presente estudio, esta posición es la más acertada y se pondrá en evidencia lo superflua que ciertamente resulta la cláusula especial.

⁹⁰ Susana Escobar Vélez, “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, cit. pp. 34-35.

Capítulo V

La sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010 y la no aplicación de la cláusula del actuar por otro

a. Los hechos y la sentencia

Lo primero a precisar, es el escaso desarrollo jurisprudencial que ha tenido la cláusula del actuar en lugar de otro en nuestro medio, en el que si acaso, apenas se alude a ella de manera tangencial⁹¹, resultando interesante el análisis de un caso, conocido en casación por la Corte Suprema de Justicia, análisis que permitirá demostrar, tal como se planteó en el desarrollo del presente trabajo, lo siguiente:

1. El yerro de la Corte cuando apelando a los delitos de infracción de deber ha dado al interviniente el tratamiento de autor.
2. Que indudablemente la solución del asunto debatido en la decisión, encontraba plena adecuación en la cláusula general del actuar en lugar de otro, artículo 29 inciso 3º del C.P., sin embargo, y como muestra de la poca entronización que a nivel judicial ha tenido la figura, las diferentes instancias omitieron cualquier referencia a dicha cláusula solucionando el asunto a través de figuras no aplicables al caso así:

El Juzgado fallador en primera instancia, solucionó el asunto atribuyendo al Sentenciado la calidad de cómplice; el Tribunal Superior de Medellín, en segunda instancia, atribuyéndole la calidad coautor, pero que por no tener la calidad especial exigida en el tipo penal se le debía tratar como un *interviniente*, aspecto éste avalado por la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010.

⁹¹ Esta afirmación se hace teniendo en cuenta que para esta investigación se hizo un rastreo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, sin encontrar un análisis relevante en relación con la cláusula del actuar en lugar de otro.

3. Lo superflua que, en acuerdo con el análisis realizado por Escobar Vélez, resulta la cláusula especial contenida en el artículo 402 del C. Penal, pues, al margen de su existencia, la cláusula general del actuar en lugar de otro, contemplada en el inciso 3º del art. 29, bien puede solucionar las lagunas de punibilidad que puedan presentarse.

Los hechos que motivaron la decisión, tuvieron lugar entre los años 2002 y 2003, es decir, en vigencia de la ley 599 de 2000, con la cual se introdujo en nuestro país la citada cláusula.

Se procedía por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, artículo 402 Código Penal, por el cual la Fiscalía acusó al sentenciado como autor, en calidad de representante legal de una persona jurídica, por no haber realizado los pagos correspondientes a varias declaraciones tributarias presentadas por concepto de IVA y RETEFUENTE.

En este punto, antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia, cabe precisar que si bien en principio el sujeto activo del ilícito de omisión de agente retenedor es la persona, natural o jurídica, obligada a retener o auto retener impuestos, tasas o contribuciones, el artículo 402 del C. Penal en su inciso tercero⁹², tal y como atrás se indicó, contempla una cláusula especial de actuación en lugar de otro aplicable en el ámbito empresarial en el cual el cumplimiento de dicha obligación está en cabeza del representante legal de la persona jurídica o de la persona a quien de manera expresa se haya delegado dicha función dentro de la respectiva entidad⁹³.

Lo anterior por disposición del artículo 572 del Estatuto Tributario, norma a la cual debe acudir para llenar el contenido del artículo 402 del C.P, norma penal en blanco, en expresiones como: “*retenedor*”, “*autorretenedor*” o establecer quién es el encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas o

⁹² “Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”.

⁹³ Cláusula especial bajo la cual se desarrolló el análisis del caso al decidir el asunto por las distintas instancias.

el responsable del impuesto sobre las ventas a que alude el artículo 402 del C.P, aspecto analizado por la Corte Suprema de Justicia, M. P María del Rosario González, radicado 25818 del 30 de enero de 2008. Tratándose de sociedades u otras entidades, sostiene la citada sentencia:

“Cuando se trata de sociedades u otras entidades, el deber de consignar el valor retenido o recaudado corresponde a los gerentes, administradores y, en general, a los representantes legales, según lo tiene establecido el artículo 572 del Estatuto Tributario³. De acuerdo con esa misma norma, dicha responsabilidad puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto, en cuyo caso se deberá informar de tal hecho a la administración de Impuestos y Aduanas respectivo”.

Es importante la anterior precisión por cuanto bajo esa cláusula especial las distintas instancias desarrollaron el análisis del caso puesto en consideración en la sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010.

En el asunto objeto de análisis en la citada sentencia 34023, se estableció que para la fecha de los hechos el sentenciado:

Primero, no ostentaba la calidad de representante legal de la persona jurídica, por cuanto si bien mediante reunión de junta directiva había sido nombrado como tal, e incluso materialmente y de hecho asumió la función, ocupó la oficina de la gerencia, devengaba el salario respectivo y era el ordenador de los gastos, no se había dado su inscripción en la Cámara de Comercio, requisito necesario para atribuir la calidad de representante legal.

Así lo dispone el artículo 164 del Código de Comercio, al señalar que las personas inscritas en la Cámara de Comercio como representantes de una sociedad, “*conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección*”, disposición reiterada en el artículo 442 de la misma normatividad.

Sobre la exequibilidad de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-621 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra en la que si bien se declaró la exequibilidad bajo la condición de imponer un límite temporal⁹⁴ para proveer la inscripción y nombramiento del reemplazo del representante legal inscrito que haya cesado en el ejercicio del cargo, también se hizo alusión a la naturaleza y alcance de la inscripción en el registro mercantil, para concluir que el registro del nombramiento de representante legal o revisor fiscal tiene carácter tanto declarativo como constitutivo:

“Como puede verse, el alcance normativo de las anteriores disposiciones consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc.), la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar cargo, el sólo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción como representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo”.

(...)

⁹⁴ El término dentro del cual se debe designar y registrar el reemplazo, según la sentencia C-621 de 2003, será el previsto en los estatutos sociales y en caso de que estos no prevean expresamente un término, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento en que por cualquier circunstancia se ponga fin al ejercicio del cargo, luego de lo cual cesa la responsabilidad, siempre y cuando el representante legal o el revisor fiscal saliente den aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad. “Si vencido el término de treinta días y mediante la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales”.

“Lo anterior hace que en virtud de lo dispuesto por las normas acusadas pueda decirse que **el registro del nombramiento de representante legal o revisor fiscal tiene un carácter no simplemente declarativo, sino también constitutivo**, en cuanto los efectos jurídicos de la designación no se producen ante terceros sino con la inscripción en la Cámara de Comercio, y en ocasiones posiblemente esos efectos jurídicos tampoco podrán ser oponibles a los asociados o la misma sociedad”. (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Segundo, no había prueba de la delegación al procesado de la obligación de consignar los valores retenidos o autorretenidos, delegación que conforme al artículo 572 del Estatuto Tributario, tiene que ser expresa e informada a la Dirección de impuestos y adunas nacionales –Dian-.

Así, al no cumplir el sentenciado con las calidades especiales exigidas en el tipo penal para ser sujeto activo de la conducta pero al concluir que los actos ejecutados por éste eran demostrativos de autoría, se emitió sentencia condenatoria en su contra aunque no a título de autor, atribuyéndole en cambio, en primera instancia, la calidad de “cómplice”.

La decisión de primera instancia fue apelada y dentro de los motivos de reproche, la defensa cuestionó la forma de participación atribuida, pues el sentenciado ni era el representante legal, ni se había delegado en él la función de consignar las sumas declaradas y por ende no podía ser sujeto activo del tipo penal cuya realización se le imputó a título de autor⁹⁵ y menos se le podía endilgar a título de partícipe en su modalidad de cómplice, en tanto jurídicamente dicha imputación resulta imposible, pues con ello se estaría desconociendo el postulado de la accesoriedad limitada, en tanto no puede haber participación sin autoría, para concluir la existencia de una atipicidad de la conducta.

⁹⁵ La imputación como autor se hizo por la Fiscalía en la acusación. El Juzgador de primera instancia en la sentencia varió la imputación atribuyéndola a título de partícipe en la modalidad de cómplice, ello, al considerar que el sentenciado no cumplía con las calidades especiales exigidas en el tipo para ser autor.

La condena fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, al considerar que el acusado efectivamente “*ejecutó un rol propio del autor aunque sin la calidad exigida normativamente*”, aceptó pues la imposibilidad de atribuir la calidad de sujeto activo del ilícito juzgado, pues no obstante ejercer como gerente de hecho, por disposición legal esa realidad no generaba efectos según lo dispuesto por los artículos 164 y 442 del Código de comercio⁹⁶, empero no consideró que ello llevase a predicar la atipicidad de la conducta.

Así, aunque calificó de errada la atribución de responsabilidad a título de cómplice, desestimó también la violación al postulado de la accesoriedad limitada, pues concluyó el Tribunal que sí existía un autor material, que para el caso lo era el representante inscrito en la Cámara de Comercio quien había firmado las liquidaciones ante la imposibilidad de hacerlo el gerente de hecho por no haberse realizado su inscripción, del que igualmente concluyó ejecutó también actos de autoría, sólo que la Fiscalía se equivocó en la acusación al ignorar el contenido de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio y la posición de la Corte Constitucional sobre el tema.

Es de aclarar que en el asunto, se consideró el hecho de que el representante inscrito había dado prioridad a algunas obligaciones a las que se destinó parte de los dineros de los impuestos recaudados y no consignados al Estado como era la obligación, solo que por los periodos cuestionados la Fiscalía acusó únicamente al representante de hecho y no a quien aún figuraba como representante inscrito en la Cámara de Comercio.

No se pierda de vista sin embargo, y como parte de la solución que consideramos adecuada en el asunto, que en la figura del actuar en lugar de otro no se descarta la coautoría y la participación, tal como se explicó al relacionar las características de dicha cláusula.

⁹⁶ Dicha norma dispone expresamente que “Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”.

En este caso, en consecuencia, nada obstaba para que establecido que el representante inscrito también hubiese tomado parte en la conducta, respondiera bien a título de coautor o bien de partícipe, según la forma de contribución en el hecho, si contra él también se hubiese dirigido la acusación pues en tal caso, tanto el representante inscrito como el de hecho, actuaron en nombre de la empresa obligada a recaudar o retener.

El Tribunal concluyó que en el asunto el sentenciado, dada su condición de “gerente de hecho” de la empresa, compartía el dominio del hecho con el gerente legalmente inscrito en el registro mercantil como tal. Estimó que en los dos podría, en principio, pregonarse la facultad de decidir si se realizaba el pago de los valores declarados por los conceptos de IVA y RETEFUENTE y que el rol desempeñado en los hechos por él es el de **coautor** sin la calificación exigida por el tipo penal, es decir, un interviniente en los términos de que trata el inciso final del artículo 30 del C.P. y explicó:

“Acerca del instituto del interviniente de que trata el inciso final del artículo 30 en cita, cuando dispone que “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”, la doctrina ha entendido que se refiere a todas aquellas personas que concurran en al (sic) realización de la conducta punible como “autoras” sin tener las calidades exigidas en el tipo especial (*intraneus*) o que no puedan ejecutar por sí mismas la conducta punible (de propia mano)”

Como sustento a su decisión, citó el Tribunal a la Corte Suprema cuando en sentencia de junio de 2003, al referirse al interviniente señaló:

“Por eso, cuando dicha norma utiliza el término interviniente no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido

restrictivo de coautor de delitos especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador, relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase”.⁹⁷

La decisión fue llevada hasta casación y ello dio lugar a la sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010 que se viene analizando. El casacionista en la demanda, reprochó la falta de motivación de los supuestos fácticos mediante los cuales se le atribuyó al sentenciado responsabilidad a título de cómplice (fallador de primera instancia) y luego de interviniente (Tribunal en segunda instancia). La Corte Suprema de Justicia, sin adentrarse en el análisis dogmático sobre la forma de participación, por estimar que no era el tema objeto de impugnación, que en sentir de la Corte se reducía a la falta de motivación, desestimó los reclamos del casacionista por considerar que carecían de razón en tanto, adujo la corte, *“la sentencia no carece de motivación respecto del grado de participación”*, considerando indiscutible que los actos ejecutados eran demostrativos de la autoría del procesado, *“por la cual no podía responder por ausencia de la calificación exigida por el tipo penal”*, sin embargo, y no obstante aceptar que el sentenciado no podía responder como autor por carecer de la calificación exigida, no casó la sentencia, avalando así la posición del Tribunal al confirmar la condena recurriendo a la figura del interviniente, lo cual sustentó

⁹⁷ CSJ, radicado 20.704 del 8 de julio de 2003, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

la Corte en el propósito del legislador de sancionar como autor a quienes **“concurran a la realización del verbo rector ejecutando la conducta como suya, es decir como autor”**.

b. Crítica a la postura de la Corte

Atendiendo al análisis hecho en el presente trabajo, no puede ser de recibo la postura asumida por la Corte en la sentencia en cita, pues, en primer lugar, el propósito del legislador de sancionar como autor a quienes **“concurran a la realización del verbo rector ejecutando la conducta como suya, es decir como autor”**, bien puede cumplirse aún en los casos en que quienes realizan la conducta no reúnan la condición prevista en el tipo, y ello se puede hacer, precisamente, acudiendo a la cláusula del “actuar en lugar de otro”, con la cual igualmente se conserva la unidad de imputación.

De otro lado, tal como lo analiza Díaz y García Conlledo⁹⁸, aun acudiendo a la voluntad del legislador, no puede asumirse que al consagrar la figura del interviniente el legislador pretendiera dar a este el tratamiento de autor. La sola ubicación sistemática del precepto dentro del artículo dedicado a los partícipes y no al dedicado a la autoría y el modelo alemán, dada la influencia germánica en el actual código penal, y la similitud de los preceptos en ambas legislaciones, hace probable que se haya tenido en cuenta el Código Penal alemán, que deja en claro que el interviniente se refiere a los partícipes y no a los autores, y apunta a que el interviniente ha de ser el determinador o el cómplice no cualificado (*extraneus*), en un delito especial en el que el autor es un (*cualificado*).

Sin embargo, posiciones como la asumida en la sentencia 20704 del 8 de julio de 2003, antes citada, y en la 12191 del 25 de abril de 2002 han generado una amplia polémica en relación con el tratamiento que debe darse al interviniente.

⁹⁸ Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano –complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final-“ cit., p. 50

No obstante, ambas sentencias identifican o asimilan los delitos especiales con delitos de infracción de deber, cuando ROXIN, creador de la categoría de delitos de infracción de deber, no los concibió como una categoría que sustituyera a los delitos especiales, sino que en su opinión, en algunos delitos especiales la autoría no venía determinada por el dominio del hecho, sino por la infracción de específicos deberes extrapenales que recaen sobre cierto sujetos, de manera que quien los infrinja es autor con independencia de que tenga el dominio del hecho y quien no está sujeto a ese deber no es autor aunque tenga el dominio del hecho. Pero hay delitos especiales que no serían de infracción de deber⁹⁹. Todo esto aunado a las críticas a los delitos de infracción de deber y su cuestionable compatibilidad con la regulación colombiana que incluso terminan, como atrás se analizó, haciendo incoherente la posición adoptada en las sentencias citadas al asumir, para su fundamentación, la categoría de delitos de infracción de deber.

Si bien la Corte en la sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010 no se adentró en el análisis dogmático sobre el grado de participación, es evidente que al igual que los funcionarios de primera y segunda instancia, yerra frente a la solución del asunto al concluir que el acusado no podía responder por la autoría por carecer de la calificación exigida por el tipo penal.

En efecto, es claro que si los actos ejecutados eran demostrativos de la autoría, no era la figura del interviniente la aplicable en el asunto, en tanto dicha figura, tal como se analizó en el acápite pertinente, está instituida para el partícipe no para el autor, de manera que acudir a tal figura constituye una clara violación al principio de legalidad¹⁰⁰. En cambio, si no se discutía los actos de autoría, sino la ausencia de los requisitos exigidos en el tipo, la solución al asunto no podía ser otra que la del artículo 29 inciso 3º del C.P, en virtud de la cláusula del actuar en lugar de otro, atribuyendo la responsabilidad a título de

⁹⁹ Ibid. p. 58

¹⁰⁰ Recuérdese que su ubicación está en el artículo correspondiente al partícipe y no al autor (principio de legalidad).

autor sin las calidades exigidas en el tipo, ello si en efecto se estableció que el procesado realizó materialmente la conducta prohibida en el art. 402, manteniendo la unidad de imputación, y sin violar el principio de legalidad forzando la interpretación para atribuirle la calidad de interviniente que como se analizó está instituida en la norma que regula la participación y no la autoría¹⁰¹.

c. Conclusión

Tal como se indicó, el caso encontraba plena adecuación en la cláusula del actuar en lugar de otro, artículo 29 inciso 3º del C.P., sin embargo, y como muestra de la poca entronización que a nivel judicial ha tenido la figura, las diferentes instancias omitieron cualquier referencia a dicha cláusula solucionando el asunto a través de figuras no aplicables al asunto.

La solución correcta entonces y teniendo en cuenta que el procesado asumió de *facto* las funciones y omitió consignar las sumas a la DIAN, era la del inciso 3ª del Art. 29, pues, actuó en lugar de la empresa que es la que ostenta la calidad de agente auto retenedor. El artículo 29 inciso tercero, del código penal establece: "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...".

- En consecuencia, la forma legalmente correcta de sancionar el comportamiento como autor, era a través de la cláusula del actuar en lugar de otro, que como se acaba de anotar, permite atribuir la responsabilidad a título de autor a aquel que **actúa como miembro u órgano de representación**

¹⁰¹ Sobre la interpretación del inciso final del artículo 30 C.P., que se refiere al interviniente, véase, Miguel Díaz y García Conlledo, "La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano (complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del art. 30, párrafo final)", Cit. pp. 45 - 77; igualmente, y con un análisis sobre el origen del artículo 30 de nuestro Código Penal, Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la "teoría de los delitos de infracción de deber", cit., pp. 169 y ss

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...".

- A igual conclusión podría haberse llegado al margen de la existencia de la cláusula especial contenida en el artículo 402, pues, con o sin dicha cláusula especial, establecido que de hecho el procesado asumió la función de consignar las sumas retenidas o auto retenidas y no lo hizo, su responsabilidad, a título de autor, bien pudo imputársele acudiendo a la cláusula general de actuación en lugar de otro consagrada en el inciso 3º del artículo 29 del C. Penal, sin que para el efecto importara si era o no el representante legal o si se había delegado en él, de manera expresa, dicha facultad de consignar¹⁰².

¹⁰² Recuérdese que conforme al artículo 572 del Estatuto Tributario, la delegación de la función de consignar las sumas retenidas o auto retenidas, tiene que ser expresa e informada a la DIAN.

CONCLUSIONES GENERALES

1. La línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de justicia frente a la figura del interviniente consagrada en el inciso 4º del Art. 30 del C. Penal, de manera uniforme, salvo lo sostenido en la sentencia 12191 del 25 de abril de 2002, es que dicha figura se refiere exclusivamente al autor sin calificación especial, no incluyendo la misma al partícipe (determinador y cómplice)
2. La Corte constitucional, si bien se pronunció sobre la exequibilidad del inciso 4º del artículo 30 del C. Penal, lo hizo únicamente para predicar la constitucionalidad del mayor sanción penal cuando se trata de un sujeto activo calificado por su condición de servidor público, pero sin tomar posición respecto a la interpretación que ha de dársele a la figura del interviniente allí consagrada, aunque sí hace un recuento de la línea jurisprudencial esbozada por la Corte Suprema de Justicia.
3. Para llegar a la conclusión a la que ha llegado la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el interviniente alude exclusivamente al autor sin calificación especial, ha apelado a la teoría de los delitos de infracción de deber dándoles un alcance que no corresponde a la concepción de Roxin al crear esta categoría de delitos¹⁰³, posición en la que, además, no ha tenido en cuenta las críticas a esta teoría y en especial los análisis acerca de la incompatibilidad de esta teoría con la legislación penal colombiana.
4. Acorde con la posición sentada en el cuerpo del presente trabajo, contrario a la posición de la Corte Suprema de Justicia, la figura del interviniente a que se refiere el inciso 4º del Art. 30 del C. Penal se refiere únicamente a los partícipes (determinador y cómplice), y a esa conclusión se llega con sustento en los siguiente:

¹⁰³ Como se expuso atrás, la Corte identifica o asimila los delitos especiales con delitos de infracción de deber, cuando ROXIN no los concibió como una categoría que sustituyera a los delitos especiales, de manera que hay delitos especiales que no serían de infracción de deber.

a. En respeto al principio de estricta legalidad, pues:

- ⌚ La figura del interviniente se encuentra consagrada en el artículo 30 del C. Penal que regula la participación y no en el artículo 29 que regula la autoría.
- ⌚ En estricto respeto al principio de legalidad únicamente puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber, aquel que reúna las calidades o infrinja el deber. Por el contrario, cualquiera sea el aporte causal de quien no reúne las calidades especiales o personales o no infrinja el deber, tendrá necesariamente la calidad de partícipe (determinador o cómplice). En ningún caso el *extraneus* puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber¹⁰⁴, y si lo que se pretende es llenar el vacío de punibilidad que se generaría cuando la conducta la realiza como suya quien no reúne las calidades especiales para ser autor, bastará acudir a la cláusula del actuar en lugar de otro, consagrada en el inciso 3º del Art. 29 C. Penal.

b. En respeto al principio de proporcionalidad, pues, si el partícipe (determinador y cómplice) no reúne las calidades especiales o no infringe el deber específico de que está investido el sujeto calificado, es apenas razonable que se haga acreedores a una sanción menor.

c. La regulación del interviniente en el C. Penal colombiano, tiene similitud con el modelo adoptado en Alemania donde se consagra que al partícipe en quien no concurren elementos personales especiales se le concede rebaja de pena, sólo que allí se deja en claro que se refiere a los partícipes (inductor y cómplice)¹⁰⁵ cerrando la discusión que en nuestro medio ha

¹⁰⁴ Miguel Córdoba Angulo, "La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano", cit., p. 81

¹⁰⁵ Para explicar el asunto, Miguel Díaz Y García Conlledo, *ibid.*, p. 50, transcribe el apartado 1 & 28 StGB (Código Penal Alemán): "Características personales especiales (1) Si faltan en el partícipe (inductor –determinador –o cómplice) características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor, se atenuará su pena conforme al & 49 apartado 1./ (2) Si la ley establece que características

generado el inciso final del artículo 30, sobre todo a partir de las sentencias 12191 del 25 de abril de 2002 y 20704 del 8 de julio de 2003.

La influencia germánica en el actual Código Penal, y la similitud de los preceptos en ambas legislaciones, hace probable que, en la consagración de la figura se haya tenido en cuenta el Código Penal alemán.

c. Acudiendo al principio de unidad de imputación, a todos los que concurren en la conducta se les imputa el mismo delito, cada uno en su forma de intervención, posición acorde con la regulación del Código Penal ya que al autor se le impone *la pena prevista para la infracción*, que en el caso del determinador es igual a la del autor y disminuida para el cómplice¹⁰⁶.

d. La unidad de imputación surge más clara con la creación de la figura del interviniente, pues, tal como señala Díaz y García Conlledo¹⁰⁷, el interviniente no es una forma autónoma de codelincuencia o participación en el delito sino un concepto de referencia para aludir al *extraneus* que toma parte en la realización de un delito especial con un *intraneus* y, debería zanjarse así la polémica en torno a cómo responde el *extraneus*, quedando clara la unidad de título de imputación.

5. En Colombia, ha sido poca la entronización y consiguiente aplicación que a nivel jurisprudencial ha tenido la cláusula del actuar en lugar de otro y quizás ello ha llevado a la confusión en que incurrieron las distintas instancias en la solución al caso debatido en la sentencia 34023 del 18 de mayo de 2010, analizada al final del trabajo.

personales agravan, atenúan o excluyen la pena, ello vale sólo para el interviniente (autor o partícipe) en el que concurren”.

¹⁰⁶ Ibid., p. 80

¹⁰⁷ Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano (complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final)”, cit. p. 53

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS HOLGUÍN, D y SOTOMAYOR ACOSTA, J., “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de Infracción de deber”, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista internacional, Legis 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, E., Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro), *comentarios a la legislación penal*, V-1º, Madrid, 1985.

CÓRDOBA ANGULO, M., “La Figura del Interviniente en el Derecho Penal Colombiano”, disponible en internet en foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/.../985. Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat. Consultado mayo 27 de 2012.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. La Autoría en Derecho Penal, Ed. Leyer 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano”, en Derecho Penal y Criminología Volumen XXV, N° 76. Julio Diciembre de 2004, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano –complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del art. 30, párrafo final-“, En: Derecho penal y criminología, N° 77. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005

ESCOBAR VÉLEZ, S., “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Colombiano”, Medellín, Eafit, Cuadernos de Investigación, documento 44.

FABIO MEINI, I. “El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano”. En Nuevo Foro Penal N° 62, septiembre-diciembre 1999, Ed. Temis.

GARCÍA CAVERO. PERCY, la discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 9 (2002), págs. 103-140, consultado en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenal yCriminologia-2002-95040&dsID=Documento. Pdf> (octubre 23 de 2011).

GARCÍA CAVERO, P. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1^a Edición, 1999.

GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro, en Derecho Penal, I, Teoría general*, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985.

JAKOBS GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2^a. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

LINARES ESTRELLA, ANGEL. "Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano", Ed. Comares S.L, Granada 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Autoría y Participación*, Ed. Akal S.A. 1996, Madrid España.

MIR PUIG S., *Derecho penal parte General*, 7^o Edición, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

ROXIN, CLAUS, "Autoría y dominio del hecho en el derecho penal", Madrid Barcelona, Marcial Pons, 2000.

SUAREZ SANCHEZ, A., "Autoría", 3^o edición, Universidad Externado de Colombia, 2007.

REYES ALVARADO, Y., *Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana*, en imprenta.

SUÁREZ SÁNCHEZ. “Autoría y participación”, 2ª edición, 1998.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “ Manual de Derecho Penal, Parte General”, 4ª Edición Actualizada, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., Derecho Penal Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica Comlibros, 2009.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

CSJ, radicado 12191 de 25 de abril de 2002, M.P Carlos Eduardo Mejía Escobar.

CSJ, auto de 3 de junio de 1983, M.P. Luis Enrique Aldana Rozo.

CSJ, radicado 20.704 de 8 de julio de 2003, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

CSJ, radicado 26410 de 17 de septiembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz

CSJ, auto 27712, de 15 de agosto de 2007

CSJ, auto 28890 de 23 de enero de 2008

CSJ, auto 29452 de 9 de abril de 2008

Sentencias Corte Constitucional

Sentencia C-1122 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil