

EXPECTATIVA DE CONDUCTA Y ACTUACIÓN EN LUGAR DE OTRO*

ALEX VAN WEEZEL

Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. Tipos penales especialmente restrictivos. II. ¿Existe un problema que resolver? III. La negación del problema. 1. Perspectiva fáctica de análisis y accesoriadad del derecho penal. 2. La responsabilidad del órgano como consecuencia de la estructura de las normas de conducta en derecho penal. 3. Una vasta zona gris. IV. Intersección de diversos ámbitos de la teoría del delito. 1. Principio de legalidad y prohibición de analogía como prohibición de generalización. 2. Diversas clases de delitos especiales: a. Necesidad de una posición de garante; b. Posición de garante y delito especial; c. Una tesis “fuerte”. 3. Actuar en lugar de otro e intervención delictiva V. ¿Es necesaria una regla (general) sobre actuar en lugar de otro en el derecho chileno? 1. El destinatario de las expectativas de conducta 2. Los órganos de personas jurídicas y otras formas de representación legal. 3. Casos de representación contingente. 4. Delitos especiales en sentido lato.

PALABRAS CLAVE: actuar en lugar de otro, expectativa de conducta, posición de garante, omisión, delitos especiales.

I. TIPOS PENALES ESPECIALMENTE RESTRICTIVOS

Una de las normas fundamentales sobre intervención delictiva en el ordenamiento jurídico-penal chileno es el art. 58 del Código Procesal Penal, conforme al cual “por las personas jurídicas responden los que hubieren *intervenido* en el acto punible”. Este “principio de intervención en el hecho” es un criterio fundamental para interpretar las reglas sobre autoría y participación que establecen el Código Penal y las leyes especiales, al punto que la determinación de su alcance puede considerarse el objeto principal de esa parte de la teoría del delito que se suele designar precisamente como *teoría de la intervención delictiva*.

Pero el principio de intervención en el hecho no es suficiente para fundar la responsabilidad –o, al menos, la responsabilidad a título de autor– cuando el tipo penal contiene una o varias restricciones de su ámbito de aplicación consistentes en ciertas cualidades que debe ostentar el interviniente o que se hallan en directa

* La versión original (y algo más extensa) de este trabajo fue publicada en el texto colectivo titulado *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, (Santiago, 2013), pp. 283 y ss.

relación con él. Normalmente estas restricciones consisten en una relación del sujeto activo con ciertas personas o bienes¹.

Cuando el alcance del tipo está restringido por la inclusión en él de ciertas relaciones con personas o bienes, y tales relaciones corresponden según el derecho civil, mercantil, administrativo, etc. a una persona jurídica, la sanción penal del órgano o representante de esa persona jurídica conforme al art. 58 del Código Procesal Penal implicaría necesariamente una de dos cosas: (i) una ampliación del alcance del tipo penal a personas naturales –órganos o representantes– que no ostentan la cualidad requerida en la definición típica, o bien (ii) un traspaso a los órganos o representantes, al menos para los efectos del derecho penal, de las cualidades especiales que ostentan las personas jurídicas por las cuales actúan. Llamaremos preliminarmente “generalización del tipo” a la primera posibilidad, y “endoso de la cualidad”, a la segunda.

Por ejemplo, cuando lo que se ha dado en prenda son créditos u otras cosas incorpóreas, el art. 39 de la Ley sobre Prenda sin Desplazamiento² castiga al *deudor prendario* que defraude al acreedor ocasionando la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía. Si el deudor prendario es una sociedad anónima cerrada, y su gerente se las arregla para compensar el crédito prendado con otras deudas de la sociedad, la posibilidad de sancionar al gerente –que para el derecho mercantil no es el deudor prendario– por el delito previsto en aquella norma, pasa por una generalización del tipo o bien por el endoso en sede penal de la cualidad de deudor.

El problema no es exclusivo del derecho penal, sino que alcanza también –y muy intensamente– al derecho administrativo sancionador. Un ejemplo paradigmático son las infracciones graves a la obligación de informar operaciones sospechosas, que afecta a las personas señaladas en el art. 3º de la ley N° 19.913 (por ejemplo: “compañías de seguros”, “sociedades administradoras” de zonas francas, “casinos”, etc.) y que puede sancionarse con multas de hasta 5.000 unidades de fomento.

En muchos casos es la propia ley la que, consciente del problema, resuelve el asunto ampliando expresamente el alcance del tipo penal o sancionatorio a los administradores, gerentes o representantes de la persona jurídica (como hace,

¹ Para un sector de la doctrina, especialmente de orientación finalista, también podría tratarse de alguna tendencia o ánimo en particular. En lo que sigue no se tratará de esta clase de características personales. En todo caso, es cierto que el problema no solamente afecta a los delitos llamados “especiales” en sentido estricto. La dispersión –entre representante y representado– de requisitos típicos que deberían concurrir en un solo sujeto para poder fundar su responsabilidad puede verificarse también respecto de ciertos elementos que no convierten al delito en uno especial, v.gr. si en relación con el art. 467 C.P., el título obligatorio vincula a una persona y es otra la que realiza efectivamente la entrega.

² Hoy en el art. 14 de la Ley N° 20.190.

por ejemplo, el art. 21 de la ley N° 19.913). Los ámbitos más señalados en que la misma ley se hace cargo del asunto son en Chile el derecho penal concursal y el derecho penal tributario. A las reglas respectivas –el art. 232 inciso 1° del Libro IV del Código de Comercio (en adelante “Ley de Quiebras”) y el art. 99 del Código Tributario– nos referiremos luego con algo más de detalle. En cambio, el Código Penal suele eludir la dificultad, como cuando se refiere a los dueños o administradores, o incluso al “encargado” de ciertas unidades operativas –con frecuencia entidades sin personalidad–, a las que al parecer se puede atribuir un cierto ámbito de organización (arts. 276, 277, 368 bis, 456 bis A, 495 N° 18)³, y donde la punibilidad se define por la vinculación del sujeto activo definido en el tipo con ciertas personas o cosas.

II. ¿EXISTE UN PROBLEMA QUE RESOLVER?

Pero en la mayoría de los casos, y particularmente en el ámbito económico-patrimonial, el legislador ha guardado silencio: nada ha dicho respecto del ya mencionado “fraude” que comete el deudor prendario (art. 39 Ley sobre Prenda sin Desplazamiento); del delito que comete el “prestamista” del art. 282 cuando no diere resguardo de la prenda o seguridad recibida; de los delitos que puede cometer el “deudor no dedicado al comercio” en el art. 466; de los “comerciantes” responsables del delito de incendio en el art. 483 b; del “dueño” de una cosa mueble que comete *furtum possessionis* (art. 471 N° 1); del “dueño o poseedor regular” que ocupa el inmueble que otro posee o tiene ilegítimamente pero con derecho aparente en el art. 457 inciso 2°. Tampoco aclara la situación de la “persona jurídica” que ejerce informalmente el giro bancario en el delito del art. 39 de la Ley General de Bancos; ni del “propietario, loteador o urbanizador” que incurre en las conductas tipificadas en el art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; ni del “deudor” que está siendo ejecutado y “subtrae” los bienes embargados cometiendo el delito previsto en el art. 444 del Código de Procedimiento Civil, o del “ejecutante” que durante la segunda ejecución hace retirar las cosas embargadas de manos del depositario ya designado durante la primera (art. 528 del Código de Procedimiento Civil). En fin, nada dice acerca del “dueño” de animales feroces que por su descuido causan daño en las personas (art. 491 inciso 2°), ni del “encargado” de la persona de un menor que no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad (art. 355).

Cuando en estas hipótesis el dueño, deudor, urbanizador, encargado, comerciante, prestamista, etc. es una persona jurídica, se reproduce la situación descrita al comienzo: para castigar a las personas naturales que intervinieron en el hecho

³ Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno.

al parecer habría que generalizar el alcance del tipo penal, o bien endosar a estas personas naturales la cualidad personal que el derecho civil, mercantil, administrativo, etc. atribuye únicamente a la persona moral.

En la literatura, este complejo de problemas suele comprender también las situaciones de representación de una persona natural por otra persona natural, y ambas cuestiones se agrupan bajo la denominación “actuar en lugar de otro”. En lo inmediatamente sucesivo abordaremos las situaciones en que la representación se refiere a una persona jurídica. Los casos en que “el otro” por quien se actúa es una persona natural corresponden a una problemática en parte diversa –aunque esencial para comprender el alcance del actuar en lugar de otro–, y que está condicionada por la accesoriadad cualitativa propia de la intervención delictiva. A ella nos referiremos hacia el final de esta contribución.

Pero, ¿existe realmente un problema que resolver? Pues es necesario advertir desde ya que –al menos hasta donde resulta accesible su consulta– ni a la doctrina ni a la jurisprudencia chilenas parecen preocuparle en lo más mínimo las cuestiones mencionadas en los párrafos precedentes. Esto es extraño, si se tiene en cuenta que la discusión en torno al actuar en lugar de otro no se refiere en sí misma a una cuestión cosmética, sino que tiene que ver –realmente o no, es lo que hay que discutir– con el principio de legalidad en su vertiente de *legis strictae*. Fue precisamente enarbolando las banderas del principio de reserva que, en el año de 1874, el pleno del Tribunal Supremo de Prusia absolvió al representante de una corporación insolvente que había manipulado la contabilidad de la firma en perjuicio de los acreedores, pues el tipo penal del respectivo delito concursal exigía –a su juicio– identidad entre el deudor y el ejecutor de la manipulación. Esta solución podría ser político-criminalmente insatisfactoria, reconoció el tribunal, pero a pesar de ello no resultaba posible enmendar errores legislativos a costa de los derechos fundamentales.

El mismo razonamiento ha llevado en muchas legislaciones a incluir en la parte general del Código Penal una regla sobre actuación en lugar de otro, pues se la considera una manifestación elemental de la garantía de legalidad. Por lo tanto, es razonable preguntarse por qué si en los ordenamientos jurídicos que procuran tomar en serio el principio de reserva en materia penal se considera indispensable una norma sobre actuación en lugar de otro, en Chile este problema parece no haberse presentado nunca. Dejando en segundo plano algunas razones más bien coyunturales (el actuar en lugar de otro exhibe mayor incidencia en el derecho penal económico, que en Chile tiene en general escasa aplicación; dos de los ámbitos más relevantes –quiebras, tributario– cuentan con una norma expresa), parece oportuno indagar si existe una respuesta que resulte coherente con los estándares mínimos de limitación del poder punitivo que establece la Constitución Política, y con una tradición jurídico-penal que no ha querido ser permisiva en materia de infracción de garantías. No es difícil anticipar que, por la clase de pregunta de que se trata

(¿tiene vigencia real en Chile el principio de legalidad?), solo caben dos alternativas de respuesta posible: se está frente a un déficit involuntario pero grotesco, que es preciso remediar cuanto antes mediante una reforma legislativa; o bien, el actuar en lugar de otro solo en apariencia representa un problema importante y urgente de legalidad, sin perjuicio de que pueda plantear algunos desafíos –de menor entidad en relación con el problema de fondo– como el alcance exacto del deber en la estructura de la empresa.

La ausencia del tema en la discusión jurídico-penal chilena obliga a realizar una advertencia adicional: cuando aquí se habla de la responsabilidad penal de los órganos y representantes de una persona jurídica por los hechos que ejecutan actuando en su lugar, ello en absoluto se refiere a una responsabilidad en razón del cargo o a una responsabilidad vicaria. El punto de partida de todas las reflexiones es que, tal como exige el art. 58 del Código Procesal Penal, el órgano o representante ha “intervenido en el acto punible”. Determinar el significado de la palabra “intervenir” es el objeto principal de la teoría de la intervención delictiva, pero ella representa justamente la contrapartida de una responsabilidad individual basada en la sola infracción de deberes de supervigilancia o en ficciones. Dicho de otro modo, la dificultad que es objeto de esta contribución no radica en saber si quien constituye el órgano tuvo o no participación en los hechos –ya se sabe que la tuvo–, sino en determinar si, a pesar de ello, el hecho de que el ordenamiento atribuya en principio la cualificación exigida en el tipo solo a la persona jurídica implica que dicha intervención no se encuentre comprendida en el alcance del tipo⁴.

III. LA NEGACIÓN DEL PROBLEMA

Hay dos corrientes de pensamiento penal entre cuyas manifestaciones se encuentra la idea de que una regla general sobre actuación en lugar de otro es superflua. Se trata de la perspectiva fáctica de análisis, y de la responsabilidad de los órganos como consecuencia necesaria de la estructura de las normas de conducta en Derecho penal.

1. Perspectiva fáctica de análisis y accesoriedad del derecho penal

La intuición fundamental de la perspectiva fáctica de análisis consiste en que es preciso “liberar” al derecho penal del pensamiento civilista, con el fin de

⁴ Ello tiene muchas consecuencias, por ejemplo, que allí donde existe una regla de actuación en lugar de otro –como el art. 232 del Libro IV del Código de Comercio–, esta regla también es susceptible de aplicarse a quienes desempeñan roles subordinados de administración de la compañía, con tal de que puedan “actuar en su lugar” y lo hayan hecho al momento de realizar la conducta típica.

que pueda responder en mejor forma a su vocación fáctica. Es decir, y en lo que respecta al tema que nos ocupa, no importa en quién el derecho civil, mercantil, administrativo, etc. hace recaer los efectos jurídicos de ciertos actos, al derecho penal le interesa determinar quién actúa de hecho y, por lo tanto, quién realiza materialmente la conducta descrita en el correspondiente tipo penal.

Pero como no se puede pasar por alto que es precisamente el tipo penal el que exige que el sujeto activo ostente una particular calidad de la que el actuante carece, la perspectiva fáctica de análisis tiene que explicar qué hacer con esa prescripción típica. La respuesta de Wiesener –uno de los principales representantes de esta concepción– consiste en que el órgano adquiere personalmente la cualificación a través de la asunción de hecho de la posición jurídica que corresponde al especialmente obligado⁵. Esta equiparación del actuante al obligado no es constituida o creada por una norma sobre actuar en lugar de otro, sino que preexiste materialmente y sería en realidad el fundamento de una norma semejante. Según la perspectiva fáctica de análisis, quien realmente se encuentra en la posición jurídica del obligado –en el preciso sentido que resulta decisivo para la interpretación del tipo penal especial– es aquel que *realmente actúa* en el círculo jurídico definido por esa posición de deber.

El mérito de la perspectiva fáctica de análisis radica en que pone muy bien de relieve que el problema de los delitos especiales dice relación con los fundamentos de la posición de garante de quien realiza materialmente el tipo penal. Esta perspectiva sitúa por lo tanto las cualificaciones personales en el lugar que les corresponde, lo que permite de algún modo relativizar su estructura aparentemente formal y rígida. Sobre esto volveremos brevemente más adelante.

Sin embargo, no es aceptable el rechazo de la interpretación accesorio de los preceptos penales que acompaña a la perspectiva fáctica. El derecho penal es un ordenamiento secundario y construye sus conceptos utilizando como insumo indispensable los conceptos y valoraciones de la regulación extrapenal. Esta dependencia conceptual del ordenamiento punitivo no impide por completo la formulación de conceptos autónomos cuando ello resulta indispensable, ni mucho menos significa que el derecho penal no pueda delimitar con criterios específicamente penales el ámbito de la protección que brinda. Pero, con todo el margen que es preciso reconocer al juez penal para interpretar los conceptos extrapenales, la legislación chilena es clara en cuanto al carácter vinculante que ellos tienen en general.

En términos amplios, ello se deriva de las reglas sobre la cosa juzgada (artículos 178 y 180 del Código de Procedimiento Civil), conforme a las cuales el derecho penal no conoce delito alguno que no sea al mismo tiempo un hecho ilícito de acuer-

⁵ WIESENER, Axel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, (Frankfurt a.M., 1971), pp. 140 y ss., 150 y ss.

do a las normas extrapenales pertinentes. Pero la accesoriedad del derecho penal aparece de un modo especialmente patente en las normas sobre competencia de los jueces penales respecto de materias extrapenales, que la ley suele llamar “civiles”. En principio, todos los “hechos de carácter civil” que constituyen “elementos que la ley penal estim[a] para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor” (art. 173 del Código Orgánico de Tribunales), son de competencia de los mismos jueces penales. Las excepciones son raras y taxativas, al menos de acuerdo a la opinión predominante (arts. 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales; art. 171 del Código Procesal Penal). Sin embargo, respecto de aquellas cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, la ley señala expresamente que su “prueba y decisión” se sujetará a las disposiciones del derecho civil (art. 173 inciso 4° del Código Orgánico de Tribunales).

Por lo tanto, una supuesta “liberación” del derecho penal del pensamiento civilista carece en Chile de sustento conforme al derecho vigente. Con ello desaparece la posibilidad de adoptar en forma pura la perspectiva fáctica de análisis.

2. La responsabilidad del órgano como consecuencia de la estructura de las normas de conducta en derecho penal

Otra forma de prescindir de una regla sobre actuar en lugar de otro es afirmar que ella resulta superflua por cuanto las normas de conducta en derecho penal solo pueden concebirse como dirigidas a personas con capacidad de acción, y únicamente en la medida en que el derecho penal les reconoce tal capacidad. De ello se concluye que, tratándose de incapaces y personas jurídicas, quienes les representan no solo deben cumplir con los deberes que incumben a sus representados desde el punto de vista del derecho privado, sino también con aquellos que emanan del derecho público y, concretamente, aquellos cuyo cumplimiento se encuentra reforzado mediante una amenaza de pena. Quien tiene la obligación de pagar las cuentas de una compañía, tiene también la obligación de no evadir el pago de sus tributos. Uno de los representantes más destacados de este planteamiento –que está llamado a resurgir con cierta frecuencia en la solución de problemas complejos en derecho penal– fue Nagler, a quien posiblemente se deben también las formulaciones más sugerentes y depuradas acerca de la problemática de los delitos especiales en general⁶.

El problema de esta concepción radica en que entre la premisa y la conclusión parece haber un miembro no suficientemente explicitado, que además es justamente el problemático. Pues del hecho que las normas de conducta se dirijan solo

⁶ NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, (Leipzig, 1903), pp. 4 y ss.

a quienes tienen capacidad de acción (y, cabría agregar, también de motivación), no se deriva necesariamente que tales normas, cuando ellas configuran delitos especiales, quieran extender su ámbito de aplicación a los casos en que quien posee la capacidad de acción no es al mismo tiempo quien ostenta la cualificación requerida. Dicho de otro modo, para aceptar la conclusión de Nagler hay que suponer que es indeseable que se produzca una “laguna de punibilidad”, consistente en que un órgano personalmente no cualificado resulte impune a título del delito especial cuando la cualificación se encuentra radicada en la persona jurídica por la que actúa. Sin embargo, cabría perfectamente sostener que las normas de conducta que configuran delitos especiales solo tienen como destinatarios a las personas que, además de hallarse personalmente cualificadas, ostentan por sí mismas capacidad de acción, y que por lo tanto todo lo demás es analogía *in malam partem*. Este es precisamente el problema que se trata de resolver.

3. Una vasta zona gris

No obstante lo señalado en los apartados anteriores, aún no se encuentra clarificado del todo cuándo para imputar a un órgano el incumplimiento de los deberes penalmente garantizados que pesan sobre la persona a la cual representa, basta con una perspectiva fáctica de análisis o con una referencia más o menos vaga a los principios generales de derecho⁷. Esto es particularmente relevante respecto de aquellas figuras donde el legislador simplemente sustantiviza ciertas conductas para designar, mediante tales sustantivos, a los sujetos que las llevan a cabo. De esta forma, la ley convierte los tipos penales correspondientes en delitos especiales en sentido lato o *sui generis*, donde la cualificación no está asociada a una posición jurídica que goza de cierta autonomía regulatoria y constituye una especie de atributo del autor —como en el caso del deudor, síndico, comerciante o contribuyente—, sino a la realización de una determinada actividad, como en el caso del prestamista, del loteador o del que —sin tener la calidad de banco— se dedica al giro que corresponde a las empresas bancarias en el sentido del art. 39 Ley General de Bancos, etc. En estas últimas hipótesis parece como si se tratara solo de formas elípticas para describir la acción típica. Según Roxin, por ejemplo, solamente sería necesaria una norma expresa sobre actuar en lugar de otro cuando se trata del primer grupo de descripciones típicas, pues en las hipótesis del segundo grupo es el mismo representante quien realiza la acción y por tanto queda comprendido en el alcance del tipo sin necesidad de acudir a prescripciones adicionales. Dicho sea de paso, aunque según Roxin en estas situaciones ni siquiera haría falta aplicar la perspectiva fáctica de análisis, pues todo el problema se reduce a una correcta

⁷ BOSCH, Nikolaus, § 14, en SATZGER, Helmut, SCHLÜCKEBIER, Wilhelm y WIDMAIER, Gunter, StGB Kommentar, (Köln, 2009), Rn. 1.

lectura del tipo penal, según Bruns realizar este ejercicio interpretativo equivale justamente a aplicar dicha perspectiva⁸.

IV. INTERSECCIÓN DE DIVERSOS ÁMBITOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

El problema de la actuación en lugar de otro es la zona de intersección de una serie de ámbitos que a su vez son objeto de viva discusión y presentan ribetes especiales en el sistema penal chileno: la vigencia efectiva del principio de legalidad, la capacidad e incapacidad de las personas jurídicas para ser sujeto de un reproche penal y las consecuencias que de ello se derivan, la teoría de los destinatarios de las normas penales de conducta, la ausencia de una norma sobre comunicabilidad o incomunicabilidad de cualificaciones personales, la relación entre la responsabilidad de los órganos y representantes y las posiciones de garante reconocidas tradicionalmente en el ámbito de los delitos de omisión, etc.⁹.

A continuación se alude muy brevemente a algunos de estos grupos de problemas, en tres apartados distintos. En primer lugar, se trata el alcance del principio de legalidad en su dimensión de *legis strictae*, pues la afectación del principio de legalidad que se busca precaver mediante una regla de actuación en lugar de otro depende del contenido que se le asigne. En segundo término, se mencionan las diversas clases de delitos especiales, pues parece imposible introducir algo de claridad sobre la transmisibilidad de las cualificaciones personales, sin intentar previamente procurarse alguna en cuanto a las diferentes razones por las que el legislador recurre a ellas en la formulación de los tipos. A continuación será necesario situar la institución de la actuación en lugar de otro en relación con la teoría de la intervención delictiva y, a propósito de ello, puede ser útil mostrar que una regla de actuación en lugar de otro también se puede aplicar a los casos de intervención, pero que entonces cumple una función completamente distinta de la que le corresponde respecto de los órganos o representantes de una persona jurídica. De más está decir que todos estos grupos de problemas se abordan —se tocan— sumariamente, y solo en lo que se estima estrictamente indispensable para el objeto de esta contribución.

1. Principio de legalidad y prohibición de analogía como prohibición de generalización

La doctrina según la cual las leyes penales deben interpretarse teleológicamente puede considerarse predominante tanto en la literatura como en la jurisprudencia

⁸ Véase al respecto BRUNS, Hans Jürgen., Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG), en GA (1982), pp. 22 y ss.

⁹ BRUNS, Hans Jürgen., ob. cit., pp. 2 y ss.

de los tribunales¹⁰. Conforme a ella, cuando el sentido literal posible de una norma da lugar a un cierto rango de interpretaciones, unas más restrictivas que otras, el tribunal es libre de optar razonadamente por una de ellas, y por lo tanto una interpretación teleológica puede reducir o, en este sentido, ampliar la punibilidad, con total independencia de las representaciones del legislador histórico. La ampliación del ámbito de aplicación de una norma es justamente uno de los efectos del análisis teleológico, y su límite es el sentido literal posible, es decir, el principio de tipicidad aplicado a la interpretación, que consiste en aquella prohibición de generalización que se denomina usualmente “prohibición de analogía”.

Por otra parte, hay al menos dos formas muy distintas de entender el principio de legalidad y ambas tienen consecuencias en la comprensión de la prohibición de analogía. Siguiendo a Naucke, es posible graficar (con algo de caricatura) ambas formas del siguiente modo. Si bien el principio de legalidad ha sido entendido desde antiguo como *magna charta*, es muy distinto si se lo concibe como *magna charta* del delincuente o del ciudadano. En el primer caso el principio protege al delincuente (“malo”) frente al Estado (“bueno”), lo cual significa que es posible hablar de “delito” y “delincuente” aunque no se tenga en mente un determinado tipo penal que sea aplicable; el principio es así un “mal necesario” y, si alguna vez se infringe, cabe esperar cierta indulgencia. En el segundo caso, en cambio, protege al ciudadano (“bueno”) frente al Estado (“malo” en cuanto que poderoso), lo cual significa que no es posible hablar de “delito” y “delincuente” sin tener en mente un determinado tipo penal aplicable; el principio es desde esta perspectiva un “bien necesario” y, cuando se le viola, no cabe esperar indulgencia alguna¹¹.

Entendido el principio de legalidad como *magna charta* del ciudadano, la prohibición de analogía poco tiene que ver con la función de las normas de conducta como insumo en la planificación de los individuos. Por el contrario, su verdadera función consiste en restringir el poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva, la prohibición de analogía forma un sistema de limitación del poder estatal junto al mandato de determinación de los tipos y a la prohibición de conferir a las leyes penales efecto retroactivo.

En esta línea puede situarse el razonamiento del Tribunal Constitucional en el Rol N° 1432 (2010), donde en relación con el art. 390 CP se discutió si era aceptable la amplitud de significado que es posible acordar a la palabra “conviviente”, en un espectro que va desde la vida en común en términos exteriormente semejantes al matrimonio hasta relaciones que exhiben un grado mucho menor de compromiso

¹⁰ Respecto de la doctrina SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Zur sogenannten teleologischen Auslegung, en PAWLIK, Michael *et al.* (edit), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. (Köln, 2007), pp. 645 y ss.; respecto de la jurisprudencia, véase en particular la del Tribunal Constitucional en los Roles N°s. 1281 (2009) y 1351 (2010).

¹¹ NAUCKE, Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, (Neuwied, 2002), p. 67.

y continuidad. Luego de recurrir a la historia fidedigna de la introducción del “conviviente” como objeto material del parricidio, el tribunal pasó a examinar el sentido de la palabra en diversos cuerpos normativos de rango legal desde el año 1940. Entre tales sentidos y la interpretación judicial y doctrinaria de la expresión, el TC advierte una cierta correspondencia, que considera suficiente para estimar que la norma satisface el mandato de determinación: “La presencia de elementos lingüísticos, y una precedente interpretación *judicial y doctrinaria*, entregan suficiente contenido al concepto como para ser aplicado *por el tribunal* del fondo”¹².

Lo interesante es la perspectiva de análisis que adopta el TC: se trata de que la norma posea suficiente contenido de cara a su interpretación por parte del juez. Lo mismo había señalado años antes en el Rol N° 549, donde se afirma que el tipo del art. 434 CP es constitucional porque “la descripción típica del acto de piratería puede ser aprehendida mediante los métodos de interpretación que corresponde *al juez* de la causa utilizar”¹³. Con ello se afirma de un modo inequívoco que, para los efectos del principio de tipicidad, el destinatario de la norma es en primer lugar el tribunal y no el ciudadano. Es el juez quien debe estar en condiciones de comprender el tipo y subsumir hechos bajo su formulación. Es cierto que esto a la larga redundará en beneficio del ciudadano justiciable, pero está bastante lejos de la imagen de un legislador obligado a redactar los tipos penales de tal modo que estos “alerten” al hombre de la calle y le permitan conocer anticipadamente cuál es el límite de lo penalmente permitido o prohibido¹⁴.

En este contexto se entiende que para el TC no es relevante que una expresión contenida en el tipo sea clara o no lo sea desde el punto de vista del lenguaje ordinario. Ella debe serlo en su contexto de uso y, concretamente, en el contexto de uso jurídico. Esta posición implica asumir que no existe un sentido que las normas tengan, sino solamente uno que se les atribuye, y que la única forma de atribuir racionalmente sentido es hacerlo en forma sistemática. Por eso, la elaboración de un sistema es irrenunciable. El juicio acerca de si una determinada interpretación de la norma viola la prohibición de analogía al generalizar excesivamente su sentido y, con ello, ampliar en forma contraria a su tenor literal el ámbito de su aplicación, solo puede efectuarse desde una perspectiva sistemática. Esta comprensión de la prohibición de analogía y su alcance resultará especialmente relevante al momento

¹² Rol N° 1432 (2010), cons. 39° (cursivas añadidas). En la misma línea se encuentra Rol N° 1443 (2010), que dedica los considerandos 36° a 40° a esclarecer la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los elementos del tipo del delito de asociación ilícita.

¹³ Rol N° 549 (2007), cons. 13° (cursivas añadidas).

¹⁴ Al mismo tiempo, la expresión destacada reitera una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad: que no obsta a la determinación de los tipos el hecho de que ellos puedan ser interpretados por el juez en más de un sentido divergente.

de enjuiciar si en Chile es necesaria, o al menos conveniente, una norma sobre actuar en lugar de otro.

2. *Diversas clases de delitos especiales*

Cuando el deudor paga puntualmente al acreedor la suma que le debe, a pesar de que le consta que con ello posibilita el negocio de trata de personas que este tiene entre manos, no se puede dudar que desde una perspectiva exclusivamente naturalista se trata de una posibilitación. En sentido social, y por lo tanto, en el único sentido que aquí interesa, no lo es. Se trata del pago de una deuda, y la interpretación que realiza el acreedor como posibilitación del delito es *su* interpretación, no vinculante, una interpretación que él no puede endilgarle al deudor. Puede ser que el deudor, según el ordenamiento jurídico pertinente (no en Chile), deba informar pese a todo a la autoridad acerca de la planificación delictiva que conoce; pero en tal caso no porque él sea el deudor, sino porque aquel ordenamiento jurídico exige lo mismo de cualquier ciudadano.

a. *Necesidad de una posición de garante*

La conclusión anterior se explica en razón de que, al menos a partir de Feuerbach, se considera que no existe un deber jurídico-penal que obligue a todos los ciudadanos, en términos generales, a resguardar los bienes jurídicos. El derecho penal liberal se caracteriza entre otras cosas porque en las relaciones entre personas que no se encuentran especialmente vinculadas, es decir, entre personas cualesquiera, solo se puede amenazar con una pena la infracción de los deberes *negativos*¹⁵, que consisten en no lesionar o dañar al otro. Tratándose, en cambio, de deberes *positivos*, que tienen por objeto el mejoramiento de la situación del otro, es preciso contar con “un fundamento jurídico especial”, es decir, en cualquier caso con un fundamento de carácter *jurídico*. La existencia de una obligación moral no es suficiente por sí misma.

El fundamento de la imputación en la mayor parte de los delitos radica en que el sujeto ha expandido su ámbito de organización a costa del ámbito de organización de otra persona; se ha arrogado la administración de una esfera de competencia ajena. En el caso de los delitos de infracción de un deber, en cambio, el fundamento radica en la violación de un deber positivo. Lo anterior puede ocurrir mediante el despliegue de energía física para influir en los cursos causales de la naturaleza. Pero también puede ocurrir sin ese despliegue de energía, cuando el ámbito de organización de una persona produce efectos hacia afuera sin necesidad de tal

¹⁵ Feuerbach, P. J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, (Gießen, 1847), 1986, § 23.

despliegue. Ello ocurre por ejemplo en las situaciones en que el autor cuenta con máquinas, con animales entrenados o se sirve de otros sujetos como instrumentos. Lo relevante para la imputación no es que se actúe o se omita, sino que el sujeto sea competente por el curso o proceso en cuestión. Esta competencia se fundamenta en una posición de garante, la que puede vincularse a deberes negativos o a deberes positivos, con independencia de una distinción entre delitos de acción y de omisión; en el ámbito de los deberes negativos se encuentran por ejemplo los deberes de aseguramiento en el tráfico; en el ámbito de los deberes positivos, las relaciones de paternidad, la confianza especial y los deberes estatales mínimos.

A esta definición de ámbitos de responsabilidad en su fuente se agrega, especialmente en las actividades donde intervienen varias personas—en un esquema de división de trabajo, como en la dirección de una empresa, o de simple confluencia de varios actores, como en el tráfico motorizado— un análisis del caso según los criterios de imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza, actuación a riesgo propio). El resultado de lo anterior es una interpretación del tipo penal que incluye la definición de su alcance respecto a personas concretas. Lo que se determina son ámbitos de responsabilidad, pues recién a partir de esta definición tiene sentido hablar de la infracción de una norma.

Una de las consecuencias más relevantes de todo ello es que la causación—aunque sea dolosa— no puede servir de fundamento a una imputación, sino que lo primero es determinar si esa causación evitable corresponde al ámbito de responsabilidad de la persona en cuestión. Este será el caso solo cuando dicha persona esté obligada—de un modo penalmente relevante— a evitar la realización típica de que se trata. Esto implica la afirmación de un deber, cuya existencia no se da por supuesta, sino que es preciso fundamentar antes de analizar cualquier otra cosa.

b. Posición de garante y delito especial

Uno de los principales problemas sin respuesta clara en el régimen chileno de la intervención delictiva es la comunicabilidad o incommunicabilidad de las cualificaciones personales, que caracterizan a los delitos especiales, a aquellos intervinientes en quienes no concurren. Muchos ordenamientos jurídicos disponen de una norma expresa que regula la comunicabilidad y sus efectos en la determinación de la pena. Nuestro sistema no contempla una regla semejante y de aplicación general, ni siquiera en el artículo 64, que establece la incommunicabilidad de las circunstancias personales modificatorias de la responsabilidad penal. El problema de esta norma no radica solo en que es poco clara su aplicabilidad respecto de elementos distintos de las circunstancias modificatorias, sino sobre todo en que no proporciona un criterio razonable para distinguir entre distintas clases de delitos especiales.

Esto ha llevado a que la doctrina y buena parte de la jurisprudencia erigieran como criterio sobre comunicabilidad—y, en consecuencia, como *la* distinción

relevante en materia delitos especiales— la circunstancia de si existe o no un delito “común” que sea paralelo al delito especial. De esta manera, la comunicabilidad queda entregada al albur de las diferentes técnicas legislativas en cada ámbito del derecho penal. Según este modo de razonar, por ejemplo, reciben un tratamiento completamente distinto el cómplice *extraneus* de un parricidio (no se comunica la calidad especial) y el cómplice *extraneus* de una malversación de caudales públicos (sí se comunica la calidad especial). En cambio, si se trata de una hipótesis de fraude al fisco, la punibilidad del *extraneus* dependerá de la forma en que ocurrieron los hechos en el caso concreto; si éstos se asemejan más bien a una estafa, como existiría el delito “común” paralelo, no habría comunicabilidad; si, por el contrario, se asemejan más a una administración fraudulenta, sería preciso comunicar para evitar “lagunas de punibilidad”, pues, como según la opinión predominante no existe un delito común de tal especie, sería imposible dividir el título de la imputación.

Todo esto es pura arbitrariedad y proviene de la ausencia de respuesta con respecto al problema de fondo: ¿qué significa, desde el punto de vista valorativo, que un determinado tipo penal contenga una cualificación del sujeto activo?, ¿qué quiere decir la ley al considerar en el tipo la cualificación personal?

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, existen dos respuestas alternativas y principales a esta pregunta. En el ámbito del actuar en lugar de otro viene a cuento también una tercera respuesta. En primer lugar, puede ser que para la ley el bien jurídico protegido por la figura en cuestión solo sea *accesible* a un círculo restringido de personas, y que por lo tanto solo ellas puedan infringir el deber que subyace al tipo, el cual, por definición, será un deber positivo. En tal caso, como resulta obvio, no puede existir comunicabilidad; cada obligado se encuentra solo ante su deber. Tal es el caso de algunas de las relaciones que contempla el art. 390, como la relación paterno-filial. Pero puede ocurrir también, y en segundo lugar, que la cualificación del sujeto activo solo sea una regla de determinación de la pena. El bien jurídico puede ser atacado por cualquiera, pero si interviene un sujeto cualificado, él determina el título de la imputación— todos los intervinientes serán castigados por el mismo título—, pero además es el único que recibirá la pena prevista para los autores.

La referencia a un importante fallo de la Corte Suprema sobre el delito previsto en el art. 97, N° 4, inciso 2°, del Código Tributario— que sanciona entre otros a los contribuyentes afectos al IVA que realicen cualquier maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer—, puede resultar ilustrativa al respecto. Desde un comienzo se debe tener presente que el tipo penal en cuestión efectivamente se refiere al contribuyente del IVA y de otros impuestos sujetos a retención o recargo. Por lo tanto, no se trata de interpretar el tipo como si esa referencia no existiera, sino únicamente de determinar si ella implica que el legislador restringe el círculo de los destinatarios de la norma de conducta penal a quien tiene la calidad de contribuyente respecto de la obligación tributaria respectiva, excluyendo por completo la intervención de

extranei en el delito tributario; o si, por el contrario, esa referencia constituye solo una regla sobre determinación de la pena, en el sentido de que un interviniente *en el delito tributario*, pero que no es el contribuyente, no podría ser castigado con la pena prevista en la ley para los autores.

Debido a la indefinición dogmática al respecto, el Supremo Tribunal se vio en la disyuntiva de admitir la comunicabilidad castigando a todos los intervinientes por igual (el interviniente *extraneus* había realizado conductas encuadrables en el art. 15, N° 1), o bien enfrascarse en la búsqueda de un “delito común paralelo”, lo que probablemente hubiera llevado a absolver al *extraneus*. Este planteamiento del problema, heredado de la discusión sobre el alcance del art. 64, no es sin embargo forzoso. Pues no es lo mismo decir que la afectación del deber o del bien jurídico que sirve de base al tipo penal es en principio accesible para cualquier ciudadano, que sostener que todos ellos realizan dicha afectación de un modo valorativamente equivalente. La ley, en efecto, podría realizar alguna distinción –como parece hacerla por ejemplo en el art. 466 respecto del “deudor” y los intervinientes que no lo son– y prever que solo sea posible imponer la pena de autor a quien ostenta la cualificación personal, aunque admita la intervención delictiva de los no cualificados.

En lo que respecta específicamente al actuar en lugar de otro, la pregunta acerca de la clase de “especialidad” que la ley ha establecido admite una tercera respuesta. Puede ser que se trate simplemente de un delito especial “en sentido lato” o *sui generis*, es decir, de un caso en que la cualificación no está asociada a una posición jurídica que sea atributo del autor, sino a la realización de una determinada actividad, como en el caso del “tenedor” de un determinado bien que lo facilita a terceros cuando ello está prohibido por la ley. Como se ha visto, un sector importante de la doctrina postula que en estos casos debe recurrirse simplemente a una perspectiva fáctica de análisis o algún otro criterio cuyo efecto sea diluir la supuesta cualificación.

Si se observa con alguna atención este panorama, sin embargo, y se lo contrasta con lo explicado en el apartado anterior, podría resultar evidente que –al menos en el caso de los dos primeros grupos– las cualificaciones personales son fórmulas que aluden a la posición de deber en que se encuentra el sujeto activo del delito. La cualificación refiere al deber positivo o negativo que fundamenta la posición de garante, es decir, la concurrencia de la cualificación en un sujeto permite al menos *prima facie* atribuir a ese sujeto un determinado proceso o suceso como cosa de su incumbencia. Las razones por las cuales el sujeto cualificado es garante pueden ser muy variadas, y van desde la creación de un riesgo especial –como en el caso del que posee un animal feroz– hasta el desempeño de un rol institucional indispensable para la conservación de la identidad social, como en el caso del funcionario público en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, la supuesta “restricción” del círculo de autores en determinados delitos (sobre todo, económicos) aparece simplemente como una forma

de compensar la falta de consideración sistemática de la imputación objetiva en la construcción de la teoría del delito y en el juicio de imputación que se formula conforme a ella. En efecto, cuando se prescinde de sus criterios para interpretar los tipos penales, confundiendo la pregunta por la competencia con la pregunta por la causalidad dolosa, aquellos adquieren necesariamente una amplitud desmesurada. Una vez más, lo que hay que hacer no es adoptar un concepto restrictivo de autor –aquí, mediante el establecimiento de cualificaciones personales–, sino un concepto restrictivo de realización del tipo penal, que se obtiene preguntando en primer lugar cuál es la posición de garante que permite imputar a una persona aquello que el tipo penal en abstracto define.

Mientras ello no se haga, continuarán diseñándose mecanismos de emergencia para limitar el alcance de los tipos penales. Estos mecanismos siempre conducen a distorsiones y perplejidades, como ocurre precisamente en el ámbito que se analiza; no se sabe bien a qué fundamento de posición de garante –y, en ocasiones, tampoco a qué criterio de imputación objetiva; los delitos especiales en sentido lato suelen responder a esto– está reemplazando la cualificación personal en cada tipo penal que la contiene. El trabajo pendiente consiste precisamente en realizar este análisis respecto de cada delito especial, y su resultado en términos generales no es difícil de anticipar; existen varias clases de “especialidad”, según cuál sea el criterio de imputación objetiva o fundamento de posición de garante que no se hace explícito, que se sustituye por la mención de una cualificación determinada.

c. Una tesis “fuerte”

La anterior parece ser una tesis “fuerte”, especialmente si se tiene en cuenta que en muchos tipos penales la exigencia de una cualificación especial del autor podría ser algo circunstancial o incluso casual. Por ejemplo, los delitos tributarios de mayor incidencia práctica están configurados como delitos especiales, mientras que los delitos aduaneros –en la dimensión en que son comparables con los tributarios, es decir, allí donde solo está en juego el interés fiscal– son delitos comunes. En el mismo sentido, el delito previsional no es especial¹⁶, mientras que el delito urbanístico es de una especialidad bastante extraña¹⁷. Por su parte, el delito del

¹⁶ Art. 19 Decreto Ley N° 3.500: “Se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal *al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador*”.

¹⁷ El art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones castiga penalmente al “propietario, loteador, o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio, tales como ventas, promesas de venta, reservas de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones, en contravención a lo dispuesto en el presente párrafo”.

deudor prendario sin desplazamiento es especial o no lo es dependiendo de las características del objeto material, pues solo exige que el sujeto activo sea el deudor, si es que se trata de *créditos* o de cualquier otra clase de *derechos* constituidos en prenda¹⁸. En los demás casos, el delito lo puede cometer cualquiera.

Se ha dicho que la tesis es “fuerte”, pues implica poner en tela de juicio los delitos especiales tal como generalmente se entienden –i.e. como tipos especialmente restrictivos del círculo de autores–, en la medida en que conforme a ella la cualificación personal no sería más que una declaración de competencia realizada toscamente por el legislador. En el extremo, por ejemplo, es la posición de garante “tarea genuinamente estatal” la que restringe el círculo de los autores en los delitos funcionarios, y no la formalidad de un nombramiento o la sujeción a un determinado estatuto de índole administrativa. Los nombramientos pueden servir para delimitar y precisar el alcance de tales deberes en ciertos casos, pero al parecer justamente no cuando se trata de deberes de carácter estrictamente penal. El art. 260 y el alcance que le han dado la doctrina y la jurisprudencia son elocuentes en este sentido.

La tesis que hemos calificado de “fuerte” es practicada desde siempre, no obstante, en los delitos llamados de omisión impropia: la posición de garante que emana de los deberes de aseguramiento, que en rigor incumben a la empresa, se entiende concurrente en el gerente o persona a cargo de las decisiones empresariales que inciden en el cumplimiento de dichos deberes. Con independencia de la forma en que concretamente se funde, incluso bajo el esquema del “dominio sobre la causa del resultado”, el pensamiento de fondo (el deber de garante lo tiene quien debe actuar por la compañía) es análogo, si no derechamente idéntico¹⁹. Por supuesto que además deben cumplirse los demás elementos del tipo –desde luego, la intervención del agente en el hecho, como quiera que ella se dé por establecida–, pero tal es el caso siempre que opera la institución del actuar en lugar de otro. Además, la selección de una determinada fuente de posición de garante en nada obsta a la concurrencia de fuentes de competencia. Solamente en los delitos de infracción de deberes positivos quedan excluidas las competencias accesorias.

El principal problema que puede presentar la tesis “fuerte” es, sin embargo, el siguiente: en la medida en que se reduce la formalidad del delito especial a un problema “material” de posiciones de garante, se podría estar violando la reserva del tipo, su carácter especialmente restrictivo manifestado en la reducción formal del círculo de autores. Por imprecisa y hasta caprichosa que esta última resulte en términos sustantivos, ella contendría una barrera infranqueable para el intérprete y,

¹⁸ Art. 39 de la Ley sobre Prenda sin Desplazamiento.

¹⁹ En esta línea ya Bruns, H.-J., “Grundprobleme der stafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)”, pp. 3 y ss. pero sin tomar en cuenta la teoría de la imputación objetiva.

en esta misma medida, una garantía para el justiciable. La respuesta a esta objeción es doble. Por una parte, no es cierto que se trate de una barrera infranqueable. Las doctrinas sobre comunicabilidad de cualificaciones lo demuestran de un modo contundente, y así se manifiesta por ejemplo en el criterio jurisprudencial según el cual en los delitos funcionarios –uno de los casos más claros de delito de infracción de un deber en sentido estricto– la calidad de funcionario público se comunica a los intervinientes que no lo son. Por otro lado, un debilitamiento de la función de garantía del tipo parece verificarse solo en aquellos casos en que el representante del sujeto cualificado reviste tal calidad en virtud de un título convencional y, por tanto, jurídicamente contingente. En el caso de la representación legal, una regla especial de actuación en lugar de otro no es necesaria ni para sortear la autorresponsabilidad del cualificado (la persona jurídica, por ejemplo, carece de autorresponsabilidad), ni para hacer posible la imposición al órgano no cualificado de la pena que la ley prevé para los autores cualificados (pues no existe un sujeto distinto del representante legal que dispute esa atribución). En los casos de representación voluntaria, en cambio, para castigar al representante necesariamente se debe encontrar un título diverso de imputación, pues de lo contrario se violaría el principio de reserva.

3. *Actuar en lugar de otro e intervención delictiva*

Las reglas sobre actuar en lugar de otro se refieren a tipos penales según los cuales el sujeto activo debe ostentar una determinada cualificación. Como mínimo, esto significa que la pena de autor solo puede imponerse a dicho sujeto cualificado. Por otra parte, existe amplio acuerdo en que las cualificaciones de que se trata no pueden consistir en características personalísimas tales como las intenciones o los deberes institucionales o positivos, pues el presupuesto básico para que opere la regla sobre actuar en lugar de otro es que los deberes asociados a la cualificación sean transmisibles en un sentido material²⁰. Solo la transmisión de la posición de deber como presupuesto para la aplicación de la norma puede proporcionar la justificación material para interpretar la ley –que exige la concurrencia de la cualificación como requisito para la realización del tipo– de tal forma que comprenda también al representante formalmente no cualificado. La necesidad de tal fundamento material proviene del hecho que, según la opinión predominante, las reglas sobre actuar en lugar de otro vienen a llenar “lagunas de punibilidad” mediante una ampliación del ámbito de la autoría. En efecto, cuando por un lado se distingue cualitativamente entre autores y partícipes y, por otro, solo entra en consideración como autor aquel

²⁰ ROXIN, Claus, *Strafrecht AT*, t. II, (München, 2003), 27/96; KÖHLER, Michael, *Strafrecht AT*, (Berlin, 1998), p. 554; SCHÜNEMANN, Bernd, § 14, en *Leipziger Kommentar StGB*, n. 1 (Berlin, 1993).

que en la etapa de ejecución del hecho al menos coactúa (dominio funcional), entonces el cualificado que no actúa durante la ejecución no puede ser autor. Y si él no puede ser autor, entonces el ejecutor material no cualificado –conforme a las reglas de la accesoriadad cualitativa– tampoco puede ser partícipe.

En consecuencia, la doctrina tradicional sobre autoría y participación solo tiene a su disposición dos mecanismos para llenar esa “laguna de punibilidad”. El primero, consiste en tratar los delitos especiales –con posiciones de deber transmisibles– como delitos de infracción de un deber; de esta manera, ya no es necesario el dominio del hecho como fundamento de la autoría. Pero esta alternativa no solo es dudosa desde el punto de vista de la teoría de las normas, sino incompatible con las escasas reglas sobre actuar en lugar de otro que el ordenamiento jurídico conoce. Pues mientras según aquella solución el no cualificado debería recibir una pena atenuada, tanto el art. 232 de la Ley de Quiebras²¹ como el art. 99 del Código Tributario²² prevén para los representantes la misma pena que recibiría el sujeto cualificado. Roxin advierte este problema, en la medida en que se manifiesta en el derecho alemán: la imposición de la pena sin atenuaciones al ejecutor no cualificado solo puede explicarse en la medida en que se supone una transmisión previa de la correspondiente posición de deber²³. Pero si así fuera, entonces los presupuestos para la imposición de la pena de autor concurrirían ya en la persona del representante, que pasaría entonces a ser cualificado, de tal manera que la respectiva regla sobre actuar en lugar de otro sería superflua²⁴.

El segundo mecanismo parte de la base que los tipos penales que entran en consideración no son delitos de infracción de un deber, o bien, como sostiene Schünemann²⁵, que los delitos de tal especie no son incompatibles con los criterios basados en el dominio del hecho. Tal es muy probablemente el punto de partida de reglas como la del art. 232 de la Ley de Quiebras, según el cual los “gerentes, directores o administradores” de una persona jurídica declarada en quiebra serán

²¹ “Art. 232.- *Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones*”.

²² “Art. 99.- *Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento*”.

²³ ROXIN, Claus ob. cit., 27/96 y ss.

²⁴ También JAKOBS, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, (Berlín, 1991), 21/14.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bern, ob. cit., § 14, n. 12 y ss.

castigados como reos de quiebra culpable o fraudulenta cuando, en la dirección de los negocios de la fallida, ejecutaron alguno de los actos o incurrieron en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220 de la misma ley. Sin embargo, cuando se sostiene sin más que el gerente, director o administrador realiza el injusto material del delito especial, pero que solo puede ser considerado como autor en virtud del art. 232 de la ley, pues carece de la cualificación de deudor exigida en ella para la realización del tipo, entonces esta norma no es más que un acto de poder, que extiende (según la opinión tradicional) el ámbito de la autoría más allá de lo previsto en el tipo penal correspondiente. En este sentido, la restricción que la norma contiene respecto de otras formas de representación distintas de las que ella menciona puede considerarse bienvenida, pero no suficientemente fundada. El art. 232 de la Ley de Quiebras simplemente declara al gerente, director o administrador como autor del delito, aunque solo en ciertos casos escogidos más o menos arbitrariamente.

Es una afirmación común que la responsabilidad del representante o encargado no excluye la responsabilidad del representado²⁶. Esto significa, por una parte, que la responsabilidad del representante presupone una transferencia eficaz –en sentido penal– de los respectivos deberes, como acertadamente se suele destacar. Por otra parte, sin embargo, significa que subsiste la posición de deber, y con ello una eventual responsabilidad, del representado. Si se parte de la base, como consideramos correcto²⁷, que en algunos casos de actuación en la esfera de organización de un tercero se verifica una auténtica relación de intervención delictiva entre el principal y el agente, entonces una parte importante de los casos que pretende resolver una regla sobre actuar en lugar de otro pueden ser resueltos vía teoría de la intervención delictiva. En efecto, aquellas cualificaciones que la ley exige para castigar a alguien como autor no tienen por qué concurrir en cada uno de los *intervinientes* en el mismo hecho, solo que quienes no ostenten tales cualificaciones no pueden ser castigados con la pena del autor. Tampoco es necesario, en un contexto de intervención delictiva, que el interviniente que va a ser sancionado con la pena del autor (esto es, el cualificado) realice de propia mano las conductas descritas en el tipo (lo cual está fuera de duda, por ejemplo, cuando se trata del delito del art. 466).

En las constelaciones mencionadas, una regla sobre actuar en lugar de otro no funda ni extiende la responsabilidad penal, sino que simplemente la agrava. De existir, la regla prescribe solamente que determinados representantes pueden ser sancionados con la pena prevista para los sujetos cualificados, es decir, con la pena

²⁶ JAKOBS, Günther, ob. cit., 21/10; sobre la jurisprudencia alemana ROXIN, Claus, ob. cit., 27/137, nota 187.

²⁷ Sobre ello VAN WEEZEL, Alex, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, (Berlin, 2006), pp. 238 y ss.

de autor. Por el contrario, una regla de actuación en lugar de otro solo cumpliría un rol fundante de la responsabilidad penal allí donde, a pesar de que se ha actuado en el ámbito de organización de un tercero, no concurre una relación de intervención delictiva entre el agente y el principal, es decir: (i) allí donde la posición de deber de cada uno es en principio independiente de la de los demás, o bien, (ii) donde la realización del tipo no es imputable al sujeto cualificado.

Al primer grupo (i) pertenecen los casos de aseguramiento múltiple del bien jurídico, donde se ha excluido a priori cualquier forma de responsabilidad conjunta, y los casos de delitos que consisten en la infracción de deberes positivos o institucionales, donde no hay comunicabilidad. En tales situaciones solo podrá activarse la regla de actuación en lugar de otro cuando la actuación del no cualificado ha hecho nacer en él una posición de garante autónoma. Pero –según se ha visto– precisamente allí la norma solo podrá servir para limitar, pero no para fundar la responsabilidad.

Por lo tanto, solo resta un grupo de casos en los que una regla sobre actuar en lugar de otro puede funcionar como fundamento de la responsabilidad del no cualificado, aquel donde la realización del tipo no es imputable al sujeto cualificado (ii). A este grupo pertenecen situaciones como la que típicamente regula el art. 233 de la Ley de Quiebras. Conforme a esta norma, “los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de este, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220” de la misma ley. Aunque plasmada en términos no muy felices, parece evidente que la lógica tras la norma consiste en hacer extensiva la cualificación de deudor al representante de personas naturales justamente en aquellos casos en que no concurre entre ambos una relación de intervención delictiva. A las situaciones expresamente descritas en el art. 233 (ejecución de las conductas sin órdenes ni instrucciones del cualificado), hay que añadir todos los demás casos donde el hecho no se puede imputar objetivamente al principal, por ejemplo, en virtud del principio de confianza.

Por lo tanto, la usual afirmación en el sentido de que la sanción del ejecutor en calidad de autor deja intacta la responsabilidad del sujeto cualificado no es lo suficientemente precisa. En los casos de intervención delictiva sería mucho más exacto decir que la punibilidad del cualificado y la del no cualificado –actuación conjunta– se condicionan y fundamentan recíprocamente. En todas las demás situaciones, una regla sobre actuar en lugar de otro se vuelve relevante recién cuando el cualificado no es responsable. En tal caso, la regla crea efectivamente una posición especial de deber –en razón del tipo de representación– en un sujeto que originalmente no estaba obligado penalmente. La legitimación de este efecto, que consiste en fundar la punibilidad del no cualificado como autor en solitario

(esto es, sin intervención delictiva con el no cualificado) está íntimamente ligada a la exclusión de la punibilidad del cualificado, y posiblemente solo puede verificarse a partir de ella. Pero esto es materia de la teoría de la intervención delictiva.

V. ¿ES NECESARIA UNA REGLA (GENERAL) SOBRE
ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN EL DERECHO CHILENO?

Se ha visto que en Chile existen dos reglas particulares sobre actuar en lugar de otro, el art. 99 del Código Tributario y el art. 232, inciso 1º, de la Ley de Quiebras. En materia contravencional se añade el art. 21 de la ley N° 19.913, pero resulta evidente que en este ámbito no se trata de llenar una “laguna” contravencional –la sanción administrativa se impondrá a la persona jurídica de todas maneras–, sino de extender la responsabilidad a las personas naturales que intervinieron en el hecho.

En este contexto, ¿es necesaria una regla general sobre el actuar en lugar de otro, pues de lo contrario solo será posible castigar “penalmente” a la persona jurídica (en los casos en que ello procede), si es que no se quiere practicar una integración analógica *in malam partem*? Ya al comienzo se advirtió que esta pregunta guarda relación con la vigencia real en Chile del principio de legalidad, de manera que solo caben dos alternativas: la ausencia de una norma general revela un déficit grave que es preciso remediar cuanto antes mediante una reforma legislativa; o bien el actuar en lugar de otro solo aparentemente representa un problema importante y urgente de legalidad (aunque suponga algunos desafíos interpretativos no menores). A partir de lo expuesto en los apartados precedentes, se esboza a continuación una toma de posición al respecto.

1. El destinatario de las expectativas de conducta

El principal mérito de las posiciones que llevan a considerar superflua una regla positiva sobre actuación en lugar de otro está en que dirigen la atención hacia lo que realmente importa: quién es garante de que se evite la realización de un tipo penal determinado. Sin embargo, y en contra de lo postulado por la perspectiva fáctica de análisis, en la búsqueda del garante no son irrelevantes las normas extrapenales llamadas a delimitar, extrapenalmente, los ámbitos de responsabilidad. En una sociedad en la que las normas jurídicas representan la cristalización de expectativas normativas, tales preceptos tienen una relevancia indiscutible en cuanto que son expresión de una estructura social de expectativas real o presunta²⁸. No se trata

²⁸ LÜDERSEN, Klaus, *Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats*, en DÖLLING, Dieter (edit.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, (Berlín-2003), pp. 727 y ss. (729), quien constata la existencia de una especie de “doble accesoriedad” con respecto al derecho societario en el ámbito del tipo previsto en el § 266 StGB.

de convertir al derecho civil en fuente de posiciones de garante jurídico-penales. Pero la norma civil establece una presunción a favor de la vigencia de una determinada expectativa, que el derecho penal puede estabilizar. Al análisis de las normas extrapenales deberá añadirse, luego, uno relativo al grado de institucionalización efectiva de la regulación, es decir, a la medida en que ella ha dado lugar a expectativas más o menos sólidas de conducta en la sociedad. Pero el punto de partida es el contexto social normativamente estructurado.

En tal sentido, ¿quién es el destinatario de las expectativas de conducta que la cualificación personal formalmente atribuye a la persona jurídica? Por ejemplo, ¿quién es, en la semántica del contacto social, responsable de que la empresa constructora cumpla con las normas que la ley impone al urbanizador? Sin duda que no lo es la persona jurídica en cuanto tal, y en ocasiones ni siquiera lo son sus más altos directivos, sino aquellas personas a quienes corresponde adoptar las decisiones relevantes en ese ámbito preciso²⁹.

2. Los órganos de personas jurídicas y otras formas de representación legal

La razón fundamental por la cual en el derecho comparado existen reglas positivas sobre actuación en lugar de otro, es la salvaguarda del principio de legalidad en su dimensión de *legis strictae*. En el caso de los órganos de personas jurídicas y de otros representantes legales, sin embargo, el principio podría no encontrarse en juego. Si, de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, la expectativa social de conducta conforme a derecho se encuentra radicada en los órganos y representantes legales, pues se entiende que las personas jurídicas y los representados no actúan sino a través de ellos, entonces aplicar el tipo penal especial a tales órganos y representantes no implica una vulneración de la prohibición de analogía, en la medida en que no constituye una generalización del alcance del tipo penal.

De un razonamiento semejante se vale la posición de Nagler, quien atiende a la estructura de las normas penales de conducta. Al respecto, se observó que de la imposibilidad de aplicar esa estructura a quienes carecen de capacidad penal de acción no se desprende que el legislador haya querido extender la cualificación personal a quienes actúan por estos sujetos cualificados. Aquí se añade sin embargo una consideración adicional: en un sentido positivo, la expectativa penal de conducta se encuentra radicada en las personas naturales que encarnan los órganos o representan legalmente a una entidad; al mismo tiempo, y en un sentido negativo, no se trata de que al aplicar el delito especial en tales casos se vaya a dar

²⁹ Sobre el verdadero destinatario de las expectativas de conducta en el caso de la Ley N° 20.393, véase VAN WEEZEL, Alex, *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Política Criminal*, Vol. 5 (2010), pp. 114-142, 126 y s.

al tipo una aplicación más general que la impuesta por su tenor literal, sino que, simplemente, se le va a dar aplicación.

Según se advirtió precedentemente, un debilitamiento de la función de garantía del tipo podría verificarse solo en aquellos casos en que el órgano o representante del sujeto cualificado reviste tal calidad en virtud de un título convencional y, por tanto, jurídicamente contingente. En tales situaciones, la idea de la actuación en lugar de otro permite la imputación del hecho –bajo el mismo título, o solo como circunstancia agravante– allí donde no existe una relación de intervención delictiva entre el agente y el cualificado, o bien, tratándose de un delito especial que no es de infracción de un deber, permite la imposición de la pena de autor a quien no ostenta la cualificación. Para obtener estos efectos sí que resulta indispensable una regla positiva expresa, pues de lo contrario se violaría el principio de reserva.

Es un lugar común relacionar de entrada la actuación en lugar de otro con una opción del legislador penal en el sentido de excluir la responsabilidad de las corporaciones. La relación es sin embargo relativa, pues la responsabilidad de la persona jurídica no se plantea en lugar de la responsabilidad de las personas naturales, sino además de ella. En los casos de responsabilidad concurrente, pues, la regla cumpliría además de las funciones mencionadas (comunicabilidad, imposición de la pena de autor), una función adicional: reemplazaría a la accesoria, o la haría explícita de otro modo, pues la persona jurídica no actúa por sí misma, y por lo tanto no puede realizar el aporte propio de un interviniente en un hecho delictivo.

De esta manera, se observa que la prescindencia de una regla positiva sobre actuar en lugar de otro, cuando se trata de órganos de personas jurídicas y representantes legales, no viola el principio de legalidad. Ella es coherente con el sistema del derecho penal y procesal (pues resulta armónica con el art. 58 del Código Procesal Penal), es coherente con la interpretación histórica de las instituciones involucradas (la jurisprudencia publicada no conoce casos en que se haya puesto en duda que los órganos y representantes son los destinatarios de las correspondientes expectativas de conducta), da perfecta cuenta del hecho de que pueden existir “lagunas” (como en los delitos de infracción de un deber) y resuelve el problema de fondo: la cualificación exigida en el tipo se entiende concurrente en el que ha asumido la posición de garante a nombre de la persona jurídica o del representado legal.

De lo expuesto no se sigue, sin embargo, que una regla positiva sobre actuar en lugar de otro, en lo que respecta a las personas jurídicas, sea superflua. Al contrario: determinar quiénes de entre las personas naturales que administran una persona jurídica y aparecen de algún modo relacionadas, los hechos delictivos se encuentran, al mismo tiempo, en posición de garante respecto de esa clase de hechos, no es tarea fácil. De allí que en muchos ordenamientos jurídicos se regule en términos más o menos exhaustivos bajo qué condiciones –formas de representación– se entiende que la persona natural ha asumido la posición de garante que subyace a

la cualificación especial exigida por el tipo. Otra cosa es que dichas regulaciones sean por lo general objeto de viva controversia.

3. *Casos de representación contingente*

Cuando la mediatez del sujeto cualificado es contingente, y no necesaria como ocurre tratándose de las personas jurídicas (o bien cuando la cualificación nunca podrá comunicarse por falta de accesoriedad), resulta en cambio indispensable una regla sobre actuación en lugar de otro, para salvaguardar el principio de legalidad. En tales casos, cualquier endoso de la cualificación equivale a una generalización prohibida del alcance del tipo penal, es decir, a una analogía *in malam partem*. La “ausencia de generalización” del tipo –aunque nada obsta a la concurrencia del fundamento material de otra posición de garante– no se extiende entonces: (i) a los apoderados voluntarios, por las razones ya indicadas; (ii) ni a los administradores de hecho, que no pueden recibir la pena de autor del delito especial; luego: si el órgano o representante legal no intervino en el hecho, sino que solo lo hizo el apoderado o administrador de facto, el hecho quedará impune, a menos por cierto que concurra otro título de imputación diverso; por último, aunque resulta bastante más discutible, tampoco se extiende (iii) a los casos en que el sujeto no actúa en cuanto órgano o representante legal, sino solo con ocasión del desempeño de sus funciones.

4. *Delitos especiales en sentido lato*

Se ha visto que las cualificaciones personales que remiten a deberes positivos o institucionales no pueden comunicarse, pues tales deberes tienen un carácter personalísimo –lo cual no impide que un deber análogo nazca en el representante en forma autónoma, ni que una norma legal expresa y excepcional extienda a terceros no cualificados la responsabilidad por la violación de un deber de aquella especie. Tales cualificaciones personales, sin embargo, no pueden ser objeto de una regla general de actuación en lugar de otro. En cambio, las cualificaciones personales que remiten a deberes negativos y se comunican vía intervención delictiva sí pueden ser objeto de reglas generales de actuación en lugar de otro, y a ellas se aplica lo ya señalado en cuanto a la distinción entre representación contingente y representación legal.

Tratándose de los delitos especiales en sentido lato, que son aquellos donde la “cualificación” es solo aparente, pues no responde a una posición jurídica dotada de suficiente densidad regulatoria, sino solo a la construcción legal de un sujeto mediante la substantivización de ciertas actividades especialmente regladas, el problema puede resolverse sin mayor dificultad aplicando el criterio ya esbozado. Así, por ejemplo, cuando se trata del “prestamista” que no da resguardo de la prenda o seguridad recibida (art. 282), la calidad de prestamista se entiende

desde luego concurrente en aquel que interviene en la operación de que se trata y no cumple con la obligación de resguardo, cuando al mismo tiempo se trata del representante legal o necesario de una persona jurídica. Será indispensable una norma especial, en cambio, para extender el alcance del tipo al representante de una persona natural, cuando solo esta es la que reviste la calidad de prestamista de acuerdo a las normas extrapenales pertinentes.