

# La figura del actuar por otro en Colombia: elementos y condiciones de su aplicación

**Juan David León Quiroga<sup>1</sup>**

A partir de la experiencia extranjera, el legislador colombiano incorporó –como cláusula general– la figura del actuar por otro en la Ley 599 de 2000. Este mecanismo de extensión de la autoría permite solucionar los problemas de división de los elementos objetivos del tipo, en especial, los que corresponden a la calificación del autor. No obstante, por la naturaleza de esta cláusula, resulta indispensable saber cuáles son sus requisitos y en qué escenarios es viable aplicarla y en cuáles no. Para ello, analizaremos los fundamentos político-criminales y dogmáticos de la legislación colombiana que revisten de legitimidad el actuar por otro.

## Sumario:

I. Introducción II. Estudio del actuar por otro en el ordenamiento jurídico colombiano III. La cláusula del actuar por otro en la dogmática penal IV. Toma de postura V. Reflexión final VI. Bibliografía

## I. Introducción

A la hora de atribuir los éxitos comerciales de una empresa, es común que no nos limitemos a valorar el comportamiento exclusivo de la persona jurídica, sino que, mediante criterios de merecimiento, esfuerzo, continuidad, liderazgo, etc., identificamos a quienes aportaron –en mayor o menor medida– para hacer realidad los triunfos corporativos. Algo similar debe suceder con los eventos delictuales.

---

<sup>1</sup> Abogado graduado de la Universidad Nuestra Señora del Rosario con profundización en Derecho Penal y especialista en Derecho Penal en esta universidad. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Barcelona en convenio con la Universidad Pompeu Fabra y candidato a Máster de Sistemas de Justicia Penal de la Universidad de Lleida y Curso Superior Universitario en Compliance de la Universidad de Barcelona.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano aún no contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>2</sup>, se han incorporado cláusulas de atribución de responsabilidad a los funcionarios que actúan en su representación. Lo anterior ha llevado a replantear múltiples instituciones que, en el derecho penal mínimo o clásico<sup>3</sup>, no tendrían necesidad de flexibilización, como la imputación de reproche penal a los representantes de hecho o de derecho de las personas jurídicas en los delitos especiales.

Un ejemplo claro de esta modificación conceptual se observa en la cláusula del inciso 3 del Artículo 29 del Código Penal colombiano, la cual se ha denominado “actuar por otro” o “actuar en nombre de otro”. Esta figura, lejos de ser una creación de origen nacional, encuentra sus raíces en ordenamientos jurídicos foráneos, como el alemán<sup>4</sup>, el español<sup>5</sup> y, en Latinoamérica, el peruano<sup>6</sup>. En aras de comprender esta cláusula, este escrito la analiza en el sistema jurídico colombiano; identifica los elementos que la componen, su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, y esboza una reflexión sobre su aplicación.

---

<sup>2</sup> Recientemente, sin ser el único en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, está el Proyecto de Ley No. 149 de 2020 ante la Cámara de Representantes “Por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas”. El autor de esta iniciativa es Edward David Rodríguez.

<sup>3</sup> Una explicación y reconstrucción ideológica de estos conceptos se encuentran en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2da. Madrid: Ed. Civitas, 2001. p. 18 y ss.

<sup>4</sup> El Código Penal alemán, en su §14, contempla la figura del actuar por otro de la siguiente manera: “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 9 personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado. (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 el 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, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen 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. (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.” Cfr. ALEMANIA. Código Penal [En línea]. LÓPEZ DÍAZ, Claudia (trad). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999 [Consultado el 25 de agosto de 2021]. Disponible en [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080616\\_02.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf)

<sup>5</sup> En el artículo 31 del Código Penal español, se establece el actuar por otro en los siguientes términos: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.” ESPAÑA. CORTES GENERALES. Ley Orgánica 10 (23, noviembre, 1995). Del Código penal. Diario Oficial. Noviembre, 1995. No. 281.

<sup>6</sup> De acuerdo con el Artículo 27 del Código Penal, se establece que “el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.” PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo No. 635 (03, abril, 1991). Código Penal. Diario Oficial. Abril, 1991.

## **II. El estudio del actuar por otro en el ordenamiento jurídico colombiano**

El Artículo 29 del Código Penal (CP) colombiano regula la intervención como autor en el delito; concretamente, en el inciso 3, se encuentra la cláusula del actuar por otro<sup>7</sup>. Aunque no es habitual la atribución de responsabilidad penal a título de autor a un sujeto que –en principio– no es el destinatario de la norma, nuestro legislador consideró prudente su incorporación. En principio, este artículo fue incluido en la Ley 599 de 2000 como cláusula general aplicable a los delitos con elementos especiales en su estructura. A la fecha, no se ha efectuado modificación alguna a su contenido.

Antes de esta extensión de la autoría, existían lagunas de punibilidad que, aunque dogmáticamente eran consecuentes, político-criminalmente resultaban contradictorias con los intereses sociales de sanción.<sup>8</sup> Pensemos en el siguiente ejemplo: El representante legal de la empresa E omite presentar unos ingresos obtenidos por la gestión comercial de la persona jurídica. Esta omisión la realiza para evitar el pago de los correspondientes tributos y, con ello, distribuir mayores dividendos entre los socios. De esta manera, se configura el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, contenido en el Artículo 434A del Código Penal.

Si el evento anterior hubiese sucedido antes de la expedición del Código Penal vigente<sup>9</sup>, la impunidad sería la respuesta frente a la conducta del representante legal porque, aunque decidió dolosamente

---

<sup>7</sup> También, es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo o de una persona natural, cuya representación voluntaria se detente, y es quien realiza la conducta punible. Aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, sí lo hacen en la persona o ente colectivo representado.

<sup>8</sup> En palabras de Gracia Martín, “[s]e afirma, en efecto, estar ante una laguna de punibilidad porque repugna al sentimiento de justicia material y no responde a las necesidades político-criminales del ordenamiento jurídico punitivo el dejar impunes las conductas de determinados sujetos porque, no obstante haber producido el resultado que la norma penal quería evitar, carecen de ciertos elementos personales típicos.” GRACIA MARTÍN, Luis. El actuar en lugar de otro en el Derecho penal. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985. T. 1. p. 15. En similar sentido, Lascuraín Sánchez afirma que “[e]sta regla de imputación resulta justa, porque se pena a un sujeto que realiza la conducta típica y porque, aunque no se trate de una de las personas inicialmente previstas por el legislador como posibles autores del delito -no se trata de una de las personas respecto de las cuales consideraba el legislador que la conducta que la conducta era suficientemente lesiva para ser penada, o para ser penada de esa manera- (...)”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y otros. Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. p. 96.

<sup>9</sup> Antes de la entrada en vigor de la Ley 599 de 2000 que corresponde a julio de 2001.

omitir la declaración de ciertos activos, el que fungía como responsable (o, en otras palabras, sobre quien recaía la expectativa social de un comportamiento específico) era la persona jurídica, quien no habría podido conducir su comportamiento para lesionar el interés jurídico<sup>10</sup>. Por tal razón, existiría un fraccionamiento de los elementos objetivos del tipo: por un lado, se encuentra la calificación del sujeto activo (la empresa) y, por otro lado, la ocurrencia de la conducta reprochada por quien –en teoría– no es el destinatario primario de la norma.

Puede ser contradictorio aceptar que, a pesar de la ocurrencia de un “hecho socialmente reprochable”, este no pueda ser objeto de interés jurídico-penal por la disgregación de los elementos del tipo penal. En caso de no sancionarse el comportamiento, se estarían fomentando estructuras empresariales tendientes a difuminar la responsabilidad para evitar las sanciones penales que se derivan de comportamientos tipificados en el ordenamiento jurídico. Con el fin de no enviar este mensaje a la ciudadanía, el legislador colombiano –teniendo como guía la normatividad alemana y la española–<sup>11</sup> incorporó la punición de quien realiza los elementos del tipo penal en representación de otro, ya sea este una persona natural, jurídica o un ente colectivo.

A pesar de la importancia de esta figura, la jurisprudencia nacional no ha profundizado en su estudio. Tan solo dos sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia establecen la aplicación de la cláusula del actuar por otro: en la primera, se presentan las bases de interpretación de los requisitos que no aparecen en el texto legal. De acuerdo con la Corte, esta forma de atribución de autoría solo rige para los delitos especiales<sup>12</sup> y –de manera matizada– la actuación del agente se debería realizar en el ejercicio de la representación que le fue conferida por quien ostenta las calidades especiales del tipo.<sup>13</sup> Posteriormente, en una sentencia de radicado No. 50236 de 2018, la corporación amplió la noción del actuar por otro, tal como se observa en el siguiente fragmento:

---

<sup>10</sup> Sobre esto, vale la pena mencionar que, en Colombia, las personas jurídicas no son penalmente responsables.

<sup>11</sup> Ver notas 4 y 5

<sup>12</sup> Aunque la definición de estos delitos se explicará más adelante, por el momento, bastará con enunciar que son los tipos penales que contienen un sujeto activo calificado. Por tal razón, solo quienes tengan ciertas calidades podrán cometerlos.

<sup>13</sup> Así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “(...) solo es posible en tratándose de delitos especiales que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino que requieren en el autor la presencia de determinadas calidades objetivas (...) Si a la procesada se la condenó por haber prestado su nombre para adquirir bienes provenientes de actividades de narcotráfico, a través de las mencionadas sociedades, y no por la simple relación con las mismas a título de representante o accionaria, como se deduce de la sentencia de segunda instancia, no resulta cierto que el Tribunal haya incurrido en el yerro que denuncia el casacionista.” Cfr. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. 20249. (8, septiembre, 2004). M.P. Mauro Solarte Portilla.

En esta hipótesis, un individuo que opera como representante de hecho o de derecho de una persona jurídica o de un ente colectivo que carece de personalidad, o de una persona natural que no obra por sí misma, es castigado como si fuera el autor del delito, aun cuando los elementos estructurales de éste, y especialmente la cualificación especial exigida por un tipo penal en particular, recaen en la entidad representada y no en el representante.<sup>14</sup>

Esta definición confirma los planteamientos que fueron esgrimidos desde el 2004 y que resaltan los dos elementos del actuar por otro, a saber: la comisión de un delito especial por parte de una persona natural que actúa en representación del sujeto activo calificado y la actuación del representante en calidad de autor, es decir, aquel que realiza el comportamiento delictivo.<sup>15</sup>

Según la Corte Suprema de Justicia, esta figura se fundamenta en una “ficción”, pues se sostiene que el representante incorpora en su esfera personal las calidades especiales del representado y, con ello, el catálogo de deberes que recaen sobre este último.<sup>16</sup> No obstante, no basta con que la conducta se haya desplegado por parte de un representante legal, sino que la aplicación del actuar por otro requiere que se estudie la adecuación típica en un delito especial, a pesar de que no se profundiza sobre la naturaleza de este. Si se presentan los dos elementos, se puede afirmar que el representante responderá por el hecho propio como si lo hubiese cometido el representado.

En lo que respecta a la doctrina nacional, esta cláusula tampoco ha sido objeto de mayor estudio. Sin embargo, algunos doctrinantes, desde la incorporación en la Ley 599 de 2000, hicieron valiosas contribuciones para su entendimiento y puesta en práctica. Entre ellas, se encuentra la postura de Escobar Vélez, quien considera que la cláusula del actuar por otro es una extensión de la autoría, mediante la cual se atribuyen obligaciones a quien no se encuentra cobijado por la intención prohibitiva del legislador, pero, en virtud de una relación normativamente reconocida, se transfieren esas calidades especiales con que no contaba el representante<sup>17</sup>. Según Escobar Vélez, lo relevante

<sup>14</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333-2018 Rad. 50236. (5, diciembre, 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

<sup>15</sup> Así lo afirma la sentencia al decir que: “[a]sí, la aplicación de este especial título de imputación exige los siguientes elementos estructurales:(i) La comisión de un delito especial, en el cual la circunstancia cualificante recae en una persona jurídica o una natural que obra a través de un representante. (ii) La intervención, en esa conducta típica, de quien opera como representante de una u otra, quien carece de dicha cualificación.” Cfr. *Ibid.*, p. 88.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Así lo manifiesta el autor al decir que el actuar por otro es “un mecanismo de extensión de la autoría, pues implica la ampliación de los alcances del concepto de autor para incluir en éste a aquellos sujetos -miembros u órganos de representación autorizados o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo, o de persona natural cuya

para la legitimación de esta expansión será la “asunción fáctica de las funciones propias”<sup>18</sup> que tiene el representado. En otras palabras, lo determinante es que el autor realice o ejerza actuaciones de representación, a pesar de que no esté reconocido formalmente como representante. Esta postura ha recibido el nombre de teoría material y Escobar Vélez la aplica al entender que el legislador tenía la intención de dar preponderancia a la faceta material, es decir, la posibilidad de sancionar al representante de hecho sin hacer distinción alguna con el representante de derecho.

La contracara de esta teoría corresponde al planteamiento que acentúa la ritualidad como criterio de validez del acto de representación, denominada teoría formal. Esta última fundamenta la transmisión de las características especiales por un acto previo en el que se cumplen las formalidades de un mandato de representación. Este último rige entre el normativamente obligado y el autor material de la conducta reprochada.<sup>19</sup>

En cuanto a los elementos de la cláusula, Escobar Vélez parte de la premisa de que se requiere que un ciudadano cometa una conducta en virtud de una representación —ya sea de una persona jurídica, un ente colectivo o una persona natural—, que realice un tipo penal especial propio y que las calidades del sujeto activo las ostente el representado. Cabe resaltar que la postura de Escobar Vélez restringe la aplicación de esta figura a los delitos cuya fundamentación de la pena se encuentra en la especial calificación que le da el legislador, es decir, los delitos especiales propios<sup>20</sup>. Como veremos en otra sección, esta postura no resulta pacífica en la discusión.

Otro doctrinante que aborda de manera integral esta figura en el ordenamiento colombiano es Suárez Sánchez, quien entiende que la finalidad también es evitar las lagunas de punibilidad que surgen de la actuación del *extraneus* en delitos especiales.<sup>21</sup> Para su aplicación, el autor considera que existen

---

representación voluntaria se detente- que sin ostentar la calidad especial exigida por el tipo penal, realizan la conducta prevista como punible”. Cfr. ESCOBAR VELEZ, Susana. El “actuar en lugar de otro” en el Código Penal colombiano: aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. En: Cuadernos de Investigación, 2006. Nro. 4, p. 12.

<sup>18</sup> Ibid., p. 21.

<sup>19</sup> La determinación formal puede acreditarse, según sea el caso, mediante la existencia de un contrato —bien sea laboral o de representación—, la inscripción en los certificados de la Cámara de Comercio o la constatación mediante escritura pública.

<sup>20</sup> Así se observa cuando sostiene que “[c]onsideramos más acertada la primera de las interpretaciones, que excluye a los delitos especiales impropios del ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro (...)”. Cfr. ESCOBAR VÉLEZ, Op. cit., p. 28.

<sup>21</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano. En: Derecho Penal y Criminología. 2004. Vol. 25, nro. 75, pp. 171-196. El autor afirma que existe una finalidad adicional consistente en no discutir la posibilidad de punir a las personas jurídicas. Sin embargo, consideramos que esta no es una finalidad, sino una salvedad que no resulta pacífica en la doctrina.

4 elementos: i) la realización de un tipo penal; ii) la separación de la titularidad de los elementos del tipo; iii) la equivalencia entre el representado y el representante, y iv) la calidad del representante. A diferencia de la postura de Escobar Vélez, este autor afirma que no existe una diferenciación con respecto a los delitos especiales impropios o propios, ya que todos estos se encuentran cobijados en la cláusula de actuar por otro.<sup>22</sup>

A partir de la exposición previa, se evidencian similitudes entre los criterios de la jurisprudencia y lo planteado por la doctrina nacional. A pesar de esto, existen divergencias en dos asuntos centrales: el alcance de los delitos especiales impropios y la relación entre el representante y el representado. Por ello, es importante preguntarse lo siguiente: ¿la cláusula de actuar por otro se aplica a los delitos especiales propios o impropios?

### III. Los delitos especiales propios e impropios

Como hemos podido observar, un elemento esencial para la aplicación del actuar por otro es la realización de un delito especial, pero ¿qué es un delito especial? Esta definición no se encuentra establecida en el Código Penal, pero la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recientemente ha proferido varias decisiones que la esclarecen. Por ejemplo, en una decisión del 12 de septiembre de 2019, la Corte afirma que existen dos tipos de delitos en virtud del sujeto activo: los delitos comunes, que pueden realizarse por “cualquier persona”, y los delitos especiales, que solo los puede cometer una persona que tenga ciertas condiciones o calidades.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Así “[d]e cara a nuestra legislación penal no hay razón para limitar el efecto de la cláusula del actuar por otro sólo a la comisión de los delitos especiales propios, porque si bien es cierto que los elementos típicos de los que carece el agente y deben concurrir en el representado son elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva (art. 29 C.P.), ha de entenderse que la equivalencia no excluye a los que fundamentan la punibilidad de la figura de los delitos especiales impropios (...)” Ibid., p. 17.

<sup>23</sup> La providencia manifiesta que “[a]lgunos hechos punibles pueden ser realizados por cualquier persona —delitos comunes— y otros sólo pueden ser cometidos por sujetos con una particular condición o calidad —delitos especiales o de sujeto activo calificado—.” Cfr. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3874-52816. (12, septiembre, 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Esta postura es reiterada, en el mismo sentido, por la siguiente sentencia: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP4699-55244. (30, octubre, 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. El mismo tribunal sostiene que “[r]econocer que en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor, el que reúna la cualidad exigida en el tipo penal (intranei o intraneus) —a diferencia de los punibles comunes en los que cualquiera puede ser autor—, puede darse la concurrencia de varios sujetos

Aunque la explicación de la Corte Suprema de Justicia resulta sencilla, este criterio no nos permite profundizar en la dificultad bajo análisis, a saber: los delitos especiales propios e impropios. Al respecto, la Corte Constitucional –en valoración de la constitucionalidad del Artículo 30 del Código Penal– se ha pronunciado de manera directa sobre la existencia de estas dos subcategorías y ha afirmado lo siguiente:

La doctrina ha distinguido entre delitos especiales propios e impropios. Así, son delitos especiales propios aquellos respecto de los cuales no existe ningún delito común paralelo. En estos delitos, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de manera que, en ausencia de la misma, la conducta sería atípica. Los delitos especiales impropios, por su parte, son aquellos respecto de los cuales existen delitos comunes paralelos, pero que por virtud de la especial cualificación normativa del sujeto activo constituyen tipos penales autónomos.<sup>24</sup>

La doctrina no ha sido ajena a esta clasificación. De hecho, Mir Puig sostiene lo siguiente:

[I]os delitos especiales se dividen en propios e impropios. Son delitos especiales propios los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta. Los delitos especiales impropios guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción.<sup>25</sup>

Lo anterior permite evidenciar qué es un delito especial y sus subcategorías que, en pocas palabras, se pueden resumir en los tipos penales que requieren una condición especial del autor. Si dicha calidad o condición es el fundamento del reproche penal (como, por ejemplo, en la defraudación tributaria), se entenderá que son delitos especiales propios. Por el contrario, si la calidad solo

---

inscritos en esa cualidad personal y de otros que no la tienen –extranei o extraneus– COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP2339-51444. (01, julio, 2020). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

<sup>24</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1122. (12, noviembre, 2008). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>25</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: parte general. 10ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2017. p. 236. En similar sentido, se encuentra la postura de Robles Planas, quien sostiene que “los delitos especiales son aquellos delitos cuya conducta a título de autor sólo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor. En los impropios, en cambio, al guardar correspondencia con un delito común, el sujeto no cualificado puede ser autor del delito común.” Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003. P. 225.



modifica el marco punitivo (como en el peculado por apropiación), estaremos en presencia de un delito especial impropio. No obstante, un sector de la doctrina considera que no solamente los delitos especiales –entendidos como cualificaciones al autor– son objeto de aplicación de la cláusula del actuar por otro. De hecho, se afirma que existen cuatro clases de tipos penales a los cuales es posible aplicar la extensión de autoría: i) delitos donde existe una cualidad especial en el sujeto activo de la conducta; ii) los tipos penales donde hay “una específica descripción de la acción típica”<sup>26</sup>; iii) delitos donde existe una vinculación especial entre el autor y determinados bienes patrimoniales, y iv) cuando exista en el tipo una especial tendencia egoísta.<sup>27</sup>

Con respecto a lo anterior, no compartimos esta postura porque –sin entrar a profundizar en el tema– consideramos que los casos anteriormente planteados no corresponden con situaciones diferentes que las contenidas en los delitos especiales. Como se puede apreciar, cada una de ellas establece relaciones calificadas que debe tener el sujeto activo con las diferentes formas de interacción social y, en consecuencia, modifican la expectativa social que recae sobre el autor. En la primera situación, se habla de la expectativa derivada de una característica personal inherente al autor, es decir, un delito especial. Sin embargo, en las otras tres, se establece una expectativa social especial derivada de una relación que puede ser mediante la ejecución de una conducta dentro de una determinada interacción social o sobre la relación jurídica del autor con respecto a un bien. En consecuencia, las cuatro clases de tipos penales también desembocan en una cualificación para el autor, lo que implica la ocurrencia de un delito especial.

Hecha esta aclaración, podemos observar que, en Colombia, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la esencia de la aplicación del actuar en lugar de otro es la comisión de un delito especial, pero, a partir de este punto, surgen dos planteamientos. En primer lugar, un sector de la doctrina considera que esta extensión de la participación solo aplica para los delitos especiales propios, pues el enunciado normativo restringe su aplicación a los casos donde los elementos del tipo trasladados “fundamentan la punibilidad”. En segundo lugar, la postura contraria sostiene que el actuar por otro no discrimina entre delitos especiales propios o impropios y, en consecuencia, podría aplicarse aun cuando exista un delito común que sancione el comportamiento del representante; las consecuencias de ambas posturas las veremos más adelante. Por el momento, seguiremos con el estudio del otro elemento esencial del actuar por otro.

<sup>26</sup> GRACIA MARTÍN. Op., cit., p. 87

<sup>27</sup> Ibid.

La relación jurídica entre el representante y el representado será, junto con el tipo penal especial, el núcleo de la cláusula de actuar por otro. No debe menospreciarse el vínculo jurídico de representación que debe existir entre las dos partes, pues no cualquier vinculación permite la transmisión de las calidades a quien no las ostenta. Lo primero que debemos manifestar es que no todas las calidades son sujetas de transferencia, por ejemplo, de esta facultad se excluyen –en principio– las condiciones personalísimas, es decir, las condiciones inherentes del ser (vinculaciones paternofiliales o los funcionarios públicos) que no pueden transmitirse ni ser sujetas de representación.

Esta situación se relaciona directamente con la fundamentación de los delitos especiales. Como se indicó previamente, la esencia de esta categoría de delitos es la existencia de un deber que determine el comportamiento. Sin embargo, esta fuente del deber puede provenir de dos formas: el ejercicio de la libertad y la relación con una institución. La primera categoría busca evitar la causación de lesiones a esferas jurídicas de terceros mediante la autonomía de la organización<sup>28</sup>, en otras palabras, evitar que nuestros actos afecten el correcto desarrollo de los demás. En la segunda, se pretende garantizar la indemnidad de las instituciones<sup>29</sup> por posibles afectaciones externas que pueden provenir del titular del deber, de terceros o de la misma naturaleza.<sup>30</sup>

Por lo tanto, a pesar de que los delitos especiales se fundamentan en deberes, pueden clasificarse en dos categorías dependiendo de su naturaleza: los que son derivados de deberes de la organización o de la competencia y los que se generan en deberes institucionales. Los primeros permiten la transferencia de las cualidades especiales mediante las cláusulas de expansión de la autoría y, en los segundos, por el estatus especial que ostenta el ciudadano frente a la institución,

<sup>28</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 38.

<sup>29</sup> La definición de institución la recopila Jakobs de la siguiente manera: “[s]e entiende por institución en el sentido de las Ciencias Sociales, la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta.” JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1997. Nota al pie 114.

<sup>30</sup> Un ejemplo sobre la diferenciación de estas categorías de deberes son los deberes de los empresarios y los deberes de los padres de familia. En el primer caso, con base en la libertad económica, el empresario puede configurar su esfera de la manera que mejor considere para lograr sus objetivos económicos, siempre y cuando estos no afecten de manera ilegal a otros. Para ello, puede comprar los materiales que él desee sin que esto –en principio– sea jurídico-penalmente relevante (podrá ser responsable si elige unos materiales deficientes y con eso pone en peligro a los consumidores). Lo contrario sucede con el padre de familia, quien tendrá que evitar causar daños a su hijo y que la conducta de terceros pueda lesionarlo; por ejemplo, está en su mandato evitar que se le causen lesiones al menor.

dichas cualidades no pueden transmitirse a otras personas<sup>31</sup>. A partir de lo expuesto, las cualidades que son susceptibles de transferencia son las que se derivan del ejercicio de competencias como ciudadano. En este sentido, se puede transferir su estatus y, con ello, la capacidad de sostener relaciones contractuales, disponer libremente del patrimonio y actuar en diligencias judiciales y administrativas, como las tributarias.

## IV. Toma de postura

Lo anterior permite evidenciar que los aspectos esenciales del actuar por otro son la expectativa social quebrantada por la ocurrencia del delito especial y la determinación de la relación entre representado y representante. Se afirma que la existencia de una cualificación del autor implica que solo esta persona es idónea para quebrar la expectativa social, pero sería un error deducir que, por ello, el deber se deriva de una institución. Como hemos visto, este tipo de relaciones emanan de una especial vinculación con un pilar esencial para la sociedad, añadiendo un plus a la condición del ciudadano. Lo anterior nos lleva a entender que la génesis de la calificación del autor debe ser observada detalladamente para identificar si el mandato obedece a un delito especial por competencia o, por el contrario, corresponde a un delito de infracción de deber institucionalizado.

Esta discusión no es intrascendente, todo lo contrario, será esencial para determinar la posibilidad de aplicación del actuar por otro. Si nos encontramos ante un delito especial en virtud de la organización propia del ciudadano, será viable la transmisión de la calidad que califica a quien es objeto de conminación mediante la norma penal. En caso contrario, es decir, si se trata de un delito de infracción de deber institucionalizado, esta cualidad no podrá ser transferida.

Si bien es cierto que la transferencia de los deberes emanados de una relación institucional puede ser delegada en terceros, esto no implica que la posición social especial sufra la misma suerte. En nuestro criterio, contrario a lo que sucede con las posiciones emanadas de la libertad, la relación entre institución-persona obedece a las condiciones *intuitio personae* y, por ello, el estatus es intransferible. Bajo esta línea argumentativa, por más que se deleguen los posibles deberes

---

<sup>31</sup> A pesar de que no se recoge la diferenciación entre deberes de competencia y deberes de institución, Roxin sostiene que “[l]os deberes fundadores de autoría no son todos de la misma clase; la mayoría de las veces describen un injusto especial referido al autor (...), pero en ocasiones sirven también sólo para restringir el tipo al autor típico (...) tomado en consideración por el legislador”. ROXIN, Claus. Derecho penal parte General. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas. T. II. p. 179 y ss.

emanados de la posición social especial, nunca se transferirá la calidad del individuo, como sí sucede con las nociones del ciudadano. Resulta necesario recordar que lo esencial en el actuar por otro no es la cesión de deberes, sino la transmisión de las cualidades del representado.

Ahora bien, si solo en los delitos especiales –comprendidos estos como tipos penales de quebrantamiento de deberes negativos– es posible aplicar la cláusula de actuar en lugar de otro, consideramos que, por el mandato legal, resulta inviable dar una interpretación extensiva con respecto a los delitos especiales impropios. Como Escobar Vélez sostiene, el actuar por otro se aplicará cuando el autor no ostente “los elementos especiales que fundamentan la punibilidad”<sup>32</sup>; por tal razón, y bajo una interpretación restrictiva, el legislador pretendió dejar por fuera de su aplicación los elementos que modificaran el margen de punibilidad porque sobre estos no se predicaría una laguna de sanción al permitir el castigo por el delito común. No obstante, de *lege ferenda*, esta visión no resulta del todo satisfactoria.

Si partimos de la idea según la cual en los casos de representación se transfieren las calidades especiales del representado al representante, no resulta adecuado que esta migración aborde de manera limitada la nueva calidad que adquiere el ciudadano. Cuando se acepta la cláusula del actuar por otro, permitimos que se le haga exigible un comportamiento a quien –en principio– no tiene obligaciones porque es capaz de representar los intereses del *intrañeus*. Sin embargo, con la limitación a los delitos especiales propios, se restringe infundadamente esa capacidad para satisfacer un interés punitivo que desconocería la nueva realidad jurídica del representante.

Por tal razón, consideramos que el actuar por otro no es más que el reconocimiento de la asunción de la calidad del obligado primario por el representante, quien previamente adquirió las capacidades jurídicas propias que ostentaba –en principio– el representado y que, en virtud de la relación socialmente reconocida, es asumida por su agente. En tal sentido, si se afirma que el sujeto ostenta la capacidad de realizar actos jurídicos en nombre del representado es porque ha asumido la plenitud de capacidades jurídicas que este le ha delegado y, en consecuencia, asumirá los efectos, tanto positivos como negativos, de sus actuaciones. Una mirada parcializada implicaría que la cesión del rol se realice de manera fragmentada según la existencia de un tipo común que sancione el mismo comportamiento, lo cual implicaría un ser y no ser al mismo tiempo.

<sup>32</sup> ESCOBAR VELEZ. Op. cit., p. 17.

En similar sentido lo plantea Gracia Martín, quien afirma que la finalidad de la cláusula del actuar en lugar de otro no obedece exclusivamente a un criterio político-criminal adecuado tendiente a eliminar esos vacíos de punibilidad, sino que esta visión también cuenta con una finalidad dogmática que denomina “reajuste o corrección de la calificación del hecho”.<sup>33</sup> Este planteamiento afirma que el objetivo es equiparar el comportamiento del no obligado al del normativamente compelido porque su conducta es idónea para lesionar los bienes jurídicos de la misma manera que el *intraneus* y, además, cuenta con las mismas facultades –derivadas de la representación– que este último.

## V. Reflexión final

Pese a llegar a conclusiones similares a las esbozadas por Gracia Martín, no estamos de acuerdo con el método propuesto por este autor. En primer lugar, consideramos que no existe una finalidad dogmática en la cláusula del actuar por otro y nuestro planteamiento es la consecuencia de una visión de integración normativa. Por lo tanto, lo que pretendemos es reconocer la capacidad de transferencia de calidades mediante la representación, lo que implica que, bajo una relación causa-consecuencia, se cumpla la finalidad político-criminal, pero no se trata de equiparar los dos conceptos como causas para la creación de la extensión de autoría. En segundo lugar, previo al traslado de la cualidad especial, el comportamiento del no obligado no es adecuado para el quebrantamiento de la expectativa social; precisamente, porque sobre él no recae ninguna ilusión normativa. Por ello, la lesividad no puede ser uno de los criterios para la atribución de responsabilidad cuando la capacidad de menoscabo al derecho del *extraneus* solo se dará en el momento en que se aplique la cláusula estudiada. Por último, entendemos que no es la cesión de las facultades lo que habilita la punibilidad del no obligado, sino la asunción de un rol que antes no poseía y el surgimiento de deberes propios por el nuevo papel social.

Sin embargo, la perspectiva acá planteada no es más que un esfuerzo para interpretar, desde una visión normativa, la cláusula del actuar por otro. Con esta visión, queremos superar el criterio esbozado por la escasa jurisprudencia y brindar algunos pincelazos que aviven la discusión sobre la fundamentación dogmática de esta expansión de la autoría en detrimento de la libertad de actuación de los ciudadanos. Si bien esta figura no se limita al ámbito empresarial, su aplicación sí resultaría

---

<sup>33</sup> GRACIA MARTÍN. Op. Cit. P. 86.

limitada en los eventos en que se admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque haría posible la coexistencia de un reproche penal a la empresa, a la organización y a la persona natural que materializa la conducta. De esta manera, se elimina el vacío de punibilidad que se puede evidenciar en los casos donde el obligado normativo es una empresa.

## VI. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). Curso de Derecho penal económico. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Rad. 20249. (8, septiembre, 2004). M.P.: Mauro Solarte Portilla. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2004.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP5333-50236. (5, diciembre, 2018). M.P.: Eugenio Fernández Carlier. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2018.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP3874-52816. (12, septiembre, 2019). M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2019.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4699-2019. Rad. 55244. (30, octubre, 2019). M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2019.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP2339-51444. (01, julio, 2020). M.P.: Eyder Patiño Cabrera. Bogotá. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2020.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1122. (12, noviembre, 2008). M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá. Corte Constitucional. 2008.

ESCOBAR VELEZ, Susana. El “actuar en lugar de otro” en el Código Penal colombiano: aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3. En: Cuadernos de Investigación, 2006. Nro. 4,

GRACIA MARTÍN, Luis. El actuar en lugar de otro en el Derecho penal. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. 1985. T. 1

JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio *et al.* Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Editorial Dykinson, 2018.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: parte general. 10ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2017.

PAWLIK, Michael. La libertad institucionalizada. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. Derecho penal parte General. Madrid: Editorial Civitas, 2014. T. II.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano. En: Derecho Penal y Criminología. 2004. Vol. 25, nro. 75, pp. 171-196.