

Responsabilidad penal en la Ley de Residuos Peligrosos

Autor:

Berruezo, Rafael

Cita: RC D 1277/2018

Tomo: 2018 1 Medio ambiente y economía - I

Revista de Derecho Penal Económico

Sumario:

1. Introducción. 2. Actuar en lugar de otro. 3. Fundamento dogmático. 4. Teoría de la posición de garante (Schünemann). 5. Teoría de la representación (Roxin y Bacigalupo). 6. Teoría del dominio social típico (Gracia Martín y Silva Sánchez). 7. García Caveró (fundamento normativo). 8. El actuar en lugar de otro en nuestra legislación. 9. Consecuencias jurídicas. 10. Conclusión.

Resumen

En el presente trabajo se pone en análisis la cláusula de actuar en lugar de otro prevista en la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos para sancionar penalmente a los representantes de las personas jurídicas que cometen el delito de contaminación ambiental, y la propuesta de que se agregue en una futura reforma la sanción penal a las personas jurídicas.

Abstract

In the present work, the clause to act instead of another provided for in Law 24.051 on hazardous waste is enacted to criminally punish the representatives of the legal persons who commit the crime of environmental contamination, and the proposal that it be added in a future reform the criminal sanction to legal persons.

Palabras clave

Cláusula de actuar en lugar de otro, fundamento dogmático, responsabilidad penal de las personas jurídicas, sanción penal al representante de la persona jurídica, modelo de sanción a las personas jurídicas.

Keywords

Clause to act in place of another, dogmatic foundation, criminal liability of legal persons, criminal sanction to the representative of the legal entity, model of sanction to legal persons.

Responsabilidad penal en la Ley de Residuos Peligrosos

1. Introducción, pág. 10

La sanción penal por el delito de contaminación ambiental está prevista en la ley 24.051, en el artículo 55 que dispone: "Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión". Como se puede observar de la simple lectura del artículo transcrito el legislador entendió que el delito de contaminación es una conducta grave, la cual está sancionada con penas altas; así en el primer supuesto, la simple contaminación prevé una pena que va de los tres a diez años de prisión, y si la contaminación fuera seguida de la muerte de alguna persona, la pena es de diez a veinticinco años de prisión. Como vemos, es una escala

mayor que la del homicidio simple, recordemos que la escala penal para dicho delito es de ocho a veinticinco años de prisión. Ahora bien, como es de pensarse, en el año en que fue sancionada la ley 24.051, esto es, diciembre de 2001, no se hablaba tan insistentemente como hoy sobre la sanción penal a las personas jurídicas. Este tema que hoy ha tomado tanto auge con las últimas leyes que sancionan penalmente a las personas jurídicas, como el artículo 304 del Código Penal para el delito de lavado de dinero, la ley 27.430 para el delito de evasión tributaria y la ley 27.401 para los delitos de corrupción. Observamos que nuestros legisladores han adoptado la postura de prever la sanción penal a las personas jurídicas para determinados delitos, y entre los que han quedado afuera es el de contaminación ambiental.

No obstante esto, la persecución penal se deberá realizar solamente a las persona físicas que hubieren actuado en su nombre y representación a través de la cláusula de actuar en lugar de otro, establecida en el artículo 57, que dice: "Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir".

2. Actuar en lugar de otro, pág. 11

Dada la imposibilidad de penar a las personas jurídicas, los legisladores han debido echar mano para sancionar a las personas físicas que cometen actos ilícitos en el seno de una empresa, y desde la empresa, a la figura que conocemos como actuar en lugar de otro. A esto se recurre para solucionar el problema de la imputación, o de la autoría, cuando la persona física no reúne las condiciones específicas previstas por el tipo, y a fin de evitar que la conducta quede impune, se ha elaborado la idea del actuar en lugar de otro. La figura del actuar en lugar de otro se presenta como una herramienta a utilizar para sancionar en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como de personas físicas [1].

Con la significación práctica y teórica, en aumento casi exponencial, de la criminalidad empresarial, se le ha prestado una creciente atención en los últimos años en la dogmática al actuar en nombre de otro, es decir, a la denominada responsabilidad penal del representante, por hallar su ámbito de aplicación práctico más importante en la criminalidad empresarial. Pues cuando el empleador o empresario es una persona jurídica, sólo puede actuar en su lugar una persona física. Parece unánime la doctrina penal afirmando que la figura del "actuar en lugar de otro" sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como de personas físicas. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes. Es decir que, dado que se ha negado la responsabilidad penal de la persona jurídica, a fin de imputar las conductas ilícitas a las personas físicas que actúan en representación de ésta, se crea la figura del actuar en lugar de otro. Naturalmente, el fundamento y los límites de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro se encuentran aún controvertidos, e incluso la controversia aumenta.

Además, se plantea la necesidad de superar las exigencias constitucionales impuestas por el principio de legalidad, por el cual nadie puede ser condenado por la acción típica descrita en la ley si no reúne en sí mismo todas las condiciones y cualidades exigidas por el tipo penal para poder ser considerado autor del delito [2]. El actuar en lugar de otro, en la actualidad, constituye una herramienta importante para salvar el problema de la autoría en materia penal económica, ya que en muchos casos estamos ante delitos especiales cometidos por personas jurídicas. Así por ejemplo en lo que respecta al delito de contaminación ambiental, en general quien tiene capacidad para contaminar serán las empresas que desechan sus residuos tóxicos al medio ambiente. Por lo que, en realidad, son éstas quienes cometen el delito contra el medio ambiente. Pero como no está prevista la sanción penal para las personas jurídicas, para salvar esto, se pune a los directivos, gerentes, síndicos de la empresa como autores de la contaminación, por medio de la herramienta jurídica del actuar en lugar de otro.

Esta laguna de punibilidad se advierte por primera vez en la jurisprudencia alemana, con la sentencia del *preussisches Obertribunal* de 9 de noviembre de 1874 [3] que decidió un caso de delito de bancarrota simple conforme al entonces vigente artículo 283-2 del RStGB [4]. El problema estaba en que la legislación de ese momento sancionaba al deudor, que en el caso en particular era la sociedad y nada se decía sobre los órganos de administración. En primera instancia la sentencia fuerza el concepto de deudor para poder incluir también al miembro del Consejo de Administración de la cooperativa. Pero el Tribunal Supremo prusiano decide absolver al acusado con el fundamento de que el delito de bancarrota sólo puede cometerlo el deudor que haya suspendido sus pagos, y éste no era el caso del administrador de la cooperativa. Y así aparece un vacío de punibilidad,

puesto que no se podía sancionar a la sociedad cooperativa, por carecer de capacidad delictiva, y tampoco al miembro del Consejo de Administración, por no reunir la calidad especial exigida por el tipo penal [5].

Hasta el año 1983, en que fuera reformado el Código Penal español, en caso de la comisión de delitos especiales en el marco de personas jurídicas, en las que concurrían las condiciones objetivas precisas para ser sujeto idóneo de los mismos, carecían de regulación general en el ordenamiento español. Por lo que, hasta ese año, explica Silva Sánchez, no podría haberse castigado por tales delitos en ningún caso a una persona física, ni siquiera al administrador de la persona jurídica, por mucho que ésta hubiera realizado los actos materiales propios del referido delito especial. No obstante, el Tribunal Supremo no tuvo reparos para sancionar, en tales casos, a los responsables de delitos especiales, igual que si fueran delitos comunes, a los directivos, órganos o representantes de la persona jurídica que dispusiera el dominio sobre el ámbito en que se produce la lesión del bien jurídico. En referencia a esto, Gracia Martín advierte que el Tribunal Supremo transformaba los delitos especiales en delitos comunes, pero también limitaba el círculo de sujetos a los que imputar los delitos comunes, sin que existieran razones para ello.

Es por ello que la inclusión legislativa del "actuar en lugar de otro" tiende a salvar el principio de legalidad para los delitos especiales y no para resolver la problemática que plantea la comisión de delitos comunes a través de una estructura organizada. Conviene insistir en que la "laguna" lo era sólo a propósito de los delitos especiales.

En los casos de delitos especiales, decimos que es posible que quien realiza la conducta típica en nombre o representación de otro no reúna las cualidades necesarias para poder ser autor del delito y, en cambio, la persona en cuyo nombre o representación actúe sí reúne dichas características. Como ninguno de los dos realiza completamente el tipo, ambos deberían quedar impunes, en los delitos especiales propios; el que actúa porque no reúne las características que el tipo exige para ser autor del delito y la persona en cuyo nombre o representación obra porque ni realiza la acción u omisión típica ni tiene el dominio del hecho.

Gracia Martín [6] se refiere de modo genérico al actuar en lugar de otro como todos esos terceros que acceden a un ámbito de actividad ajeno para realizar tareas relacionadas con aquellas actividades. Por su parte señala Silva Sánchez [7] que la laguna de punibilidad lo es sólo para los delitos especiales, mientras que en lo relativo a los delitos comunes, en cambio, no existía obstáculo alguno para la punibilidad, siendo perfectamente la sanción de personas físicas que obraran en el seno de la persona jurídica sobre la base de los criterios generales de la comisión activa y de la comisión por omisión, así como de la autoría y la participación.

Rodríguez Estévez [8] entiende que el actuar en lugar de otro es la herramienta dogmática penal más apta para resolver el problema de autoría que presentan los delitos especiales cuando quienes actúan no reúnen en sí mismos las cualidades, condiciones y características típicas para ser autores del delito, las que sí están presentes en la persona en cuyo nombre se actúa. Vale recordar que la diferencia entre delitos especiales pueden ser delitos de dominio o delitos de infracción de un deber, como oportunamente se ha señalado, ya que justamente, como afirma Roxin, la norma del actuar en lugar de otro se refiere sólo a los denominados delitos de infracción de un deber [9]. Y sigue diciendo que en el tráfico jurídico se ha convertido en necesaria una representación por otro, pues con la actual complejidad del sistema económico es difícil que el titular de diversos deberes pueda cumplir personalmente con todos ellos. Esto en el ámbito del Derecho Penal lleva a trasladar el cumplimiento de los deberes al representante. Por lo tanto, la fundamentación en Roxin del actuar en lugar de otro gira en torno al cumplimiento del deber y la posibilidad de transferir dicho cumplimiento a terceras personas [10].

La atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro se fundamenta en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*, por lo que para poder trasladarlo a otro sujeto habría que ofrecer un fundamento penalmente relevante. Y este traslado opera mediante la relación de representación, mediante el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*. Por lo que el representante responderá por la infracción de ese deber, sea por una acción propia o de un tercero, si pudiera evitarla. Esto así, ya que el deber institucional no consiste sólo en no hacer algo concreto, sino también en la evitación de determinados comportamientos de terceros que puedan afectar la integridad de una determinada institución social penalmente organizada.

Una de las primeras interpretaciones que se efectuaron sobre el tema la realizó Ribka [11], quien afirma que las mencionadas lagunas de punibilidad podían cubrirse suficientemente con algunas categorías dogmáticas de los delitos especiales, específicamente, mediante las figuras del *extraneus* y del *intraneus*. Esto lo hacía partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, en tanto es posible que las personas jurídicas realicen acciones típicas y antijurídicas, la cuestión del actuar en lugar de otro no será más que un supuesto de complicidad. En virtud de esto, el órgano de la persona jurídica puede ser considerado un cómplice del delito y aplicársele una sanción penal.

En general, se da que los legisladores tipifican conductas en razón de una necesidad de castigar dichas conductas en forma urgente a fin de salir del paso, dado que en determinadas áreas se producen lagunas. Es por ello que en el caso del actuar en lugar de otro, la legislación penal ha salido al paso, primero con cláusulas específicas para determinados delitos y luego con una cláusula general que permite sancionar a las personas no incluidas en la redacción original de delitos [12] merecedores de sanción penal.

La fórmula de actuar en lugar de otro sería aplicable sólo a los delitos especiales, ya que en éstos la norma no se dirige directamente a los miembros de la empresa, sino a la persona jurídica misma que es la que ostenta un *status* especial exigido por el tipo penal. En el caso de evasión tributaria, es la persona jurídica el agente de retención o la obligada al pago del impuesto, por lo que es ella en que concurre la calidad especial exigida por la norma y no recae dicha calidad en la persona física que la representa [13].

3. Fundamento dogmático, pág. 16

El fundamento dogmático de la fórmula del actuar en lugar de otro encuentra dos posturas doctrinales: la teoría de la representación y la teoría de la identidad material de la conducta.

En la primera se pone énfasis en la relación interna y formal del sujeto actuante con la persona jurídica sobre la que recae la condición específica de autor del delito especial [14]. Aquí es imprescindible que

el elemento de la autoría que le falta al *extraneus* concorra en la persona jurídica que representa. De esta forma quedan fuera de la fórmula del actuar en lugar de otro aquellos órganos o representantes fácticos de la persona jurídica cuyas actuaciones pudieran tener relevancia jurídico-penal [15]. En cuanto a la teoría de la identidad material de la conducta, se expresa que el fundamento de la sanción a aquel que actúa por otro es una equivalencia material de la conducta de éste con la del sujeto idóneo del delito especial, debiendo observarse los elementos que realmente concurren en el representante, representando una estructura lógico-objetiva [16]. Se pone énfasis en la relación externa de éste y el bien jurídico, en el hecho de que el sujeto actuante accede al dominio social típico del delito especial correspondiente, de ahí que se trate de un concepto funcional [17].

Ahora bien, si nos basamos en la clasificación de delitos comunes de dominio y delitos especiales de dominio, tenemos que en este último tipo de delitos, los criterios de imputación sufren una considerable restricción, toda vez que la conducta prohibida no puede ser cometida como autor por cualquier miembro de la empresa, sino sólo por aquellos que se encuentran dentro del círculo de autores, condición que la puede ostentar tanto una persona física o la misma persona jurídica [18]. Es por ello que cuando la calidad de autor recae en la persona jurídica, es necesaria la figura del actuar en lugar de otro, toda vez que si se realizare una imputación directa a la persona física, se vulneraría el principio de legalidad. Blauth considera que el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un deber secundario derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado [19].

Por su parte García Caveró [20] considera que para precisar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro y su alcance, es necesario diferenciar al interior de los delitos especiales los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales en sentido estricto). En los delitos de dominio, en principio cualquier persona puede entrar a dominar normativamente aspectos de la esfera de organización de un *intraneus* al tipo, y por tanto responder penalmente. Por ello no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino sólo un dominio normativo del *extraneus* sobre el ámbito de organización del *intraneus*, que ponga en peligro o lesione la esfera de organización de terceros. Por el contrario, sigue expresando García Caveró, en los delitos de infracción de un deber la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro se fundamenta en la traslación al *extraneus* de deberes positivos institucionales del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación.

4. Teoría de la posición de garante (Schünemann), pág. 18

Según el primer párrafo del § 14, StGB, al autor no cualificado se le debe, pues, imputar las especiales características personales que fundamentan la punibilidad siempre que actúe como órgano autorizado de representación de una persona jurídica o como miembro de la misma, como socio autorizado para la representación de una sociedad mercantil personalista o como representante legal de otra, la orientación hacia la organización de las empresas económicas, ya ahí claramente reconocibles, resulta todavía más clara en el precepto del párrafo 2º, que extiende la punibilidad, a saber: según el mismo la extensión de la imputación rige

también para aquellos sustitutos que están encargados de la dirección completa o parcial de un establecimiento, o que al menos han de cumplir deberes del titular del establecimiento con responsabilidad propia y a causa de un encargo expreso [21].

Se pone entonces de manifiesto rápidamente que el ámbito de la responsabilidad del representante queda constituido, en función de su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una relación de dominio sobre la causa del resultado igual a la del garante, ya sea en la ya conocida forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma del dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado [22].

La coordinación de las estructuras lógico-materiales de la responsabilidad del representante y la responsabilidad por omisión va a encontrar ciertamente su límite insuperable, *de lege lata*, en el tenor literal del § 14. De ahí que la responsabilidad del suplente voluntario esté limitada en particular por la doble exigencia de que esté encargado expresamente del cumplimiento de deberes del titular del establecimiento y de que tenga que actuar a causa de este encargo [23].

La regulación expresa de la responsabilidad del actuar en lugar de otro en el Código Penal busca impedir el tratamiento desigual que podría surgir como consecuencia de atender el límite del tenor literal de la ley (*nulla poena sine lege*) [24].

Con la concepción dogmática que ha desarrollado Schünemann desde hace 25 años, la cuestión del actuar en nombre de otro no se trata de otra cosa que de la transmisión de posiciones de garante, ya que la posición de autor en los mismos delitos especiales no es otra cosa que la formulación de una posición de garantes, es decir, del dominio sobre el fundamento del resultado, que al mismo tiempo quedan resueltos todos los problemas de política criminal. Pues, si el suceso siempre se le imputa penalmente a quien también domina el respectivo ámbito social en el que se originan los riesgos, entonces la responsabilidad jurídica concierne a quien también efectivamente decide acerca de la lesión al bien jurídico [25].

Si orientamos, dice Schünemann [26], las posiciones de garante conforme al carácter del dominio que efectivamente se posea, se llega a una coincidencia ideal entre la posición real y la mejor prevención, y con esto se determina la responsabilidad penal sin dejar de considerar la naturaleza de las cosas.

Textualmente dice Schünemann [27]: "Por eso no interesa que el legislador, como se reconoce fácilmente en el tenor literal del § 14, apartado 1 [28] del Código Penal alemán, como del artículo 31 del Código Penal español, se encontrara originalmente inmerso en una perspectiva civilista absolutamente inidónea para la imputación penal, que aún hoy suena como 'responsabilidad del representante' (*Vertreterhaftung*) en la errónea denominación generalizada de la figura correspondiente a la autoría en los delitos especiales, y, por eso, haya partido incluso de la representación legal. Pues el legislador no ha podido desoír las imperiosas necesidades político-criminales que son consecuencia directa de la lógica objetiva reflejada en mi teoría de los 'delitos especiales de garante' y ha regulado para el ámbito de la delincuencia empresarial, que es el más importante en la práctica, la 'responsabilidad del sustituto' del § 14, apartado 2 [29] del Código Penal alemán. Aquí, el tenor literal ha sido orientado incluso directamente a la teoría del garante, pues, mientras que en el § 14, apartado 2, N° 2 decía originariamente que el encargado, para obtener la calificación de autor, debe 'cumplir deberes que corresponden al propietario de la empresa', la ley se refiere ahora, desde la 2ª Ley de delincuencia empresarial (*WiKG*), adhiriéndose a mis propuestas de formulación extraídas de la teoría del garante, a que el encargado debe 'cumplir las tareas que le correspondan al propietario de la empresa'. Con esto se traspasa la capa del ámbito civil interno, para ingresar al núcleo de la posición de dominio fundada por la asunción de funciones -de un modo similar al que el artículo 31 del Código Penal español incluye al 'administrador de hecho'-".

Schünemann entiende que, de *lege ferenda*, se debe exigir que la naturaleza de la responsabilidad del representante se exprese legalmente como un caso especial de responsabilidad del garante, y que en consecuencia se califique como posible autor de un delito especial de garante al que, en lugar de autor descrito por la ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto del hecho típico [30].

5. Teoría de la representación (Roxin y Bacigalupo), pág. 22

Roxin diferencia, en su teoría de autoría y participación, entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber [31]. En los delitos de dominio, el criterio para determinar la autoría es el dominio del hecho por parte del indicado como autor, en tanto en los delitos de infracción de un deber es la infracción de un deber especial (extrapenal), antepuesto en el plano lógico a la norma penal. La justificación dogmática del actuar en lugar de otro deberá ajustarse a los caracteres de este grupo de delitos [32]. En consecuencia, a esto afirma Roxin [33]

que la norma del actuar en lugar de otro se refiere sólo a los denominados delitos de infracción de un deber. La fundamentación en Roxin del "actuar en lugar de otro" gira en torno al cumplimiento del deber y la posibilidad de transferir dicho cumplimiento a terceras personas (representantes o sustitutos).

La atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*. Este deber institucional correspondería originariamente al *intraneus*, por lo que para poder trasladarlo a otro sujeto habría que ofrecer un fundamento penalmente relevante. Este traslado opera con la relación de representación, mediante el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus* [34].

Para los autores que siguen esta posición, estiman decisiva la relación interna y forma del individuo actuante con la persona jurídica sobre quien recaía la condición específica de autor del delito especial. Sería la "relación de representación", en sentido amplio, existente entre la persona jurídica y el directivo, órgano o representante, la que permitiría la transferencia de los elementos típicos de los que estos últimos carecieran, produciendo su "conversión" de *extraneus* en *intraneus* [35].

Bacigalupo considera que el fundamento de la imputación de la conducta delictiva al que actúa como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma consiste en la representación [36]. Es decir que pone el acento en la relación interna y formal del sujeto actuante con la persona jurídica sobre la que recae la condición específica de autor del delito especial [37]. Además, y en relación específica al anterior artículo 15 del Código Penal español, señalaba que se trataba de una disposición que tiene la finalidad de eliminar las lagunas de impunidad que se generarían de aplicar las reglas generales de participación y la tipicidad a los casos en que el deber especial incumbe a una persona jurídica, pero no a su representante, quien, sin embargo, es el que realiza el comportamiento necesario para infringir tal deber [38].

En este caso es imprescindible que el elemento de la autoría que le falta al *extraneus* concorra en la persona jurídica que representa, de ahí que resulte imprescindible afirmar la representación por parte de quien actúa [39].

6. Teoría del dominio social típico (Gracia Martín y Silva Sánchez), pág. 23

Gracia Martín [40] rechaza el concepto de dominio manejado por Schünemann, y desarrolla un concepto propio de dominio, al que denomina "dominio social" y se caracteriza por ser un dominio sobre la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido. Se trata de un dominio normativo. Los bienes jurídicos se encuentran siempre en una determinada estructura social que puede ser general o específica, en este último caso su lesión sólo puede ser cometida por las personas que se desenvuelven en esa estructura social [41].

El dominio social quiere decir que una persona se encuentra en esa estructura social y, por ello, es capaz de lesionar el bien jurídico protegido. El que actúa en lugar de otro es una persona ajena, en principio, a la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico, sin embargo, por un acto fáctico de asunción entre en ese ámbito y pueda lesionar el bien jurídico del mismo modo que un *intraneus* natural de la estructura social [42]. Si el dominio social se erige en el fundamento material de los elementos especiales de la autoría, los delitos especiales son delitos de dominio social y autor de ellos puede ser aquel sujeto que ejerza el dominio social típico, al estar en condiciones fácticas de afectación del bien jurídico [43].

Ya no se pone el acento en la relación interna formal del sujeto con la persona jurídica, sino en la relación externa de éste y el bien jurídico, en el hecho de que el sujeto actuante accede al dominio social típico del delito especial correspondiente, de ahí que se trate de un concepto funcional. Nada extraño se le imputa al sujeto, su responsabilidad resulta única y exclusiva de fundamentos concurrentes material y personalmente en él [44]. Por lo tanto, para Gracia Martín el fundamento dogmático para sancionar al actuante en lugar de otro es que éste posee el mismo dominio social que el poseedor del status formal de pertenencia a la estructura social del bien jurídico [45]. Es así que la integración de otros sujetos distintos formalmente al idóneo en el círculo de autores de los delitos especiales sólo puede justificarse a partir de la demostración de que la conducta de aquéllos (a diferencia de otros *extraneus*) es materialmente idéntica a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo penal [46].

Silva Sánchez [47], al analizar el artículo 31 del Código Penal de España, comienza aclarando que el artículo 31 tiene una vinculación directa con la comisión de algunos de los denominados delitos especiales propios, esto es, delitos que no pueden ser cometidos por cualquier persona (no son comunes), sino que requieren la concurrencia en el sujeto activo -el denominado *intraneus*- de determinados "elementos objetivos" (relaciones, condiciones o cualidades especiales) de autoría. Por otro lado, aclara el autor citado que debe haber una relación estrecha con la existencia de situaciones de disociación entre actuación (quien realiza el hecho es un *extraneus*)

y titularidad de las referidas condiciones, cualidades o relaciones (el *intrañeus* no actúa): lo que se ha denominado "escisión de los elementos del tipo" [48].

De esta forma nos explica Silva Sánchez que el resultado final del precepto como cláusula de transferencia es muy significativo, sobre todo si se contempla desde la perspectiva de su posible generalización: en su virtud resulta posible la imputación de determinados delitos especiales propios, a título de autoría, a sujetos "*estranei*". En efecto, a éstos, en atención a la ostentación por su parte de determinadas posiciones de dominio, se les transfieren los elementos objetivos de autoría que, en puridad, no concurren en ellos, lo que posibilita tal imputación "como si fueran *intrañei*" [49].

Al analizar con un poco más de profundidad el artículo 31 del Código Penal español, Silva Sánchez expresa que "...de modo previo a la aplicación del artículo 31, Código Penal [...] deben establecerse los presupuestos materiales de la imputación del delito al sujeto correspondiente. Ello, dada la estructura jerárquica de la empresa, genera situaciones muy complejas, que aquí sólo pueden indicarse, pero que, en todo caso, conviene tener en cuenta a la hora de aplicar el referido artículo 31. Piénsese en la siguiente estructura. Un alto directivo de la empresa da instrucciones que redundan en la comisión de un delito especial (por ejemplo, alzamiento de bienes de la compañía correspondiente) por parte de un subordinado. En tal caso, tendríamos una estructura de autoría mediata del directivo, dándose en su caso una autoría en comisión por omisión del administrador (si es que éste, sabiéndolo y debiendo evitarlo, no lo impide). Ahora bien, si trata -como se ha indicado- de un delito especial, de modo que la imputación al directivo requerirá que se pueda estimar que el directivo es sujeto subsumible en el artículo 31. De no estimarse así, sólo se daría la autoría de un hecho en comisión por omisión (la del administrador) (arts. 11 y 31). La sanción del directivo (y eventualmente del empleador) pasaría por estimarlos partícipes (activos: lo que resulta interesante) en tal hecho de comisión por omisión. Pero la cuestión se podría complicar en varios sentidos: por un lado, si la autoría omisiva fuera sólo imprudente; por otro lado, si entendiéramos que se trata de un delito (además de especial) de medios determinados o de conducta legalmente descrita, de modo que no pudiera cometerse por omisión. Pues, de entenderse así, podría ser necesario concluir la impunidad; algo que también se plantea para la autoría mediata" [50].

Y sigue Silva Sánchez, analizando esta situación imaginaria, diciendo: "Una estructura distinta es aquella en la que el empleado realiza activamente el delito especial, algo que no es impedido por el alto directivo competente, quien, a su vez, tampoco es supervisado por el administrador competente en la medida en que habría sido preciso. En tal caso, el único autor material sería un sujeto al que no cabe aplicar el artículo 31. Así, sólo quedaría una autoría en comisión por omisión del directivo (si es que se estima posible aplicarle a éste el art. 31: art. 11/art. 31), a la que habría que vincular una participación en comisión por omisión del administrador (superior del directivo) y una participación activa del empleado (inferior del directivo). De nuevo, convendría insistir en las alteraciones que puede provocar el que aquí se constaten hechos de autoría (y/o de participación) sólo imprudentes. En el caso de que no se admitiera la aplicación del artículo 31 al directivo, podría llegarse incluso a la conclusión de que todos resultan impunes, pues a los posibles autores no les es aplicable la cláusula adicional de imputación de hechos cuyo sujeto idóneo es la persona jurídica, mientras que el único sujeto a quien sí le es aplicable no realiza actos materiales de autoría, sino sólo de participación" [51].

7. García Caveró (fundamento normativo), pág. 27

Al hablar sobre los antecedentes García Caveró dirá que la razón histórica y político-criminal de la institución jurídico-penal del actuar en lugar de otro fue la irresponsabilidad de las personas jurídicas. La imposibilidad de aplicar sanciones directamente a la empresa y la redacción formal de los tipos penales especiales significaron una bipartición de los elementos del tipo penal, en la que los elementos referidos a la posición especial del autor y los referidos a la acción típica se repartían entre la empresa y un miembro de la misma [52].

La interpretación que hace García Caveró [53] al tema es que, con la aparición de delitos especiales como producto de una actividad garantista de exclusión de la responsabilidad objetiva y la determinación legal de las conductas penalmente castigadas, ha traído consigo también algunas complicaciones. La actividad tipificadora del legislador choca muchas veces con las necesidades de punibilidad, pues determinadas conductas no incluidas en la descripción típica original pueden tener el mismo desvalor que aquellas que sí están incluidas. La posibilidad de una analogía prohibida en el Derecho Penal para evitar lagunas de punibilidad se encuentra latente. Por esta razón, en el caso del "actuar en lugar de otro" la legislación penal ha salido al paso primeramente con cláusulas específicas para determinados delitos y luego con una cláusula general que permita sancionar a las personas no incluidas en la redacción original de los delitos cuyo comportamiento es igualmente merecedor de una sanción penal. Lo que permanece discutido, e incluso descuidado, es la precisión del

fundamento que permite la inclusión de las conductas de personas, en principio excluidas del tipo penal, dentro de las conductas sancionadas por los delitos especiales. Los intentos por cubrir este vacío de fundamentación se ha hecho sobre la base de encontrar una estructura material de los delitos especiales que justifique de alguna manera la norma del actuar en lugar de otro.

El fundamento lo encuentra García Cavero en una posición intermedia entre los fundamentos expuestos por Roxin y Schünemann [54]. Así García Cavero entiende que los delitos especiales pueden ser delitos de dominio o delitos de infracción de un deber. Para poder diferenciar los delitos de dominio de los delitos de infracción de un deber no basta hacer referencia a los criterios de imputación desarrollados por Roxin, pues éstos son, en todo caso, una consecuencia de tal diferenciación y no la razón de ésta.

Es por ello que el autor citado se acerca al planteamiento de Jakobs, quien establece la bipartición de los delitos en delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, en función de las llamadas competencias por organización y las competencias institucionales [55].

Es así que, para García Cavero, no basta con entender que el ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro es el de los delitos especiales, sino que es necesario precisar su estructura material con base en la bipartición delitos de dominio/delitos de infracción de un deber. De ello dependerá, expresa García Cavero, incluso el criterio de equivalencia, esto es, de imputación de responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro. En los delitos de dominio, la imputación de responsabilidad penal se estructura sobre la base del rol general de ciudadano respecto de la creación de un riesgo no permitido; mientras que en los delitos de infracción de un deber, en roles especiales que fundamentan un deber específico. Es así que cabe distinguir entre los delitos especiales en sentido amplio (delitos de dominio) y los delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de un deber) [56].

Partiendo de estas consideraciones, concluye García Cavero [57] que "La conversión del que actúa en lugar de otro en *intraneus* del tipo penal se debe 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".

8. El actuar en lugar de otro en nuestra legislación, pág. 30

Esta herramienta dogmática ha sido utilizada en nuestra legislación, no en el Código Penal, sino en leyes que tratan materias específicas. Esto ha sido así, debido a que en general en nuestra legislación hasta hace pocos años no se aceptaba la responsabilidad penal de la persona jurídica y es por eso que se hace uso de esta herramienta dogmática del actuar en lugar de otro, para salvar el vacío de punibilidad que se produciría en caso contrario en los delitos especiales. Así tenemos que en la ley 23.737, el artículo 27 establece que "En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica".

La Ley Penal Tributaria en su artículo 13 establece que "Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condiciones de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz".

La ley de sistema integrado de jubilaciones y pensiones, ley 24.241, en el artículo 144, dice que "Cuando el delito se hubiera cometido a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos, directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes, que hubiesen intervenido en el hecho, o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, hubiesen dado lugar a que el hecho se produjera".

En la Ley de Riesgo del Trabajo 24.557, el artículo 32, inciso 5º establece que "Cuando se trate de personas jurídicas la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia,

administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible".

Y en la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos en su artículo 57 ya transcripto arriba.

Como se puede apreciar en las cláusulas del actuar en lugar de otro citadas supra, es común encontrar como requisito que a los posibles sancionados, se les exija que hayan intervenido en el hecho, funcionando esto como condición previa para que se les pueda imputar el resultado ilícito. Este requisito es a fin de evitar una supuesta responsabilidad penal objetiva, es decir evitar la atribución de responsabilidad por la mera ostentación formal de un cargo.

9. Consecuencias jurídicas, pág. 31

Podemos decir que, como consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro, surge que el representante responde como autor, lo que significa que el *extraneus* se convierte en *intraeus*, con todas las implicancias derivadas de la autoría, pudiendo ser castigado como coautor, partícipes a quienes colaboraron con él, como instigadores a quienes lo determinaron al hecho.

Pero no obstante esto, el déficit que tiene la cláusula del actuar en lugar de otro es que sigue sin decir quién debe ser considerado autor, partícipe. Si vemos los distintos artículos transcriptos, están diciendo que, en el supuesto de ser una persona jurídica la responsable, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido, sin decir qué parámetros se utilizarán para diferenciar la conducta de uno y otro. Es por ello que hay que acudir a las distintas teorías de autor y participación desarrollada por la doctrina.

10. Conclusión, pág. 32

A modo de conclusión podemos decir que, dada la incorporación de la sanción penal a las personas jurídicas para los delitos de lavado de dinero, evasión tributaria y corrupción, también sería bueno legislar al respecto para los delitos de contaminación.

Cuando se habla de sanción penal a las personas jurídicas, hoy se discute la aplicación de dos modelos, el de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas o el de heterorresponsabilidad penal.

En el modelo de autorresponsabilidad se profundiza el significado de empresa como persona jurídico-penal autónoma, como algo más que una agrupación de bienes y órganos. Es decir que estas propuestas quieren construir un sujeto, un ciudadano empresarial para el Derecho Penal. Desde el punto de vista de Cancio Meliá, esta propuesta, elaborada por Gómez-Jara Díez, es mucho más ambiciosa en cuanto a su alcance teórico que otras, ya que se apoya en dos pilares, por un lado, la teoría social de sistemas (constructivismo), con su entendimiento de la personalidad como fenómeno de atribución social, y, por otro, el concepto estadounidense de *corporate citizen*, producto de la visión pragmático-eficiente del Derecho propio de ese país [58].

Cancio Meliá considera que las argumentaciones en favor del establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la empresa de heterorresponsabilidad (por atribución) tropieza con problemas insuperables. En cambio, si se construyera exitosamente un modelo de autorresponsabilidad de la empresa, es decir, fundamentar una culpabilidad propia de la empresa, habría cambiado un elemento estructural del sistema penal: se habrá creado una nueva categoría de ciudadanos a efectos del Derecho Penal [59].

Por otro lado el modelo de heterorresponsabilidad, que es el que tiene mayor aceptación, crea un sistema de imputación penal para las personas jurídicas al lado del tradicional para las personas físicas. Las características que tiene son las siguientes: a) acumulativa, por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas, a quienes se les atribuye en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo. La responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un "sustrato humano" y este sustrato humano debe ser un órgano o un representante de la persona jurídica; b) especial, es una responsabilidad especial, por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley que define la infracción. Esto significa que, para poder responsabilizar al ente ideal, la posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional, que se quiere aplicar. Se trataría de un sistema *numerus clausus*; c) condicionada, lo cual consiste en una responsabilidad con un doble requisito: 1) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona jurídica y 2) debe haber sido en interés o a cuenta de la persona jurídica [60].

Entre quienes son partidarios de una responsabilidad de doble imputación, tenemos a Spolansky, quien realiza una propuesta para la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, basada en el principio de heterorresponsabilidad, y así se expresa: "Una manera razonable de resolver la cuestión planteada es incluir,

entre las condiciones para decidir la imputación de la sanción a la persona jurídica, la acción de quienes pueden ser afectados. Es decir, tratar de que tenga una respuesta posible la pregunta que así pueden formularse los socios de una sociedad anónima: ¿qué acción tendríamos que haber ejecutado para evitar la multa o la disolución y liquidación de la sociedad? Por ejemplo: ante la resolución del directorio de exportar cometiendo el delito de contrabando, ya que ofrece buenos beneficios" [61].

En este sentido, un criterio razonable es considerar si el individuo que como órgano no cumplió con lo que debió cumplir, ejecutó un hecho que representa, a los fines penales, de acuerdo con los antecedentes y modalidades del caso, la voluntad o la práctica de la persona jurídica. Quienes pertenezcan a una persona jurídica y deseen evitar la pena deberán demostrar que el acto no constituyó la voluntad o la práctica de la persona jurídica. A tal fin, será necesario que ellos, y de acuerdo con las normas que regulan el caso, no hayan consentido, ni tolerado, el hecho prohibido, que se opusieron al acto y que lo impugnaron ante los órganos sociales, administrativos y judiciales [62].

Los beneficios que le adjudica Spolansky [63] a esta postura es que: 1) el Estado no renuncia a castigar a los autores de las infracciones que se ejecutan, y 2) toma en cuenta ciertas características de las sociedades anónimas en la actualidad, a saber: el hecho de que muchas veces el grupo que las dirige está constituido por un sector que no siempre posee la mayoría del capital social, y tampoco la mayoría de los votos posibles a emitir.

Por otro lado, digamos que de legislarse sobre sanción penal a las personas jurídicas para los delitos de contaminación ambiental, se debería agregar la exigencia de un programa de integridad, como hablan los artículos 22 y 23 de la ley 27.401, para de esa forma estar actualizados en la materia.

Y, para terminar, y sin entrar en la discusión sobre si se puede o no aplicar sanción penal a las personas jurídicas, o mejor, si las personas jurídicas pueden cometer delitos, discusión que excede el marco de este artículo, solamente transcribir palabras muy sabias y lúcidas del doctor Aftalión sobre la posibilidad o no de que las personas jurídicas puedan cometer delitos.

Expresamente decía: "Los partidarios de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas arguyen, entre otras cosas, que su tesis es una consecuencia de las modernas teorías sobre el delito, que lo definen como una acción típicamente antijurídica y culpable. En efecto, los autores que aceptan una definición como ésta no han podido zafarse del brete en que se colocan cuando pretenden aplicar sus concepciones sobre la culpabilidad a las personas jurídicas. Como se ven en figurillas para ensamblar las dos cosas, prefieren en general salir del paso [...] ¡negando la responsabilidad penal de los entes colectivos! ¡La realidad, los datos de la experiencia jurídica, son así sacrificados en aras de un concepto! El caso recuerda un poco la portentosa posición de Hegel, que afectaba desconocer los pueblos que no tuvieran acomodación en su esquema de la Historia Universal". "Frente a esta insostenible postura, me limitaré a decir lo siguiente: a) que el argumento pierde fuerza si se recuerda que nada impide al ordenamiento jurídico disociar los conceptos de 'obligación' y 'responsabilidad', e imputar las consecuencias de un acto a otro ente que el agente humano que lo realizó; b) que si aun así subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad de las personas jurídicas con la llamada «teoría jurídica del delito, ¡peor para esta última! Es el caso de recordar, una vez más, la célebre crítica que dirigía Von Ihering al formalismo jurídico: la vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquélla [...] y si la culpabilidad ha de ser una pieza necesaria a la teoría jurídica del delito, fuerza convenir que esa teoría debe ser rectificadora o completada en tal forma que sirva para todos los supuestos que se presentan en el campo de nuestro Derecho Penal, que no se reduce al Código Penal»" [64].

[1]

GARCÍA CAVERO, Percy, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Nº 9 (2002), Universidad Nacional de Educación a Distancia.

[2]

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, El Derecho Penal en la actividad económica, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 215.

[3]

Ver GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.

[4]

Se trató del procesamiento de un miembro del Consejo de Administración de una sociedad cooperativa que había suspendido sus pagos, por haber llevado los libros de comercio de la persona jurídica de manera desordenada. El problema de imputación de responsabilidad que se presentó era que la conducta de bancarrota descrita por el art. 283-2 del RStGB sólo podía ser realizada por el deudor, y dicha cualidad especial recaía sobre la sociedad, pero no sobre su órgano de administración.

[5]

Ídem.

[6]

GRACIA MARTÍN, Luis, El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Prensa Universitaria de Zaragoza, Zaragoza, 1986, p. 60.

[7]

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Consideraciones sobre la teoría del delito, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 180.

[8]

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, El Derecho Penal en la actividad económica cit., p. 220.

[9]

ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, ps. 385 y ss.

[10]

Ver GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 127.

[11]

Ver GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 109.

[12]

Ver GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 133.

[13]

En este sentido se expresa MAZUELOS COELLO, Julio F., La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, coord. por Percy García Caveró, ARA, nota 92.

[14]

BACIGALUPO, Enrique, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica

(el actuar en nombre de otro), en Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983, Edersa, Madrid, 1985, t. V, vol. 1, p. 328.

[15]

MAZUELOS COELLO, Julio F., La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, coord. por Percy García Caveró, ARA.

[16]

MAZUELOS COELLO, La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro cit.

[17]

MAZUELOS COELLO, La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro cit.

[18]

GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico. Parte general, ARA, 2003, p. 364.

[19]

Ver GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 368.

[20]

GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 369.

[21]

SCHÜNEMANN, Bernd, Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal, Di Plácido, 2004, p. 42.

[22]

SCHÜNEMANN, Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal cit., p. 44.

[23]

SCHÜNEMANN, Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal cit., p. 45. Cfr. Obras, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, ps. 513 y ss.

[24]

SCHÜNEMANN, Bernd, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro, en Revista de Derecho Penal, Nº 2005-2, Autoría y participación - II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 43. Ver también en SCHÜNEMANN, Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal cit., ps. 39 y ss.

[25]

SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las

formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro cit., p. 52.

[26]

SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro cit., p. 56.

[27]

SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro cit., ps. 56 y ss.

[28]

§ 14. Actuar por otra persona (1). Alguien actúa 1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos; 2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o, 3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aun cuando esas características no las tenga él pero sí existan en el representado.

[29]

§ 14. Actuar por otra persona (2). Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello: 1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o 2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa él con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aun cuando esas características no las tenga él, pero sí existan en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase.

[30]

SCHÜNEMANN, Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal cit., p. 48.

[31]

ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal cit., ps. 385 y ss.

[32]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 126.

[33]

Ver GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 126.

[34]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit., p. 138.

[35]

SILVA SÁNCHEZ Consideraciones sobre la teoría del delito cit., p. 187. En cuanto a la fuente de la representación, serían, la ley y los estatutos sociales, para órganos de representantes legales, y el negocio de representación, para los representantes voluntarios.

[36]

BACIGALUPO, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro) cit., ps. 315 y ss.

[37]

BACIGALUPO, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro) cit., p. 328.

[38]

BACIGALUPO, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro) cit., p. 371.

[39]

MAZUELOS COELLO, La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro" cit., p. 484.

[40]

GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro... cit., I, ps. 344 y ss., cita de GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 373.

[41]

GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro... cit., I, ps. 344 y ss., cita de GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 373.

[42]

GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro... cit., I, p. 383, cita de GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 374.

[43]

LÓPEZ CAMELO, Raúl Guillermo, El actuar en lugar de otro, en Revista de Derecho Penal, Nº 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 691.

[44]

MAZUELOS COELLO, La responsabilidad penal de los órganos de Dirección de la Persona Jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro" cit., p. 486.

[45]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 375.

[46]

GRACIA MARTÍN, Luis, La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en Derecho Penal español, en Derecho Penal Económico y de la Empresa, San Marcos Lima, 1996, p. 340.

[47]

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El actuar en lugar de otro en el Código Penal español, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., ps. 389 y ss.

[48]

SILVA SÁNCHEZ, El actuar en lugar de otro en el Código Penal español cit., p. 392.

[49]

SILVA SÁNCHEZ, El actuar en lugar de otro en el Código Penal español cit., p. 393.

[50]

SILVA SÁNCHEZ, El actuar en lugar de otro en el Código Penal español cit., p. 416.

[51]

SILVA SÁNCHEZ, El actuar en lugar de otro en el Código Penal español cit., p. 417.

[52]

GARCÍA CAVERO, Percy, La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: criterios de imputación, Bosch, Barcelona, 1999, p. 161.

[53]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., ps. 376 y ss.

[54]

Al respecto Roxin califica a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber especial y considera, por tanto, la responsabilidad del que actúa en lugar de otro como una responsabilidad del representante al que se le trasladan los deberes especiales del representado. En tanto, Schünemann defiende una comprensión de los delitos especiales como delitos de dominio. Para este autor, "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.

[55]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 378.

[56]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 379.

[57]

GARCÍA CAVERO, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro cit.; La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes cit., p. 386.

[58]

CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en AA. VV., Nuevas tendencias en política criminal, B de F/Reus, 2006, p. 11.

[59]

CANCIO MELIÁ, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa cit., p. 12. Con este alcance, esas nuevas aproximaciones constituyen un salto cualitativo. Una evolución en tal sentido no sólo se mueve en el campo de la mera hermenéutica de preceptos poco explícitos acerca de qué es lo que hacen, también puede incluirse expresamente una noción de responsabilidad-reprochabilidad, como lo ha hecho el legislador en Suiza o en los EE. UU.

[60]

BALCARCE, Fabián I. y CESANO, José Daniel, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Derecho Penal Económico, Mediterránea, t. 1, p. 192.

[61]

SPOLANSKY, Norberto Eduardo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en AA. VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, 2008, t. II, p. 1641.

[62]

SPOLANSKY, La responsabilidad penal de las personas jurídicas cit., t. II, p. 1641.

[63]

SPOLANSKY, La responsabilidad penal de las personas jurídicas cit., t. II, 1643. Por otra parte, para ser director no es preciso ser socio, con lo cual el que lo es muchas veces elige a quien es sólo un experto en negocios complejos. Asimismo, es interesante individualizar a los efectivamente socios, es decir a quienes participan de la actividad de la sociedad, y distinguirlos de aquellos que a pesar de adquirir acciones son meros inversores y no tiene ningún animus socii. Éstos no podrán aducir que se los ha penado sin culpabilidad, pues al comprar sus acciones decidieron no actuar plenamente como socios y aceptaron los riesgos que de esa decisión podrían derivarse.

[64]

AFTALIÓN, Enrique R., Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en L. L. 37-281-290.