

Del “*animus auctoris*” actuando a nombre de otro

About the “*animus auctoris*” acting on behalf of a party

RICARDO ANTONIO MÉNDEZ DÍAZ

*Abogado litigante, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses
Candidato a Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas
Profesor de Derecho Penal Universidad Autónoma Del Caribe
e-mail: ricardoamd263@hotmail.com*

Recibido: Noviembre, 12 de 2009
Aceptado: Febrero 2 de 2010

RESUMEN

Sin duda alguna, si hay un tema donde se ha producido un avance significativo sin excepción en el nuevo Código Penal colombiano, es en el tema de la participación criminal a partir del reconocimiento en ley de un concepto diferenciador y no de un concepto unitario de autor. Por consiguiente, ese concepto diferenciador de autor tiene que operar tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes. Por ello, en este artículo de reflexión se busca mostrar cómo por fortuna en el país, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han tenido un contacto máximo con la teoría moderna de la autoría y la participación. Efectivamente, si se constata lo que sucedía en la práctica en esta materia se evidencia perfectamente que jueces, fiscales y operadores jurídicos en general, venían trabajando fundamentalmente sobre bases erróneas, no compatibles con la dogmática penal. Esta dogmática como ciencia busca orientar político-criminalmente una acción del Estado a través de la teoría jurídica del delito y su la responsabilidad penal.

Palabras clave: *Política criminal, autoría, participación, teoría del delito, delitos dolosos y delitos imprudentes.*

ABSTRACT

Without a doubt, if there is a topic where it has produced a significant advance without exception of the new Colombian penal code, is in the subject of the criminal participation from the recognition in law of a Differentiating Author Concept, and not as Unitary Author Concept. Therefore, the Differentiating Author Concept must operate for Intentional Crimes as for the Imprudent Crimes. For that reason it could be said with fortune that in our means, the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court of Justice have had a maximum contact with the modern theory of the liability and the participation. Effectively, if we confirm that what happened in regards to this matter, we give perfect account that Judges, Public Prosecutors and Legal Operators in general came fundamentally working on erroneous bases, noncompatible with the penal dogmatic. This Penal dogmatic as a science looks for a politically and criminally orientation action of the state through the legal theory of the crime and its criminal liability.

Key words: *Criminal policy, author, participation, theory of felony, malice, imprudence.*

Introducción

La dogmática penal se ha construido a partir del modelo sistemático que ofrece el delito doloso de acción; por ello, se entiende que la tipicidad como ejercicio que realiza el legislador para crear, modificar o suprimir conductas típicas debe evaluarse desde sus aspectos objetivos y subjetivos en aras de superar las exigencias previas de la antijuridicidad. Es allí donde la participación criminal y las diversas teorías de la autoría y participación se desarrollan, entendiendo a esta última como el verdadero dispositivo amplificador de los tipos penales. La consecuencia de evaluar los anteriores requisitos hace comprender cómo el legislador del 2000 recoge las tesis de la accesoriedad en la adaptación del concepto de autor en Colombia, atendiendo que hay comportamientos delictivos más importantes que otros, respondiendo unos como accesorios (accesorios de referencia como los de participación) donde opera la causalidad (aportes causales), no teniendo dominio del hecho y otros como autónomos (los de autoría).

En el mismo sentido, cuando se trata de la accesoriedad, se reconocen tanto los de carácter cualitativo como los de carácter cuantitativo, donde en la accesoriedad cualitativa el partícipe responde dependiendo de la categoría de la conducta punible a la que llegó el autor; mientras que en la accesoriedad cuantitativa, el partícipe responde en la medida en que el comportamiento del autor pone en peligro o destruye el bien jurídico.

Frente a este punto, *la accesoriedad*, vista desde las cuatro formas tomadas en cuenta por Mayer, fueron:

Mínima: Conducta mínima del autor y el partícipe responde. Quiere decir lo anterior que si hay un reconocimiento de alguna causal de ausencia de responsabilidad para el autor, no se descarta la responsabilidad para el partícipe (se incluye solo la tipicidad).

Limitada: Su estructura es adversa a la anterior forma de accesoriedad pero además de incluirse la dependencia de la tipicidad se incluye también la dependencia de la antijuridicidad.

Extrema: En ella se incluye la evaluación completa de las categorías dogmáticas que componen la estructura del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Hiper-Extrema: En esta forma de accesoriedad, la novedad es que su exclusión llega hasta la evaluación de punibilidad para el cómplice o el determinador (calidades especiales del autor, circunstancias de modo, tiempo y lugar, atenuantes, agravantes, etc.).

Desde la nueva legislación penal, en la figura de la autoría se estableció una norma denominada "*El actuar por otro*", la cual es una forma mediante la que se pueden realizar todas las otras formas de autoría; esta no es una forma que se suma a las otras tres (la directa, mediata y coautoría), sino que a través del actuar por otro donde se logra la realización de una conducta por parte de una persona que no tiene la calificación exigida en el tipo penal para ser autor de un delito especial pero que por razón de la cláusula general (adecuado manejo del dispositivo amplificador del tipo), que está consignada en el inciso 3° del artículo 29 del Código Penal colombiano, esa persona debe ser considerada autor de un delito especial, no obstante que no tiene la calidad exigida por el respectivo tipo.

Cuando se habla de los delitos de dominio, delitos comunes, de infracción de deber o delitos especiales se entiende que estos no pueden ser realizados por cualquier persona sino que la ley va señalando ciertas calidades, de modo que solamente puede ser autor de ese delito la persona que reúna la calidad exigida por el respectivo tipo penal; en caso contrario, de no reunir esas calidades, pasa a ser partícipe, en sus modalidades como determinador o cómplice (según el caso) pero de ninguna manera pasará a ser autor en alguna de sus modalidades.

A partir de un análisis histórico, recordemos cómo para el Código Penal de 1980 (Decreto-Ley 100), el artículo 23 definía la figura de la *autoría* bajo el epígrafe de: "*el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo*", de manera que no tenía este estatuto penal definida la figura completa de la autoría, presentando grandes deficiencias que con posterioridad a la ley serían reafirmadas. En el mismo estatuto el artículo 24 definía las figuras de *la participación* y *la complicidad*, como aquellas contribuciones que se hacen al delito antes, durante y después de la realización de la conducta punible, de modo que la contribución que se haga con posterioridad a la realización del punible debía ser efectivamente aportada para que pudiéramos hablar de la participación en el delito y no por el contrario, hablar de la existencia de un delito autónomo como lo podría ser para el ilícito del encubrimiento; finalizaba en su artículo 25 con la definición de la muy conocida figura de la comunicabilidad de circunstancias.

Lo cierto es que la legislación de 1980 era bastante deficiente en la regulación de la figura de la autoría, dado que no regulaba las distintas formas de ella y obviamente esto dio lugar a la crítica de la doctrina nacional manifestando que esa deficiencia necesariamente debía llevar a la impunidad de algunos comportamientos, pero la Corte Suprema de Justicia, optó en un momento por llenar esa laguna decidiendo: "*que sí había Autoría a través de la figura*

de la Coautoría”, echando con esta postura por la borda el Principio de Legalidad.

Hoy, un buen ejemplo para la aplicación de la norma lo constituiría la solución para la figura típica del *alzamiento de bienes*, en donde la conducta no la realiza el deudor directamente sino mediante otra persona la cual asume su representación; la respuesta para el Código Penal de 1980 es que no se podría adecuar tal comportamiento, porque se estaba frente a un delito especial y este solo lo puede realizar la persona que tenga la calidad exigida por el tipo penal (deudor). En estas condiciones, de igual forma, se resuelve el fenómeno jurídico para el delito de *abuso de confianza*, el cual es un delito especial, que exige que la persona sea mera tenedora, o sea que haya recibido la cosa mediante un título no traslativo de dominio (contacto locativo material, que es el caso del mensajero a quien se confía el pago de un recibo o factura).

Por los mismos motivos, no cualquier persona puede ser autora del delito de alzamiento de bienes; la única que puede ser autora de la figura típica, es la que ostenta la calidad de deudora, nadie más. Otra persona podrá contribuir al delito de alzamiento de bienes o sea que podrá ser partícipe, cómplice o determinador del delito de este injusto típico, pero no podrá ser jamás, por más que se quiera, *autora* de delito porque no tiene las calidades exigidas por el tipo para serlo autor.

En un caso donde el deudor es el representante de una sociedad, se entiende que una es la persona del representante legal y otra es la persona jurídica o natural que esté representando. Una es el representante y otra el representado, de modo que no se puede confundir la persona del representante con la persona del representado. En el caso del representante (del deudor), éste puede realizar la conducta (desarrollo del verbo rector o nuclear del tipo penal) que estaba descrita en el injusto de alzamiento de bienes, pero no tiene la calidad exigida por el tipo penal, aunque con su comportamiento impida que se lleve a cabo el ejercicio de la medida cautelar en perjuicio del acreedor.

En el Código Penal de 1980, no existía una cláusula general que permitiera considerar como autor de un delito especial a la persona que no tuviese la calidad exigida por el respectivo tipo, pero que actuaba en representación de una persona natural o jurídica, de modo que en ese Código esta conducta hubiere sido atípica.

Esta teoría del *Actuar en nombre de otro*, se caracteriza porque una persona actúa en representación de otra que puede ser natural o jurídica y que obviamente no tiene las calidades exigidas por el correspondiente tipo especial y

la ley penal puede considerar que esa persona que no tiene las calidades exigidas por el tipo penal pero que actúa en nombre y representación como administrador, miembro u órgano de representación autorizado o de hecho, de otra natural o jurídica pueda ser considerada autor. La gran diferencia entre los dos estatutos penales (Código Penal de 1980 / Código Penal del 2000), es que al interior del estatuto punitivo de 1980 no se estableció nada sobre la problemática de la accesoriedad y por consiguiente la conducta resultaba atípica, toda vez que no se definía este fenómeno jurídico como sí lo hace la ley del 2000. Entonces, a pesar de que en principio esa persona no puede ser autora (por no ostentar las calidades exigidas por el tipo), la ley actual, en razones de política criminal (posterior al análisis en derecho comparado), ha introducido una ficción jurídica que permite resolver la problemática en el sentido de vincular a ésta como responsable en calidad de autora para no generar un vacío de responsabilidad criminal, es decir, una persona común u ordinaria por el hecho de haber actuado en representación de otra (que sí tiene la calidad) y haber desarrollado la conducta de un tipo especial, se deberá considerar como autora y por consiguiente recibir la misma sanción del tipo¹.

La figura del interviniente

Para hablar de la figura del interviniente es necesario que exista y se hable de la figura del autor, ya que el interviniente es una forma de participación. Este es un partícipe que no teniendo la calidad exigida por el respectivo tipo penal, actúa como cómplice o como determinador, y este no podrá ser autor a pesar de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia (en una decisión bastante censurada) con ponencia del magistrado Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, donde expresa que el interviniente puede ser un autor y no. En principio dejemos claro que el interviniente no puede ser por más que se quiera autor, él es un partícipe y decir lo contrario sería aceptar y tomar partido de un concepto Unitario de Autor, el cual al interior del actual Código Penal colombiano definitivamente se desecha y más bien se acepta un concepto diferenciador de autor².

¹ Conforme a un concepto restrictivo de autor, la gran dificultad está en tratar de explicar no solamente la participación en coautoría, sino la autoría mediata, y decíamos que no podíamos transarnos frente al Código Penal de los 80's, considerando como autor a la persona que utilizaba a otra como instrumento, porque pudiera afirmarse que se trata de una persona que realiza la conducta no importa que no lo haga de manera personal o directa, sino que utilice a alguien como instrumento.

² El Dr. Suárez, considera que la única deficiencia que podíamos tener en esta materia en el Código Penal del 2000 es que no hubiese señalado la figura del cooperador necesario. ya que con la ausencia de esta figura hace que se conviertan en *coautores* a personas que simplemente serían *cómplices* con el argumento de que hacen un aporte importante en la parte ejecutiva.

Las consecuencias de tomar partido por un concepto diferenciador de autor o no, consisten en que el concepto de participación debe entenderse como un concepto de referencia y obviamente no como un concepto autónomo. Esto significa que para que se pueda hablar de la existencia de un partícipe necesariamente tiene que haber existido previamente un autor; es impensable en un concepto diferenciador, que una persona es partícipe si no existe un autor, porque la participación es accesoria a la autoría. Ello quiere decir que se depende de otro personaje que es autónomo, independiente, principal llamado *autor*³.

Se llega con lo anterior a la conclusión de que frente a los delitos especiales solo puede ser autor la persona que tiene las características exigidas por el respectivo tipo penal, ante lo cual la ley colombiana, al adoptar la cláusula del actuar por otro, ha resuelto esos vacíos y esas lagunas de punibilidad (presentadas en la legislación anterior), para tener como autor a una persona que actúa en representación de otra, y especialmente cuando actúa en representación de una persona jurídica, reconociendo el principio *societas delinquere non potest* (las sociedades de personas jurídicas no responden penalmente). Si la persona jurídica respondiera en el caso del alzamiento de bienes, la natural que la representa sería sin dudas autora del delito, pero si no tuviéramos la cláusula del actuar por otro al interior de nuestra actual jurisdicción el representante legal sería simplemente cómplice de la persona jurídica⁴.

Cláusula del Actuar por otro

A través de la cláusula del “Actuar en lugar de otro”, no se busca atacar o defender el principio *societas delinquere non potest*, si no evitar la despersonalización ante el derecho penal de quienes actúan en su nombre y representación, por las siguientes razones:

Realización de la conducta descrita en el tipo penal.
Actuación como representante de otra persona.
Disociación de los elementos estructurales del tipo (persona jurídica y persona natural).

Nuevamente cabe advertir que para el Decreto – Ley 100 de 1980, se había optado por un concepto restrictivo de autor de acuerdo con la teoría objetivo-formal (y no la objetivo material)⁵; criterios estos que desde la teoría

permitían formar un concepto más restrictivo, toda vez que solamente se tenían como autor a las personas que realizaban el hecho, de acuerdo con la conducta que estaba descrita en el respectivo tipo penal. Justamente para determinar cuándo la persona realizaba el hecho, se señalaba que podían darse las siguientes situaciones:

A. La primera tesis sostenía que se realizaba el hecho cuando obviamente en caso de acción única se cumplía con la acción que estaba señalada en el tipo penal (como matar en el homicidio), pero había dificultad en solución para aquellos casos en los cuales para la realización de una conducta delictiva había que realizar dos o más conductas, como en el caso por ejemplo que se citaba a manera de ejemplo del hurto calificado, donde se señalaba que hay dos conductas: de un lado, la aplicación de violencia y, del otro, la conducta del apoderamiento de la cosa mueble ajena; entonces se decía que cuando se presenta esta pluralidad de conductas hay una dificultad, como en el caso de la violación sexual donde se realizan dos conductas (de un lado la aplicación de violencia y de otro la conducta del acceso carnal).

Frente a esto se decía que existían las siguientes soluciones:

Una tesis sostiene que hay autoría cuando se realiza la conducta nuclear, en el caso de quien sujeta a otro para que lo roben, pues solo sería cómplice del delito de hurto calificado, toda vez que éste solo sujeta pero no se apodera de la cosa mueble. Además, con ello no se realiza la conducta nuclear; igual sucede en la violación, donde el que sujeta a la víctima es cómplice de quien accede.

En otra tesis no se requiere la realización de la conducta nuclear sino la realización de cualquier acción típica, lo que nos llevaría a concluir que son autores para el hurto y para el acceso carnal tanto los que sujetan como el que hurta o el que accede.

Estos eran los vacíos a la luz del Código Penal de 1980, porque allí se establecía que era *autor* quien realizara la conducta punible o determinara a otro; además, no regulaba de ninguna manera la coautoría, vacíos que se señalaban en aquella oportunidad, y que llevaba a concluir que estábamos frente a un concepto de autor restrictivo. Para los efectos de la coautoría, podía, en el mejor de los casos para lograr una justicia material, considerar como autor a quien realiza cualquiera de las conductas descritas en los distintos tipos (principal o básico), como en los tipos secundarios de agravación o atenuación.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*. Barcelona, PPU, 1991 pp. 259 y ss.

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Ibidem*.

⁵ “Debe añadirse que esta concepción – lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad- se denomina “objetiva” sin razón; ¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo final, después tan acentuado! (...) además, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito. En tanto que consigue captar

acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho”: ROXIN. *Autoría*, cit., p. 53.

Se debe destacar que, conforme a un concepto restrictivo de autor, existe gran dificultad para explicar no solamente la coautoría sino además la autoría mediata; también se argumentó que no podíamos transarnos frente al Código de los 80's, considerando como autor a la persona que utilizaba a otra como instrumento, porque pudiera afirmarse que se trata de una persona que realiza la conducta sin importar que no la desarrolle de manera personal o directa, sino utilizando a alguien como instrumento. Este Código no contaba, con la cláusula general del "Actuar por otro".

Ya en el Código Penal del 2000 la situación, por fortuna, cambia y lo hace porque realmente el concepto de "Concurso de personas", está suficientemente regulado por el legislador de una manera casi que completa.

En el Código Penal del 2000, pues obviamente se tiene a la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata (artículo 29 C.P.). Esta se presenta con estructuras de poder organizado pues la persona que está delante va a ser considerada como autora, los mismo que las personas que se encierran detrás de esa persona.

La figura de la *autoría mediata* (Roxin habló en su momento del dominio de la voluntad; hoy hablamos del dominio del proceso causal)⁶, presenta en desarrollo cuatro situaciones, que son:

- a) La *autoría mediata* a través del aprovechamiento del error (*La enfermera con la inyección*).
- b) La *autoría mediata* a través de la coacción (*El secuestro del hijo*).
- c) La *autoría mediata* a través de la utilización de niños o inimputables (*Valiéndose del celo típico o del débil mental*).
- d) La *Autoría Mediata* a través de las estructuras de poder organizado (sería el caso del jefe de una organización paramilitar o guerrillera que toma la decisión de matar a una persona, entendiéndose que la orden viene dándose desde los altos mandos, hasta llegar sobre quién habrá de ejecutarla). Aquí quien ejecuta finalmente la conducta delictiva es autor directo y los anteriores serán reconocidos responsables como autores mediatos. En las estructuras de poder organizado existe una estructura de poder jerarquizada (o sea

⁶ Para ROXIN, Autor es "aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada para siempre jamás; cómplice, aquel que omitiendo su acción, solo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido, en cuanto a momento y circunstancias de detalle, tal como se cometió": *ibid.*, p. 57.

que las órdenes que se dan arriba de modo necesario deben ser cumplidas abajo) y porque existe una fungibilidad del instrumento.

¿Qué pasa con la figura de la coautoría? Esa ausencia de regulación frente al Código Penal de 1980 se suple, ya de cara al Código Penal del 2000, dado que encontramos definido de manera clara el concepto de autor, sin embargo se presenta un vacío en la ley porque nos habla de que para que haya reconocimiento de coautoría se requiere en análisis: la división de trabajo, el acuerdo común y la importancia del aporte. En este momento se había dado un vacío, y no se sabía en qué momento debería darse el aporte, si tenía que ser en la fase ejecutiva al delito o en las fases previas a esta⁷.

Recordemos que los elementos en la coautoría de la que nos hablaba el maestro Alemán Roxin, se refieren a: 1. El plan común – 2. La realización de un aporte esencial – 3. La realización en la fase ejecutiva.

Una tesis derrotada en España sostenía que podía hablarse de la coautoría en aquellos eventos en los cuales el aporte era prestado con anterioridad a la ejecución del hecho, pero que, en el momento de la ejecución del hecho el aporte se debía actualizar. Si se habla de una actualización del aporte, pues tendríamos que llegar a la conclusión de que todo aporte que se haga con antelación a la realización del hecho sería coautoría (siempre y cuando hayan sido acordados de manera previa), y esto no es cierto.

Por eso es que un sector mayoritario de la *doctrina española*, considera que cuando una persona sujeta a otra, para que un tercero la apuñale no puede ser considerada coautora del delito de homicidio o lesiones personales; tampoco la persona que vigila puede ser considerada como coautora, porque sencillamente no realiza acciones ejecutivas, estas prestan simplemente una contribución en el momento de la realización del hecho y otra es la prestar una contribución ejecutiva⁸. Se confunden la realización en la parte ejecutiva con la contribución en la parte ejecutiva (no toda contribución en la fase ejecutiva es realización del hecho).

Si se quiere ser respetuosos del *principio de legalidad*, no podemos considerar en nuestra legislación como coautor al famoso campanero, loro o mosca; que simplemente es

⁷ La Corte Suprema sostuvo que debía darse el aporte en la fase ejecutiva; M.P. Álvaro Pérez Pinzón). Seis (6) Meses después la Corte Suprema cambia su posición y dice (M.P. Galán Castellanos): "*Puede haber Coautoría en aquellos eventos en los que se den Fases Previas a la Ejecutiva*".

⁸ JESCHEK sostiene que para fundamentar de manera convincente la esencia de la autoría y delimitar con acierto la autoría de la participación, es necesaria una síntesis de las teorías objetivas y subjetivas donde se logra la teoría del dominio del hecho iniciada por LOBE e impulsada por ROXIN.

un verdadero cómplice; pero Roxin no vacilaría en denominarlo coautor.

Podría pensarse, como anuncia Mir Puig: “A mi juicio, solo son autores aquellos causantes del hecho imputables a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito”⁹.

Ahí está el gran vacío de la legislación colombiana, toda vez que no se tiene en esta legislación la figura del “Cooperador necesario” (estos sujetos no son considerados coautores, pero si se les aplica para los casos la misma pena del autor). Por ello, en estricto sentido Gimbernart ha señalado que solo es autor “aquel cuya conducta es subsumible, sin más en el tipo de la parte especial”¹⁰ (acudiendo a un criterio material, como lo es el del dominio del hecho).

El actuar por otro

Se ha dicho que en Código Penal de 1980, no existía la figura del actuar por otro, y mucho menos obviamente para el Código Penal del 1936. Solamente en solución teníamos unas figuras especiales para aquellos casos en los cuales, una persona obviamente estando facultada para ello recaudaba tasas o contribuciones y se quedaba con el valor de esas tasas o contribuciones; para ellos, si no existiera la cláusula del actuar por otro, no sería penalmente responsable y por ello se crean unas cláusulas especiales en vigencia del Código Penal de 1980, pero no al interior del código, sino en *Para-Tipos*, o sea dos leyes especiales; pero no había una cláusula general.

Si se mira el ejemplo de una persona que siendo representante legal de una empresa, falsifica un pagaré para poder inducir en error a una entidad crediticia, efectivamente se dirige al banco y aquel le desembolsa el crédito, posteriormente se establece que el pagaré era falso y por consiguiente estamos en un delito contra la fe pública y otro contra el patrimonio económico.

¿Cómo se resolvería el caso anterior si no existiera la cláusula del actuar por otro? La regla de oro de la cláusula del actuar por otro, es que opera única y exclusivamente en los delitos especiales. En el caso anterior responderían de todos modos porque los delitos son comunes, aunque no aplica la cláusula del actuar por otro.

Fines de la cláusula del actuar por otro

1. Estructurar una técnica de imputación del delito especial (*Extraneus*- se busca hacer responsable de un

delito especial a quien no tiene la calidad exigida por el tipo)¹¹.

Analícese el ejemplo de un particular que determina a un servidor público (fiscal o juez) para que tome una decisión manifiestamente contraria a la ley al momento de motivar su decisión, y así lo hace el fiscal o el juez según el caso; no hay ninguna duda que ese fiscal o ese juez viene a ser autor del delito de prevaricato por acción. ¿Qué pasa con la persona que está detrás? vendría a ser un partícipe (en la modalidad de determinador del delito).

En otro ejemplo, el tesorero (determinador) de una empresa del estado se quiere apoderar de unos bienes (del tesoro del estado) y para hacerlo le pide ayuda un amigo (complicidad) para que después de sacar el dinero, lo oculte por medio de consignaciones en su cuenta corriente y el tesorero con posterioridad a ello disponga de los bienes.

En el anterior ejemplo, el tesorero con su amigo, realizan todo el trabajo de sacar el dinero y esconderlo, y surgirían las preguntas: ¿estamos frente a un delito contra el patrimonio económico o contra la administración pública? No hay ninguna duda que estamos frente a un delito contra la administración pública. ¿Ambos son autores del delito de peculado por apropiación? Obvio que no pueden ser los dos autores del delito de peculado por apropiación, porque el *extraneus* no puede ser autor de ese delito.

El representante y el representado pueden responder por coautoría, cuando se habla de la aplicación de la cláusula del actuar por otro; de modo necesario el representado va a responder penalmente, los dos pueden realizar la conducta por ejemplo: una persona es el representante legal de otra persona natural (comerciante – deudora), y decide alzarse con sus bienes para impedir que los bancos lo persigan; entre los dos realizan la conducta delictiva¹². El representado y el representante son autores del delito de alzamiento de bienes (la cláusula del actuar por otro no exime de responsabilidad al representado – además el representante no siempre es autor; hay casos en los que el representante podrá ser partícipe).

2. El representante no va a responder penalmente siempre como autor; en ocasiones podrá ser también partícipe.
3. El representado puede ser autor.
4. El *extraneus* es tenido como un *intraneus*.

¹¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La autoría, cit., p 434 – 442.

¹² Afirma el maestro SUÁREZ SÁNCHEZ: “Si el representado y el representante actúan no puede afirmarse que este no responde penalmente ni que lo hace como partícipe, salvo que haya llevado a cabo solo actos de participación y no de autoría”. La autoría, cit., p 448.

⁹ MIR PUIG. Derecho penal. Parte general, cit., p. 365.

¹⁰ GIMBERNART ORDEIG. Autor y cómplice, cit., p. 219.

Hay que tener en cuenta que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción penal (voluntaria y final) y por ende no tiene capacidad de culpabilidad (capacidad de motivación frente a la amenaza de la norma – no se les puede hacer un juicio de reproche).

Posibles soluciones del actuar por otro¹³.

Cuando una persona actúa en representación de otra y realiza un comportamiento que daría lugar a la tipificación de un delito especial, hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

1. Considerar al *extraneus* como representante.
2. Si existen cláusulas particulares, aplicarlas a todos los delitos penales (Artículo 22 de la Ley 383 de 1997 – Artículo 125 de la Ley 488 de 1988 – cláusulas especiales).
3. Crear cláusulas particulares (invitaría al legislador a que en cada tipo penal señale la respectiva cláusula).
4. Crear cláusula general (para todos los delitos especiales – aunque en algunos delitos especiales no aplica la cláusula del actuar por otro).

Naturaleza jurídica de la cláusula del actuar por otro

Hay una autonomía de la cláusula del actuar por otro (no es una figura accesoria – no es una figura de participación). Se da sin que dependa de otro; tampoco es una forma de autoría más.

El Artículo 29 de la ley penal llama al error o al equívoco de creer que es otra forma de autoría más, cuando expresamente señala: “también es autor quien actúa como miembro”, y no, esta es una forma mediante la cual se puede ser autor directo, mediato o coautor.

Artículos que son delitos especiales en el Código Penal de 2000

Art. 309. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales (solo la persona natural o jurídica que tenga o sea titular de los deberes constitucionales o legales).

Art. 248. Emisión y transferencia ilegal de cheque (debe ser el titular de una cuenta corriente, tiene que ser él cuenta corrientista).

Art. 454. Fraude a resolución judicial (aquí se impone un compromiso tanto a una persona natural y también puede ser a una persona jurídica, y el representante legal de esa persona jurídica en un momento dado hace que la persona jurídica se sustraiga del cumplimiento de la obligación que le ha sido impuesta mediante resolución judicial).

Art. 249. Abuso de confianza (solo lo podrá ser la persona que tiene la condición de mero tenedor, ósea la persona que recibió la cosa mediante un título no traslativo de dominio).

Art. 305. Usura (debe ser una persona que preste dinero o que haya vendido bienes o servicios a plazos y esa es la conclusión para decir que es un delito también especial).

Art. 311. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (puede ser una persona jurídica o natural, solo lo puede cometer quien tenga la calidad de deudor de ese crédito oficialmente regulado).

La aplicación de la cláusula en los delitos de Infracción de Deber

Operan especialmente en Alemania, en donde, por ejemplo, a los administradores se les imponen ciertos deberes especiales y para saber si la persona es detentadora de un deber especial legal, hay que ir especialmente a la normatividad, en este caso civil o comercial. Aquí solo es autor de ellos la persona que infringe un deber especial legal, que no es obviamente lo que ocurre en los delitos especiales. Aquí mismo está la calificación exigida por el tipo para el autor.

Se ha dicho doctrinalmente que los delitos contra la administración pública tales como los de peculado, cohecho, prevaricato, etc.; son de “Infracción de deber” y se reconoce legalmente que estos no son de infracción de deber. El deber del servidor público de no prevaricar, de no apropiarse de los bienes sobre los cuales tiene una relación funcional, de no recibir una dádiva, ¿de dónde deviene? Emanan de la misma ley, no es un deber legal extrapenal.

Para saber cuáles son los deberes de los administradores ¿qué tenemos que hacer? Como hemos enunciado en anteriores líneas, necesariamente tenemos que remitirnos a la normatividad comercial o civil según el caso, que es la encargada de regular cuáles son los deberes particulares en la actividad de los administradores.

Se habla del delito de infracción del deber, porque esa persona del administrador tiene un deber especial que le ha sido señalado por la Ley, y es por eso, que se llama

¹³ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La autoría, cit., p 445 – 447.

infracción de deberes legales, los cuales hay que destacar son extrapenales¹⁴.

Imagínese un administrador en Alemania, se va para América y desde allá llama a una persona y le da instrucciones de la forma como este puede apropiarse de bienes de la empresa, respecto de la cual él es administrador; y el hombre que está en Alemania se apropia de unos bienes. ¿Frente a qué delito estamos? Roxin no tiene dudas en señalar que estamos frente a un delito de infracción de deber, porque el administrador tiene un deber de lealtad para con la empresa y tiene un deber especial de custodia y de vigilancia respecto de esos bienes que le han sido confiados a título de administración. Cuando ese administrador llama a Alemania, donde se encuentra el amigo suyo, pues el delito que se ha cometido es el delito en el cual puede incurrir el administrador, a pesar de que realmente el administrador no ha cumplido el acto de apropiación, basta simplemente con infringir un deber para que la persona sea autor.

La autoría se da de dos maneras: en primer lugar la autoría como dominio del hecho en los delitos comunes y de otro lado la infracción de deber en los delitos de infracción de deber.

Por eso, cuando se enfrenta un delito de infracción de deber, lo único importante para poder determinar si la persona es autora o no, es constatar que ha infringido o no el deber. Si infringe el deber especial por ese solo hecho, con independencia de la clase de conducta que desarrolle y con independencia de la causalidad que le imprima a la realización del hecho, es considerado autor.

De modo que en el ejemplo mencionado, ese administrador en Alemania es considerado autor, aunque la pregunta sea: ¿cómo puede ser autora, si esa persona no se ha apropiado de los bienes? porque ha infringido un deber especial, mientras que la persona radicada en Alemania viene a ser simplemente un partícipe o instrumento doloso no cualificado (el cual responde como un cómplice o instrumento en la figura de la autoría mediata).

La aplicación de la clausula en los Delitos Especiales

Un tipo penal especial puede ser además en blanco por la remisión a materia civil o comercial, para saber cuál es el alcance de la obligación constitucional o legal; también hay tipos penales comunes que son tipos penales en blanco. Los delitos contra el orden económico y social, generalmente son tipos penales en blanco (acaparamiento y especulación).

Hay normas penales en blanco propiamente dicha y normas penales en blanco no propiamente dichas (los vacíos que tiene la ley son llenados a través de actos administrativos).

En la figura del instrumento doloso no cualificado ¿hay o no autoría? (autoría en los delitos especiales). La Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en una oportunidad, cuando se refirió al interviniente no cualificado, de manera escueta, hizo la afirmación de que en Colombia operaba la teoría de los delitos de infracciones de deber. Obviamente que la Corte incurrió en un error porque confundió delitos especiales con delitos de infracción de deber. Hizo afirmaciones indistintas y creyó erróneamente que los delitos de infracción de deber son delitos especiales y que él interviniente no cualificado puede llegar a ser autor.

¿Cómo se da la autoría en los delitos especiales? Si se parte de la teoría del dominio del hecho, no tenemos que aplicar la teoría de los delitos de infracción de deber; la persona, para que tenga el dominio del hecho, no es suficiente que decida el si y el cómo de la realización típica, sino que además, cuando se trata de delitos especiales, tenga la especial cualificación exigida por el respectivo tipo penal.

Para que una persona sea autora de un delito de peculado por apropiación en Colombia, se requiere que esa persona decida el si y el cómo, y que tenga el dominio del hecho desde el punto de vista de que en un momento dado tenga la determinación objetiva y positiva del hecho.

Ilustrando con un caso, tomemos el artículo 261 “*Usurpación de Tierras*”. Pensemos que hay dos predios uno A y otro B, el dueño del predio A es el Señor X y el mismo señor X busca a dos personas que son el señor 1 y el señor 2, para que estas personas corran los linderos del predio de A usurpando las tierras del predio B. Hay dos situaciones, la primera es que los señores 1 y 2 van y corren la cerca y la segunda es que el señor X junto con los señores 1 y 2 realizan la conducta.

La solución para la primera situación es: si 1 y 2 no saben lo que harán entonces responden por autoría mediata; pero si 1 y 2 si saben (no pueden responder a título de autores toda vez que no se apropian por no ser dueños en todo o en parte del bien). Aquí lo que hay es una disociación de los elementos del tipo, porque la conducta del señor X es atípica (Código de 1980), y lo es porque no realizó la conducta descrita en el tipo penal y no podemos decir que X es *Determinador* porque no hay existencia del partícipe sin que lo anteceda la existencia del Autor.

Si 1 y 2 son representantes de X y van los tres y hacen la conducta aquí sí se presentaría la figura de la coautoría.

¹⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La autoría, cit., p 491 – 508.

Si X va con 1 y 2 a destruir los predios pues X es autor y 1 y 2 son cómplices del delito de “*Usurpación de Tierras*”, serían coautores en el caso de tratarse de un daño en bien ajeno (concurso aparente de tipos).

Para el caso anterior ¿puede darse el reconocimiento de la cláusula del actuar por otro? Pensemos lo siguiente: el señor X es el dueño de este terreno, y se ha ido a viajar a Europa, dejando como representantes a 1 y a 2 y un día dicen estos últimos: “*mira ese terreno, se ve muy abandonado*”. Entonces deciden correr las cercas y cuando llega el señor X le dicen que tiene más terreno. El delito de usurpación de tierras, ¿lo puede cometer cualquier persona a título de autor? No, eso indica que en el fondo son o hay tendencias egoístas reconocidas en el tipo.

La cláusula del actuar por otro no implica la aplicación de un concepto unitario de autor (o sea que todas las personas que intervienen en la realización del hecho son autores, basta simplemente un aporte causal); significa que por el hecho que intervenga en la realización del hecho el representado (quien tiene la calidad exigida por el tipo penal), de modo necesario sea autor porque realiza un aporte causal. Será más bien por consiguiente partícipe (de un lado del representado y de otro lado del representante).

Si todos realizan la misma conducta no hay coautoría, lo que habría es una pluri autoría, (todos tomaron el alambre e hicieron lo mismo). La característica de la coautoría es la imputación recíproca de las imputaciones (lo que hace 1 se le comunica a 2 y a X y así de forma consecutiva).

Por el contrario, la autoría (concepto autónomo) es realizar acción típica, por sí solo o en conjunto, pero todos realizan acción típica.

Entonces 1 y 2 ¿pueden ser autores de ese delito? Toda vez que se presente la disociación de los elementos del tipo y luego se aplicará la cláusula del actuar por otro, considerando que todos los elementos del tipo penal se encuentran en quien no tiene la calidad exigida por este, pero aún así realiza la conducta.

Delitos no susceptibles del actuar por otro

Hay delitos especiales sobre los cuales no puede aplicarse la cláusula del actuar por otro, como lo son, entre otros:

- a) Los delitos realizados por encargo o interés de otro (toda vez que estaríamos aplicando un concepto extensivo de autor y reviviendo las teorías subjetivas que consideraba la ley anterior y no la actual).
- b) Cuando el tipo penal exija una calidad de administrador, representante, directivo, etc.; como un elemento

específico de la autoría en el delito especial (ejemplo: artículo 258 C.P.).

- c) Los delitos de funcionarios públicos, no puede operar esta cláusula del actuar por otro (ejemplo: un funcionario de correo en España es funcionario público, por alguna circunstancia algún día no puede salir a repartir el correo; llama a un amigo para que distribuya el correo y abre la carta de un vecino que a él le gustaría leerla).
- d) El delito de espionaje aunque se señala la condición de la persona, no estamos frente a un caso en donde pueda aplicar la cláusula del actuar por otro.

Elementos de la cláusula del actuar por otro

1. Realización de una conducta típica de un delito específico.
2. Puede ser por acción o por omisión.
3. Delitos especiales propios e impropios; tanto para los delitos como para las contravenciones penales (artículo 19 del C.P.).
4. Disociación personal de los elementos del tipo, en razón a que los elementos no están en la misma persona (del representante y el representado).
5. Realización como representante. Si el representante contrata a otro, desde luego que este otro no es el representante y no puede darse el delito.
6. La equivalencia del actuar la da el dominio del hecho o de protección del bien jurídico, que en un momento dado y que de manera voluntaria ha asumido el representante legal (*Extranets – Intranets*).

Anotación final

La pretensión de la anterior exposición fue realizar una evaluación crítica al tratamiento político criminal en los temas de autoría y las exigencias que frente a la cláusula del *Actuar por otro* se han realizado al interior de la doctrina y la jurisprudencia, de acuerdo con las inferencias constitucionales del derecho penal moderno.

La legislación actual en materia penal consagra la concurrencia al realizar la conducta de los denominados autores y partícipes, con lo cual acoge para diferenciarlos en un concepto restringido de autor.

En efecto, se estipula en los artículos 28 y 29 del C.P.:

Artículo 28. Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

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.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

Este tipo de soluciones político criminales dadas por el legislador, enfocado en doctrina alemana y española sobre el conflicto en el actuar por otro, se relaciona con la distinción que se hace, al igual que en derecho comparado, entre algunos delitos, como son los comunes, los especiales, de dominio o de infracción de deber, entre otros:

- A. **Delitos Comunes.** El tipo penal no exige cualificación alguna par ser autor de la conducta nuclear del tipo penal.
- B. **Delitos Especiales.** Aquello que única y exclusivamente, pueden ser cometidos por personas determinadas, o en los que el autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecida.
- C. **Delitos De Dominio.** Es autor única y exclusivamente, aquel que tiene el dominio del hecho; por el contrario, quien no lo tenga será partícipe.

D. Delitos De Infracción De Deber. Se caracterizan porque lo esencial para la configuración de la autoría es el incumplimiento, la no observancia de un deber especial que vincula únicamente a un determinado grupo de personas, quienes están obligadas de manera especial a la protección de un bien jurídico, respecto del cual se encuentran en posición de garantía.

En la teoría de Roxin (reafirmada Por muchos autores), la fungibilidad del autor ¹⁵material es elemento *sine qua non* de la explicación en su teoría; el maestro de la Universidad de Munich, distingue así tres formas de dominio del hecho¹⁵.

Por el dominio de la acción (*autor material – directo – inmediato*).

Por el dominio de la voluntad (*autor mediato*).

Por el dominio funcional (*coautor*).

El dominio del hecho por dominio de la voluntad puede darse a su vez:

Mediante utilización de un sujeto no libre (Coacción).

Utilizando un ejecutor material que obra por error (Error).

Utilizando la superioridad derivada de elementos síquicos o intelectuales (Sobre inimputables).

Cuando el sujeto opera con auxilio del poder superior de un aparato organizado que tiene dominando el curso del suceso (Dominio por organización).

Por último, hay que advertir que en forma positiva se ha dado un avance que logra mutar satisfactoriamente el análisis del *animus* en la actuación del injusto y materializa así la visión contraria a impunidad en pretensiones para el legislador del 2000, con la adaptación de tales formas de participación criminal; dejando con ello claro que no se podrá en análisis de la cláusula del actuar por otro analizarse o considerarse elementos de la autoría que tengan carácter de personalísimos.

¹⁵ Roxin, Claus. *Autoría*, cit., pp. 149 y ss.



Referencias

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. 1991. *La autoría en derecho penal*. Barcelona, PPU.
- GARCÍA CAVERO, Percy. 2007. *En Derecho Penal Económico: Parte Especial*, Lima: Grijley.
- GIMBERNART ORDEING, Enrique. 1996. *Autor y cómplice en el derecho penal*. Universidad de Madrid.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge. 2002. *Lecciones de derecho penal*. Parte general, Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, Gunther. 1997. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), 2ª Ed., Madrid, Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther. 1994. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. 1996. *Introducción a la imputación objetiva*, Colección de Estudios No. 5, Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia,
- MAURACH, Reinhart. 1962. *Tratado de derecho penal*. Barcelona, Ariel.
- MAZUELOS COELLO, Julio. 2002. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ara Editores.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. 2004. *Código Penal Comentado: Actuar en lugar de otro*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. 1991. *La autoría en derecho penal*. Barcelona, PPU.
- MIR PUIG, Santiago. 2002. *Derecho penal. Parte general*, 6ª Ed., Barcelona.
- ROXIN, Claus 1998. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, J. 2002. *Delitos de infracción de deber y participación omisiva*. Madrid, Marcial Pons.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. 2007. *La autoría*. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.
- URBANO MARTÍNEZ, José. 2004. "Autoría y participación. Balance jurisprudencial", en *Derecho Penal y Criminología*, No. 75, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.
- VARIOS, Autores. 2002. *Lecciones de derecho penal parte general*. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. 2006. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, D.C., Temis.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1982. *Tratado de derecho penal*. Vol. Iv, Buenos Aires, Edair.