

## **LA NUEVA PERSPECTIVA DEL ACTUAR POR OTRO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**Por: José Carlos Mallma Soto<sup>1</sup>**

Nuestro Código Penal vigente regula en su art. 27° el actuar por otro o también denominado el actuar en lugar de otro, que es un fórmula implementada por la dogmática penal a fin de extender la punibilidad en los delitos especiales a aquellas personas que no tiene la calidad especial de agente que exige el tipo penal, pero sin embargo realizan la conducta típica y poseen el dominio del hecho. Esta figura surge en el siglo XX en la década del setenta de la mano del art. 50.a) del anterior Código Penal alemán, posteriormente es introducida en el Código Penal español en su art. 15° a través de la reforma de 1983, recogido por nuestro ordenamiento penal de dicho catalogo punitivo.

En sus inicios está figura fue concebida en su aplicación restringida, destinado únicamente sancionar los delitos cometidos por los representantes de las personas jurídicas, partiendo de la idea eliminar las lagunas de impunidad que generaba la tipicidad de determinados delitos, en el que se exigía una calidad especial de sujeto activo en cuyos caracteres no encuadraba el representante. Vg. Tal es caso del Art. 272° del CP. peruano, quien reprime el delito de comercio clandestino de productos, en cuya situación el administrador del negocio o sociedad omite tramitar la autorización, evidentemente quien realiza la conducta típica en el citado ejemplo es el administrador, sin embargo el representado, es quien tiene la calidad especial de propietario de la mercancía, y comercializador de los productos que requiere el delito, quien por el principio *societas delinquere non potest*, que instituye la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, por no tener capacidad de acción en el ámbito penal no puede ser pasible de sanción. Como se puede apreciar el problema era claro, en tanto existía un manto de impunidad para aquellas personas. Siendo la formula primigenia de los teóricos alemanes extender la calidad especial de la persona jurídica a su representante por efecto de la representación autorizada, mediante el cual se superaba la calificación típica del sujeto activo, logrando con ello la punibilidad de aquel que tenía el dominio real del hecho.

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho de la UNSCH, Ayudante del Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas de la UNSCH y Miembro Principal de CINDE.

Sin embargo dicha figura con el devenir de los años ha sufrido cambios e innovaciones en su contenido y alcance, situación advertida en el art. 14° de la nueva parte general del Código Penal alemán y el art. 31° del Código Penal español de 1995, situación a la cual no podía ser ajena nuestra legislación en ésta materia, más aún si, ya el maestro Raúl PEÑA CABRERA, observaba algunas deficiencias de nuestra norma *“Lo cuestionable de la formulación del actuar por otro establecida en el artículo 27° del Código penal, es que solamente ha restringido sus consecuencias a la representación de la persona jurídica y de la sociedad comercial (...)”*<sup>2</sup> en efecto resulta fundada la apreciación de éste penalista nacional toda vez que el citado artículo que norma la figura en análisis solo se refiere excluyentemente a la representación de personas jurídicas y no así a la representación de personas naturales, ante esta necesidad imperiosa de renovar nuestro código penal surge iniciativas de enmienda que se ven materializada cuando mediante Ley N° 27837 del 04 de octubre del 2002 se crea la Comisión Especial Revisora de Código Penal de 1991, la misma que se encontraba presidida por el congresista Alcides Chamorro Balvín y contaba entre su más destacados miembros con la presencia del Dr. Luís Alberto Bramont Arias Torres, Dr. Fidel Rojas Vargas, Dr. Robinson Gonzáles Campos, Dr. Dino Carlos Caro Coria, y la colaboración de destacados penalistas tal es el caso del Dr. Felipe A. Villavicencio Terreros, Dr. Juan Carlos Portocarrero Zamora, entre otros de igual prestigio y autoridad. Ésta Comisión presenta el Anteproyecto de la Ley del Código Penal; en su Parte General el 2004, teniendo como una de sus más cuestionables aportes las modificaciones realizadas al instituto del actuar por otro<sup>3</sup>.

La formula del actuar en nombre de otro que propone dicho Anteproyecto, parte de la idea de excluir el requisito formal de la representación asumiendo el criterio material sostenido por Luís GRACIA MARTÍN<sup>4</sup>, quien señala que el tipo ha de ampliarse a todo aquel que aunque no reúne las cualidades para ser

---

<sup>2</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, Ed. Grijley, lima, 1994, p. 288

<sup>3</sup> “Es responsable como autor, el que actúa como representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, entidad pública, o en representación de una persona natural y realiza el tipo legal de un delito o falta, aunque los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena, no concurra en él, pero si en quien representa”. Anteproyecto de la Ley del Código Penal; Parte General, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004, p. 57

<sup>4</sup> GRACIA MARTÍN, Luís. El actuar en el lugar de otro en el Derecho Penal, Prensas Universitarias de Zaragoza, I, Zaragoza, 1985 y II, Zaragoza, 1986

autor, es decir la posición social sobre el bien jurídico que es inherente a los autores de esos delitos especiales<sup>5</sup>, lo que quiere decir que el fundamento de actuar por otro no descansa mas en la representación como señalaba BACIGALUPO, con lo que nuestro Código Penal pretende no sólo incorporar como autores de delitos especiales a los representantes de personas naturales, sino principalmente a toda aquella persona que ejerce una representación de hecho de personas naturales o jurídicas y comete éste tipo de delitos, asimismo se busca sancionar a los representantes de las personas jurídicas irregulares, corroborando con ello la posición esgrimida que para los autores de la norma la representación propiamente dicha es un requisito formal de carácter civilista que limita los alcances de la figura en cuestión, con lo que se busca sancionar la representación efectiva antes que el formal. Es quizás esta un criterio más justo pero a nuestro entender significaría forzar la figura de actuar por otro a límites inadecuados que causaría distintos problemas.

En principio analicemos el primer planteamiento que considera aplicable el actuar en nombre de otro a los representantes de las personas naturales. Parecería sensato pensar que si un gerente de una sociedad comercial puede cometer un delito desde su cargo utilizando como escudo de impunidad la representación de la persona jurídica asumida, también lo mismo podría ocurrir en la representación del tutor o curador de un menor o incapaz respectivamente, pero si profundizamos un poco en los tipos de representación de personas naturales nos daremos cuenta que una persona perfectamente capaz puede delegar la representación de un acto de administración que posteriormente devenga en delito, en este supuesto no estaremos ante una falta de capacidad de acción del representado, como si ocurre en las personas jurídicas, por lo que podría ser imputable cuando de las investigaciones resulte reponsable del mismo, el representado en cuyo razón el representante aparecería como un instrumento dando pie a la autoría mediata o coautoria cuando ha existido concierto previo entre aquellos, como se puede apreciar la casuística penal nos muestra distintas situaciones que harían inoperativo y hasta injusto el actuar por otro en dichas circunstancias, puesto que el representado podría alegar que desconocía al momento de otorgarle el poder,

---

<sup>5</sup> Academia Nacional de la Magistratura, Derecho Penal, Módulo III, 3er curso, I Ciclo de formación General, Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 2000, p. 202.

que el hecho desencadenaría en un delito y que el único responsable del mismo es el representante. Por otra parte consideramos que el delito más frecuente que se puede presentar por parte de un representante de una persona natural sería en agravio del mismo representando, por lo que no existiría problema alguno en determinar la autoría. Además hay que tener en cuenta que ésta figura penal es aplicable únicamente en aquellos delitos que no son de propia mano, es decir que el delito no presuponga una actuación directa y corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo sino por el contrario admita una acción indirecta, lo que resulta poco probable tratándose de ambas como personas naturales, dado pues que como ya señalamos se presentaría otras formas de autoría. Mas aun, siendo el caso, que el actuar por otro se crea para superar el inconveniente de los delitos especiales que requiere de sujeto activo cualificado o de características especiales señalados por el tipo penal.

En otro punto, el anteproyecto también se propone superando la redacción del actual art. 27° del Código Penal, con mejor técnica legislativa, al establecer “*Es responsable como autor, el que actúa como representante legal o de hecho (...)*”, es decir que resulta irrelevante para este punto que la representación del autor del delito sea legal o fáctica, toda vez que como hemos advertido líneas arriba nuestro Código Penal considera como nexo causal de la punibilidad la representación efectiva por encima de una meramente formal, al respecto de ésta posición uno de sus principales detractores es el connotado jurista español Enrique BACIGALUPO, quien considera que el fundamento de la imputación de la conducta delictiva al que actúa en nombre o representación de otro se basa precisamente en la representación<sup>6</sup>, ello basado en el criterio formal que privilegia la seguridad jurídica.

Este precepto de la norma constituye un postura criminalizadora que tiende a nada contra la corriente, y digo esto, porque la tendencia del derecho penal actual es minimista, es decir la descriminalización de tipos penales que pueden ser reparados o resarcidos utilizando los mecanismos de otras ramas del derecho, ello basado en el principio de ultima ratio y de mínima intervención de la violencia punitiva del Estado. Vg. La gestión de negocios, regulada en el art. 1950° del Código Civil peruano, viene a ser una forma fáctica de

---

<sup>6</sup> Op. Cit. Academia Nacional de la Magistratura, p. 201

representación, bajo la perspectiva del renovado actuar por otro, el gestor que cometa un delito en uso de dicha representación de hecho, sería pasible de sanción como autor del mismo, la pregunta nos invade inmediatamente, ¿tendrá el gestor facultad alguna de representación de los bienes del dueño?, es decir en el supuesto de la omisión de un delito tributario, evasión de impuestos, será atribuible a él, la conducta ilícita, dado que la obligación no le es exigible, por no tener la calidad del propietario, ni tampoco, existe un nexo causal que los vincule con el deber jurídico de proceder a pagar los impuestos. Se podría decir que es suficiente el hecho de haber asumido el riesgo de la administración para que exista la exigibilidad de arrojarse las cargas del bien, pero si señalamos ello con convicción, tendría que responder la siguiente pregunta, si el gestor que es consciente de los tributos a pagar, se apersona a las oficina de la recaudación tributaria de la Municipalidad, y pretende efectuar el pago del autoevaluó u otro impuesto, ¿sería aceptado?, porque se entiende que quien es el titular o su defecto su representante debidamente designado es quien únicamente puede realizarlo, por efecto de la reserva tributaria, de lo contrario resultaría el hecho de que cualquier fulano concurre a cualquier oficina gubernamental y recaba información, o efectúa trámites en nombre de otro, sin que para ello tenga que exhibir carta poder alguna, hasta incluso me asignaría el cargo de gestor de negocio ante los terceros. Quizás muchos cuestionen éste ejemplo afirmando que si es posible pagar el autoevaluó en lugar del titular sin necesidad de acreditar representación legal, y en efecto les doy la razón, porque la cultura burocrática nos ha enseñado que para efectuar algún pago no habrá traba alguna que se presente, pero vuelvo a preguntar, se puede, ¿pero se debe?, lo cierto es que toda sociedad civilizada requiere para vivir en orden, la prevalecía de una seguridad jurídica, que es igual de importante como la seguridad ciudadana y nacional, porque mediante ella reina el imperio de la ley y se consolida el Estado de derecho, y para ello requerimos ciertos grados de formalidad en los actos civiles de los ciudadanos, así como nadie puede invadir la intimidad y privacidad que es un bien constitucionalmente protegido, de igual forma nadie puede atribuirse poderes de representación no concedidos, en principio porque muchos de sus actos de gestión ante entidades públicas no prosperarían, con esto no pretendemos señalar que la gestión de negocio que establece el derecho común sea

obsoleto, puesto que su fin concreto radica en desplegar una administración particular del bien que tiene que ver con el cuidado y la conservación del mismo, en el que también existe el riesgo previsto por la norma como la mala gestión, que le permite al dueño del bien reclamar la indemnización por daños y perjuicios, siempre y cuando éste no halla ratificado los actos expresa o tácitamente. En suma las representaciones de hecho, como una realidad extra-legal, esta inmerso dentro de una inacción del gestor, que imposibilitarían la comisión u omisión de los delitos especiales en cuyo caso se aplica el actuar en nombre de otro.

Un tercer punto referente a las innovaciones del anteproyecto del Código penal que esta relacionado al tema precedente es a decir del mismo texto el “problema” a considerar a las personas jurídicas irregulares dentro de los límites de está formula penal, a partir del cual nos enfrascamos nuevamente en lo urgente y necesario que implica punibilizar la conducta de los representantes de las personas jurídicas irregulares, como se sabe conforme al art. 423° de la Actual Ley General de Sociedades (ALGS) *“Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito”*<sup>7</sup>, en los párrafos posteriores del citado artículo se deduce la naturaleza de la irregularidad de las sociedades que puede ser originaria como que detalla el primer párrafo de la norma o adquirida es decir que por efecto de un de los hechos descritos en el artículo en cuestión una persona jurídica comercial puede devenir en irregular. Ahora uno de las grandes conquistas del derecho societario desde sus orígenes como legislación de excepción al derecho común, es la separación afirmativa de activos y separación defensiva de activos está última es lo que se denomina la responsabilidad limitada de las sociedades comercial, por la cual ningún acreedor de la sociedad puede dirigir su acción contra el patrimonio personal de los socios, como es lógico las sociedades irregulares están excluidos de este beneficio por lo que su responsabilidad es personal, ilimitada y solidaria ante los contratantes y terceros, por lo que todo aquel que actué en nombre o representación de una persona jurídica irregular de Derecho Comercial no sólo

---

<sup>7</sup> Legislación Comercial, Ed. Jurista Editores, Lima, 2005.

se obliga personalmente, sin oportunidad de la impunidad que pareciera otorgar una sociedad comercial constituido legalmente, sino que también al margen de la responsabilidad civil, el último párrafo del artículo en comentario establece que los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son responsables penalmente de los ilícitos penales que les pudiera cometer durante la existencia de la sociedad de hecho. Por lo podemos consideramos que no existe tal problema sino una situación hiperbolizada, en vista a que como hemos señalado dado que en una sociedad irregular no existe tal distinción entre representantes y propietarios al momento de medir sus responsabilidades de cualquier índole, la figura del actuar en nombre de otro, como un mecanismo de imputación, no es aplicable en estos casos, puesto que no es necesario extender la calidad especial de sujeto activo en razón a que la norma califica a todos los intervinientes en dicha sociedad como solidariamente responsables de los hechos que causen daños a los terceros, en los que indefectiblemente esta enmarcado el delito, en el que si bien es cierto que no existe la solidaridad de la pena, sino en la reparación civil, sin embargo todos responde por su cuota de responsabilidad. Un punto que no debemos olvidar de comentar es la cuestión planteada sobre la aplicación de la figura materia del presente artículo en los delitos contra la administración pública, donde los elementos especiales o agravantes del tipo lo posee la entidad pública, en estos casos estamos frente a un representante denominado funcionario público, o lo que se denomina en la doctrina administrativa como persona-órgano, quien por efecto de su cargo adquiere los caracteres subjetivos definitorios del tipo penal, y únicamente esa persona que ostenta el puesto más alto en la estructura jerárquica de la institución, es quien tiene los elementos cualificados de agente, pero como es propio por debajo de él se despliega un conjunto de personal como consecuencia de la organización vertical de la entidad, a quien distribuye parte de sus propias atribuciones, de tal forma que son una especie de representantes de la persona-órgano, y que en el supuesto de cometer un delito especial en agravio del Estado, respondería como autores en uso de la técnica del actuar en representación de otro. Ello puede resultar útil hasta cierto punto, así para captar la dimensión del precepto es didáctico graficar con un ejemplo: En la Ley Orgánica de Elecciones en su Título XVI, se

regula los delitos electorales, el art. 390º.c) de citado cuerpo normativo reprime con pena privativa de libertad no mayor de seis meses y pena de multa a *“Los registradores públicos, empleados públicos entre otros que no exijan la presentación del Documento Nacional de Identificación con la constancia de sufragio en las últimas elecciones, o la dispensa de no haber votado otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones, a fin de identificar a quienes intentan realizar actos que requieran tal presentación sin hacerla”*. En este caso siendo el registrador público el titular de su oficina delega a un empleado a su cargo parte de su atribución de tramitación, a fin disminuir su carga laboral, y el servidor público omite verificar la constancia de sufragio en una gestión que la requiere, la pregunta es ¿Quién será responsable del ilícito penal?, en una óptica del anteproyecto podríamos señalar apresuradamente que es el servidor público delegado por efecto del actuar por otro, sin embargo consideramos que la autoría recae única y exclusivamente en el funcionario delegante, puesto que en la ámbito del escalafón de funciones de la administración pública, no existe la representación de funciones, sino la delegación que es un concepto distinto, que es de carácter excepcional y que implica asumir a quien recibe las funciones, las responsabilidades personalmente de los actos que cometa en el desempeño del mismo.

#### CONCLUSIONES:

A modo de conclusiones debemos señalar, que creemos en que el derecho penal y sus instituciones deben ser renovados, actualizados y reformados a fin de lograr mecanismos más justos en la resolución de las causas penales, pero manteniendo la naturaleza e integridad de cada una de las figuras que componen la parte general de nuestro catalogo penal, lo contrario resultaría en forzar y desnaturalizar el sentido de la norma. No basta pues adaptar nuestro ordenamiento jurídico a los tiempos y vientos por más europeos que ellos resulten, sino que el contexto debe marcarnos la pauta y el rumbo de las enmiendas. Sin ello toda reforma jurídica que emprendamos será como seguir un rastro de migajas que se desvanecen a cada paso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Academia Nacional de la Magistratura, Derecho Penal, Módulo III, 3er curso, I Ciclo de formación General, Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 2000
2. Anteproyecto de la Ley del Código Penal; Parte General, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004
3. DECRETO LEGISLATIVO N° 635, Código Penal, 4ta edición, Ed. Jurista Editores, Lima, 2004
4. GRACIA MARTÍN, Luís. El actuar en el lugar de otro en el Derecho Penal, Prensas Universitarias de Zaragoza, I, Zaragoza, 1985 y II, Zaragoza, 1986
5. Legislación Comercial, Ley General de Sociedades; Ley N° 26887, Ed. Jurista Editores, Lima, 2005.
6. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, Ed. Grijley, Lima, 1994